



# Comunidades negras y procesos de Justicia y Paz en el contexto del estado de cosas inconstitucional

Autores por **ProFis**

Libia Rosario Grueso

Juliana Emilia Galindo

Asesores

Adriana Catalina Rivera

Juan Pablo Cardona

**giz**



Embajada  
de la República Federal de Alemania  
Bogotá

Comunidades negras  
y procesos de Justicia y Paz  
en el contexto del estado  
de cosas inconstitucional

**Publicado por:**

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.  
Proyecto “Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz  
–un ejemplo de justicia transicional–, ProFis”.

Comunidades negras y procesos de Justicia y Paz  
en el contexto del estado de cosas inconstitucional  
© Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

**Autores por ProFis**

Libia Rosario Grueso  
Juliana Emilia Galindo

**Asesores**

Adriana Catalina Rivera  
Juan Pablo Cardona

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH  
Director Agencia GIZ Bogotá:

**Peter Luhmann**

Director ProFis:

**Andreas Forer**

Diseño Gráfico:

**Mónica Cárdenas**

Corrección de estilo

**Edicsson Quitián**

Fotomecánica e impresión:

**Editorial Gente Nueva**

Primera edición

Bogotá, noviembre de 2011

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

ISBN 978-958-8438-60-3

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada en, o reproducida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma o por ningún medio, sea mecánico, foto-químico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o por cualquier otro medio, sin el permiso por escrito de los editores.

# Comunidades negras y procesos de Justicia y Paz en el contexto del estado de cosas inconstitucional

**Autores por ProFis**

Libia Rosario Grueso

Juliana Emilia Galindo

**Asesores**

Adriana Catalina Rivera

Juan Pablo Cardona

**giz**



Embajada  
de la República Federal de Alemania  
Bogotá



## Tabla de contenido

I. PRESENTACIÓN	7
II. PRÓLOGO	10
III. CONCEPTOS GENERALES Y JURÍDICOS PARA EL ABORDAJE DEL ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ	16
a. Estado social de derecho y conflicto	16
b. Tipología de delitos contemplados en el marco del conflicto armado: valoración y tendencia	24
c. Definición de <i>daño</i> y afectación de derechos	32
d. Mecanismos alternativos de solución de conflictos y sistemas propios de justicia de las comunidades étnicas	36
e. Estado de cosas inconstitucional	41
IV. IDENTIFICANDO AL SUJETO COLECTIVO: VARIABLES SOCIOCULTURALES Y JURIDICAS SOBRE LAS COMUNIDADES NEGRAS	45
a. La diversidad étnica y presencia de la población afrodescendiente en Colombia	45
b. Las bases culturales para un sujeto diferenciado como grupo étnico	49
c. Los elementos constitutivos de la identidad cultural	51
d. El derecho propio, la autoridad tradicional y la autonomía en el sistema social y de justicia de las comunidades negras	52
e. La comunidad negra como sujeto colectivo de derechos especiales	55
f. La comunidad negra, palenquera y raizal y el estatus de pueblo	59
g. Los derechos especiales de la comunidad negra como grupo étnico en Colombia: el bloque de constitucionalidad y estándares internacionales	60
V. CONTEXTO NACIONAL Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ EN RELACIÓN CON EL SUJETO COLECTIVO AFROCOLOMBIANO	65
a. La Ley de Justicia y Paz en el contexto del conflicto en Colombia	65
b. El manejo del conflicto y la valoración de la víctima	72
c. La Ley de Justicia y Paz y el sujeto colectivo	74
d. La disputa por el territorio, los recursos naturales y la afectación a los territorios étnicos de las comunidades negras	83
e. Daño y afectación de derechos al sujeto colectivo afrocolombiano en el contexto del conflicto armado	90
f. La mujer afrocolombiana como víctima y el impacto a la construcción del tejido social del sujeto colectivo de derecho	92

VI. ADECUACIÓN TÍPICA DEL DELITO EN LA VICTIMIZACIÓN DE COMUNIDADES NEGRAS: APROXIMACIÓN DESDE UN ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO	96
VII. PROCESOS ALTERNATIVOS DE JUSTICIA Y PAZ	105
a. Jurisdicción especial y justicia ordinaria en los procesos de Justicia y Paz. Experiencias y el caso colombiano	105
b. El Diálogo intercultural como mecanismo para la valoración de los daños, violación de DDHH y DIH e identificación de conductas delictivas en el caso de las comunidades afrodescendientes	114
VIII. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES	117

## I. PRESENTACIÓN

Es para mí un gran honor presentar al lector y al país este documento-propuesta sobre “Comunidades negras y procesos de Justicia y Paz en el contexto del estado de cosas inconstitucional”, elaborado por Libia Grueso y Juliana Galindo en el marco y con el apoyo del Proyecto ProFis-GIZ.

El documento aparece en un doble contexto: por un lado, las transformaciones culturales y políticas del país a partir de la Constitución de 1991, y, dentro de este proceso, el surgimiento de las comunidades negras como sujeto colectivo desde su autoreconocimiento y posicionamiento en el imaginario nacional; por el otro, el avasallamiento progresivo de estos mismos sujetos étnicos por instrumentos estatales (particularmente los proyectos de desarrollo convencionales), por actores armados y por la misma incapacidad del Estado y la negligencia de los gobiernos en proveer protección adecuada a las poblaciones frente a estos nefastos sucesos.

El surgimiento de sujetos colectivos contruidos desde la diferencia cultural ha sido un hecho central en la historia reciente de los pueblos, y como tal lo han reconocido distintos estados-nación durante las últimas décadas, desde Nueva Zelanda a Ecuador, y de Australia a Bolivia. Colombia no ha sido la excepción. De hecho, la Constitución del 91, y desarrollos subsecuentes como la Ley 70, fueron pasos pioneros en la política de la diversidad a nivel mundial.

Que no quede duda sobre la vitalidad de las culturas afrodescendientes en el país; ésta ha sido ampliamente demostrada y caracterizada por múltiples estudios académicos, tanto en la antropología, la sociología, o la geografía como en los estudios jurídicos y culturales. Toda una gama de expertos de muchas partes del mundo han llevado a cabo valiosos estudios sobre los diversos aspectos de las prácticas materiales y culturales de las comunidades negras del país, tales como la relación particular entre comunidad, territorio y naturaleza, y las identidades étnicas.

Es paradójico, sin embargo, que esa misma riqueza humana que nos describieran los estudiosos con palabras elocuentes en las últimas dos décadas se vea ahora tan amenazada. Porque tampoco nos debe quedar ninguna duda sobre el impacto desproporcionado de la violencia, el conflicto armado y el desarrollo mal dirigido sobre estas comunidades. Entre las dinámicas más importantes de afectación deben mencionarse: El aumento de concesiones mineras, la fumigación de territorios, la militarización de muchos territorios como respuesta a la presencia de actores armados; los macro-proyectos de desarrollo, tales como



la promoción de la palma aceitera para la producción de agro combustibles, la expansión de puertos y la construcción de poliductos y carreteras, la mayoría de ellos sin la requerida consulta previa; las constantes amenazas a líderes y activistas locales, incluyendo masacres y asesinatos, principalmente por grupos paramilitares e insurgentes; y la frecuente complicidad de las agencias del Estado con los abusos y destrucción ambiental perpetrados por muchos de los grupos antes mencionados.

Estos procesos han causado desplazamiento masivo de los territorios colectivos y ancestrales, la destrucción del sustento de la población, la pérdida de sus territorios, la desarticulación de las organizaciones locales y la violación de tratados internacionales de los derechos humanos y culturales de activistas y comunidades. El efecto acumulado de estas consecuencias es de tal envergadura que pueden ser caracterizadas como crímenes de lesa humanidad. Todo esto se ve agravado por la falta de atención por parte del gobierno a estos problemas y por la impunidad de la mayoría de estos hechos.

Es por esto que el primer énfasis del presente documento está precisamente en el reconocimiento claro y completo de los daños y afectaciones de los derechos de las poblaciones afrodescendientes. Reconocer los daños y afectaciones en su magnitud y dimensiones nos conmina a hablar de un genocidio cultural. Esta es una segunda intervención clave del estudio. Estamos ante una guerra no declarada entre cuyas principales víctimas está un pueblo culturalmente diferenciado, un pueblo que ha sido determinante en la construcción de la nación colombiana. La vulneración masiva de los derechos de las comunidades afrodescendientes, por otro lado, no está adecuadamente reconocida por las políticas legales y estatales, muchas de las cuales resultan inconstitucionales cuando se las mira a través de las diversas normatividades nacionales e internacionales.

A esto se debe agregar el “estado de cosas inconstitucional” declarado por la Corte Constitucional, el cual deja claro que la situación de las comunidades víctimas del conflicto tiende a agravarse por la incapacidad del gobierno de atender y superar la situación. Solo el Estado podrá adelantar las acciones para que el gobierno tome las medidas necesarias para superar dicha situación; en este marco el Ministerio Público debería jugar un papel más efectivo de veedor y garante del Estado social de derecho, específicamente la Procuraduría General de la Nación, ya que no siempre el gobierno tiene como prioridad las víctimas, menos cuando existe una carga de exclusión y discriminación históricas frente a las comunidades negras.

De otra parte, uno de los cambios más necesarios es el reconocimiento efectivo de las comunidades afrodescendientes como sujeto colectivo de derechos

especiales. Aquí encontramos la principal *raison d'être*, y la propuesta más directa, del documento. En el contexto de la Ley de Justicia y Paz en particular, el reconocimiento del carácter colectivo de las víctimas —el hecho de que al matar, al desplazar, al vulnerar los derechos de personas afrodescendientes se está afectando a un sujeto colectivo— es esencial para la justicia y reparación adecuadas y efectivas. En su defecto, no se cumple la condición básica para la realización de la justicia transicional, que es la de propender por una transformación sustancial del orden social de tal manera que no solamente puedan las poblaciones ser resarcidas (reparación y no repetición), sino también que cambien las condiciones de con-vivencia de todos y todas y con la naturaleza.

Una última propuesta epistemológicamente fuerte del documento es que al reconocer al sujeto colectivo, también se deben acoger los regímenes de derecho y justicia propios de las comunidades. Estos no se proponen en reemplazo de los marcos jurídicos modernos sino como complementarios a estos, en el contexto de la interculturalidad.

En conclusión, reconocer a las comunidades afrodescendientes como sujetos colectivos diferenciados en el marco de la Ley de Justicia y Paz (y demás normatividad pertinente) no es solamente una necesidad ineludible sino que enriquecería el proceso de transición a una verdadera sociedad post-conflicto. En su ausencia, seguiríamos perpetuando las condiciones que hacen de Colombia uno de los países más violentos del planeta. Este documento, de gran envergadura conceptual y metodológica, se constituye así en pieza importante para labrar las condiciones para una justicia y una paz duraderas. A esto apuntan muchas comunidades negras del país con su insistencia en definirse como territorios de vida, paz, alegría y libertad.

Arturo Escobar  
Profesor de Antropología  
Universidad de Carolina del Norte,  
Chapel Hill, E.U.



## II. PRÓLOGO

Las primeras consideraciones sobre las dimensiones socioculturales del conflicto armado interno en Colombia fueron planteadas en 2004 por el relator especial de Naciones Unidas para la discriminación racial, Doudou Diéne, quien hizo alusión a las dimensiones etnoraciales del conflicto armado en su informe de comisión sobre Colombia, basado en los hechos y datos de las afectaciones a la población afrocolombiana durante uno de los episodios más críticos del conflicto para las comunidades negras en los últimos años.

No solo es un grave atentado contra los derechos humanos, civiles y políticos, sino que ante todo incrementa la pobreza y la vulnerabilidad de la gente al destruir sus estructuras sociales y su capital humano. La autonomía de las comunidades y la representatividad de sus autoridades tradicionales se ven considerablemente afectadas por el conflicto. Habiendo perdido sus recursos económicos, a menudo los desplazados viven como personas desarraigadas y suelen terminar en la pobreza extrema o la indigencia<sup>1</sup>.

Seis años después, la relatora especial de Naciones Unidas contra la discriminación racial, Gay MacDugall, manifestó en el Informe sobre Colombia su gran preocupación por la situación de violencia y extrema pobreza que afecta a las comunidades negras, persistente según los últimos informes de los relatores especiales.

Muchos afrocolombianos viven en la pobreza en la periferia de los centros urbanos a causa de la violencia y del desplazamiento forzado de las zonas rurales. Las comunidades rurales desplazadas, en particular las mujeres y los niños, tienen pocos recursos y no están bien preparadas para las zonas urbanas hostiles en las que tienen pocas opciones de generar ingresos. Hasta el 80% de los afrocolombianos desplazados viven en las zonas más pobres y peligrosas de las principales ciudades<sup>2</sup>.

---

1 NACIONES UNIDAS. “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación. Comisión de Derechos Humanos”. Informe del Sr. Doudou Diéne, relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia, y formas conexas de intolerancia. Misión a Colombia E/CN.4/2004/18/Add.3, p. 16.

2 NACIONES UNIDAS. “Informe de la experta independiente Sra. Gay Macdugall sobre cuestiones de las minorías. Consejo de Derechos Humanos”. Documento A/HRC/16/45/Add, del 1 de enero de 2011. La evaluación realizada por la experta independiente de la situación de las minorías en Colombia se basa en la Declaración de 1992 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (A/RES/47/135), y en otras normas internacionales pertinentes, sin desconocer el carácter de pueblo que se le reconoce a la comunidad negra en Colombia.

Además, la realidad del país ha mostrado que existen sectores de población vulnerable dentro de los vulnerables<sup>3</sup>. Es el caso de las mujeres negras afectadas por el conflicto, que padecen una doble afectación y un impacto desproporcionado sobre sus vidas<sup>4</sup> por su condición étnica y de mujer, lo que suma mayores dificultades para superar por sí mismas las condiciones extremas de pobreza y ruptura con el tejido sociocultural de sus comunidades a causa del desplazamiento forzado, generado a su vez por el conflicto armado interno. Otro sector vulnerable y especialmente afectado por el conflicto son los jóvenes negros o afrodescendientes, cuyo reclutamiento forzado ha conducido a profundas rupturas con sus entornos culturales y sociales, poniendo en riesgo la propia existencia del sujeto colectivo.

Son estas circunstancias de afectación a la integridad física y cultural, constatadas en el contexto colombiano por los organismos internacionales, las que han puesto en riesgo la pervivencia de la comunidad negra como grupo étnico, y con base en las cuales líderes del movimiento social afrocolombiano han planteado que las comunidades negras en Colombia vienen siendo víctimas de etnocidio<sup>5</sup>.

Si bien es cierto que los relatores especiales en el caso de las comunidades negras de Colombia no hacen alusión directa al etnocidio, sí llaman la atención sobre las graves afectaciones a la integridad cultural de las comunidades negras. Y pese a la formalización de un proceso de Justicia y Paz en el país, mediante la promulgación de la Ley 975 de 2005, no existe hasta el momento una imputación por delitos que dé cuenta de las afectaciones a la integridad cultural y la violación de derechos fundamentales a la vida, al territorio, al desarrollo propio, a la autonomía y a libre movilidad de las comunidades. Esta omisión puede conducir a la insatisfacción de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición para la comunidad negra como sujeto colectivo, y a la persistencia de condiciones que impiden una atención y reparación efectiva de las comunidades negras víctimas del conflicto.

Una de esas condiciones corresponde a la falta de garantías de protección a las víctimas del desplazamiento forzado, entre las que se cuenta un significativo número de afrocolombianos víctimas de actos violentos contra el derecho a la

---

3 REYES, A. *Viabilidad de un seguro de desempleo para Colombia. Algunas reflexiones y cálculos preliminares*. Bogotá: MERDP/ Banco de la República, 2007. El estudio demostró que en su orden, las mujeres, los niños, los indígenas y afrodescendientes están por debajo de la línea de la pobreza, siendo las mujeres y los menores los más vulnerable entre los vulnerables.

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 092 de 2008 de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Intervención de líderes de organizaciones de comunidades negras de los municipios de Buenaventura y Buenos Aires, Cauca, en el taller sobre Justicia y Paz realizado en la ciudad de Buenaventura en junio de 2010.



vida y al territorio, atribuibles a los grupos armados organizados al margen de la ley. Esta situación ha sido decretada por la Corte Constitucional un “estado de cosas inconstitucional” de acuerdo con las siguientes situaciones:

La Sala Tercera de Revisión, al resolver sobre las presentes acciones de tutela, concluye que *por las condiciones de vulnerabilidad extrema* en las cuales se encuentra la población desplazada, *así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención*, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños. *Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad*, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla (apartado 6.3). *Tal situación constituye un estado de cosas inconstitucional* que será declarado formalmente en esta sentencia.

[...] La declaratoria formal del estado de cosas inconstitucional tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deben ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados<sup>6</sup>.

Posteriormente, y ante el incumplimiento de las órdenes emitidas en la Sentencia la Corte Constitucional, la misma establece y precisa en el

---

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. *Cursivas de las autoras.*

Auto 005 de 2009, derivado de la misma sentencia: “La necesidad de un enfoque diferencial que reconozca la diversidad de los desplazados afrodescendientes”<sup>7</sup>.

En estas circunstancias, la incorporación de un enfoque diferencial étnico para la atención y prevención de las afectaciones a las comunidades negras, ordenado por la Corte Constitucional colombiana para la superación del estado de cosas inconstitucional, cobra mayor importancia en el marco del proceso de Justicia y Paz. En efecto, la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las comunidades negras víctimas de la violencia, requiere que las instituciones involucradas reconozcan y garanticen, en todas las etapas del proceso, las particularidades y derechos de este pueblo<sup>8</sup>.

La aplicación de un enfoque diferencial étnico para comunidades negras implica una serie de retos. Primero, porque desde la implementación de la Ley 975 de 2005, Colombia atraviesa por un proceso de justicia transicional mientras el conflicto armado interno sigue vigente, lo que impone obstáculos para la plena participación de las víctimas en el proceso, y a las instituciones estatales para garantizar adecuadamente los derechos de las primeras.

Segundo, porque la Ley de Justicia y Paz no hace referencia directa a las comunidades étnicas ni establece una valoración especial para los sujetos colectivos de derechos especiales en su condición de víctimas. Esta omisión dificulta la valoración y aplicación de cualquier medida que tome en cuenta las particularidades socioculturales que caracterizan a esta población, y no permite dimensionar el alcance de los daños y afectaciones a sus derechos. Aun cuando la Ley incluye como víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, no necesariamente hace referencia a sujetos étnicos, tampoco los obvia, pero no los relaciona de manera específica<sup>9</sup>. Esta situación se presenta a pesar del significativo número de comunidades negras que han sufrido un impacto desproporcionado<sup>10</sup> a causa del conflicto por su estado previo de vulnerabilidad, debido a condiciones históricas de exclusión y marginalidad producto de la esclavización y la discriminación de las que han sido víctimas.

7 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Véase: “Capítulo I: antecedentes y fundamentos constitucionales de la presente decisión”, numeral 1 “La necesidad de un enfoque diferencial que reconozca la diversidad de los desplazados afrodescendientes”.

8 La Corte Constitucional ha afirmado que el reconocimiento de los grupos étnicos, como colectividades reconocibles, permiten reivindicar con claridad el derecho de las comunidades negras a ser tenidas como *pueblos*, conforme a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

9 Conclusión de las discusiones y aportes de los delegados de las comunidades negras participantes de los talleres desarrollados por el proyecto ProFis de la GIZ en el marco de la asesoría a la Unidad de Justicia y Paz, despacho 18 de Cali, con participación de las comunidades negras de Buenaventura, Valle y Buenos Aires, Cauca, entre abril y julio de 2010.

10 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.



Tercero, porque la legislación colombiana adolece de vacíos normativos para aplicar el enfoque diferencial étnico para comunidades negras. De una parte, en lo que atañe a los delitos consagrados en el Código Penal, no existe un tipo penal que sancione las graves afectaciones a la integridad cultural de las comunidades negras; de otra parte, el concepto de *daño colectivo* contenido en nuestra legislación, Ley 472 de 1998, se circunscribe al daño padecido por una colectividad, pero no incluye específicamente el daño al sujeto colectivo de derechos.

Por último, porque al ser invisibilizadas las comunidades negras en aspectos puntuales del procedimiento de Justicia y Paz, al no existir un registro del sujeto colectivo de derechos en calidad de víctimas en ninguno de los procesos adelantados hasta la fecha, sectores del movimiento social afrocolombiano y un número significativo de comunidades negras han presentado una fuerte resistencia a la implementación de la Ley de Justicia y Paz, en tanto consideran que no son consultadas, que sus necesidades y expectativas en materia de verdad, justicia y reparación resultan excluidas, y que no son respetados sus sistemas propios de organización y de justicia.

El presente documento plantea la importancia de incorporar un enfoque diferencial étnico en la aplicación de la Ley 975 de 2005 y el reconocimiento de los procesos de Justicia y Paz con comunidades negras víctimas del conflicto armado, partiendo del respeto del sujeto colectivo de derechos como un sujeto activo en el proceso de Justicia y Paz, no solo como víctimas, sino incorporando sistemas alternativos de justicia mediante un diálogo intercultural entre la justicia ordinaria y la justicia tradicional de las comunidades. Así mismo, propone una serie de elementos básicos por tener en cuenta para que este tratamiento diferenciado respete los rasgos socioculturales de las comunidades, y satisfaga los estándares nacionales e internacionales de atención a las víctimas afrocolombianas.

El texto formula la aplicación del enfoque diferencial étnico para comunidades negras tomando en cuenta el contexto del *estado de cosas inconstitucional* decretado por la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004, que explica el alto grado de vulnerabilidad en que aún se encuentran las víctimas. Un proceso de justicia y paz que seleccione y priorice a las víctimas deberá tomar en cuenta, en el caso de las comunidades negras afectadas por el conflicto, este estado de extrema vulnerabilidad. De ahí que el enfoque diferencial tenga en cuenta no solo sus particularidades socioculturales, sino el estado en que se encuentran las víctimas afrodescendientes. Para ello, dos premisas son fundamentales: de un lado, se requiere i) la adecuación típica desde un enfoque diferencial étnico que valore las especificidades del sujeto colectivo, y consecuentemente, la

dimensión del daño y la afectación generada a las comunidades negras, y ii) la tipificación del delito de etnocidio para sancionar el exterminio físico<sup>11</sup> y cultural de las comunidades negras como consecuencia del conflicto armado interno. De otro lado, la adopción de una visión global de los procesos de justicia transicional en Colombia, que implica un diálogo intercultural entre la justicia ordinaria y la justicia tradicional de las comunidades afrocolombianas, para la valoración de los daños y las afectaciones sufridas por el sujeto colectivo con ocasión del conflicto armado interno.

Este escrito toma como eje a la comunidad negra como sujeto colectivo de derechos especiales, exponiendo los marcos conceptuales que sustentan desde lo sociocultural, lo político y lo jurídico, la necesidad de reconocer, valorar y ubicar en el contexto del conflicto que afecta a Colombia a dicho sujeto como víctima. Se trata, entonces, de presentar las distintas dimensiones de este sujeto colectivo y analizar, desde su naturaleza sociocultural, las particulares afectaciones a sus derechos por los daños generados a su integridad física y cultural por los actores del conflicto. Desde lo político, se trata de analizar los intereses que representan los distintos intervinientes en el conflicto y su papel en relación con la comunidad negra como sujeto colectivo de derechos especiales en la perspectiva de la búsqueda de la verdad, la reparación y la no repetición de los hechos. Se plantea en este contexto la importancia de visualizar el tema de justicia y paz, no como una norma, sino como un proceso de reconocimiento de derechos y de diálogos interculturales desde el pluralismo jurídico reconocido por la Constitución Política de Colombia, y el papel y alcance que tiene la Ley 975 de 2005 en el propósito de salvaguardar la diversidad étnica y cultural de la nación.

Así, el Proyecto ProFis-GIZ, consciente de la necesidad de avanzar en la determinación de criterios de atención a aquellas poblaciones que por su afectación particular en el conflicto son consideradas en condición de vulnerabilidad, busca enriquecer con estas propuestas la discusión en torno a las temáticas referentes a la justicia transicional y la Ley 975 de 2005.

---

11 La figura del genocidio consagrada en la legislación colombiana debe diferenciarse del etnocidio. Específicamente porque el artículo 101 del Código Penal consagra el *genocidio* como el *exterminio físico* con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, mientras que la figura del *etnocidio* involucra, además, el *exterminio cultural*.



### III. CONCEPTOS GENERALES Y JURÍDICOS PARA EL ABORDAJE DEL ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ

Para el caso colombiano, variables coyunturales como la configuración del Estado, la diversidad étnica y cultural de nuestra nación y su reconocimiento constitucional, el conflicto armado interno y la adopción de medidas de justicia transicional deben ser previamente analizados para entender por qué hablar de *enfoque diferencial étnico* en el marco de los procesos de Justicia y Paz. Así mismo, nociones jurídicas como la tipología de los delitos en el marco del conflicto, los conceptos de daños y afectaciones, los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la definición del estado de cosas inconstitucional resultan esenciales para soportar las propuestas y conclusiones del presente documento.

A continuación se presentan las variables y conceptos que constituyen los ejes de orientación para el abordaje del enfoque diferencial étnico para comunidades negras. De su precisión y comprensión depende la efectividad de la aplicación del enfoque basado en derechos.

#### **a. Estado social de derecho y conflicto**

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, la República de Colombia se establece como un Estado social de derecho, democrático, participativo, respetuoso de la dignidad humana y pluralista. El Estado social de derecho, como principio fundamental de nuestra nación, otorga una serie de derechos fundamentales e impone obligaciones al Estado para respetarlos y garantizarlos. Entre los aportes más importantes de esta nueva concepción del Estado colombiano, se encuentra el reconocimiento de la heterogeneidad de la población colombiana y el consecuente tratamiento diferencial a determinados grupos de la población, como los grupos étnicos, conforme a sus especiales características y su pasado de vulnerabilidad y marginación<sup>12</sup>.

En el contexto colombiano, marcado desde hace décadas por un arraigado y prolongado conflicto armado interno, el análisis del Estado social de derecho y los derechos constitucionales que encarna, involucra también un examen sobre los conceptos *conflicto*, *posconflicto* y *justicia transicional*, para entender los alcances reales de este precepto fundante del Estado colombiano.

---

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-422 de 1996. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Véanse: “Fundamentos jurídicos”, numeral 3.

## *i. El Estado social de derecho en Colombia: alcances y evolución*

El artículo 1 de la Carta consagra el Estado social de derecho como configuración constitucional del Estado colombiano. Con la expedición de la Constitución de 1991 se transitó, al menos nominalmente<sup>13</sup>, de la condición del Estado de derecho (encarnada en la Constitución de 1886), al Estado social de derecho fundado en la interacción de los valores de la democracia, lo social y la idea del Estado de derecho en sentido material<sup>14</sup>. En efecto, este principio está compuesto de tres dimensiones: de un lado, la dimensión de la vinculación social del Estado, que implica la obligación de los poderes públicos de velar por la previsión, distribución e igualación de los bienes materiales y de cultura; de otro lado, la dimensión de la referencia social de los derechos fundamentales, que impone la obligación de interpretar los derechos, desde el principio de la garantía de la libertad; finalmente, la dimensión de la obligación del Estado de articular la sociedad desde bases democráticas<sup>15</sup>.

La Corte Constitucional ha señalado que:

El carácter social de nuestro Estado de Derecho no es una fórmula retórica o vacía. Por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de Derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana<sup>16</sup>.

A partir de la Constitución de 1991, el Estado social de derecho es considerado el principio rector de nuestro ordenamiento. Ello implica que, siendo una de las estructuras básicas del Estado colombiano, todas las actividades estatales, las actividades particulares e inclusive el régimen

13 Se ha cuestionado el supuesto tránsito de un Estado de derecho a un Estado social de derecho en Colombia. Según Barreto, analizando la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de Estado social de derecho, “resulta difícil sostener que Colombia vivió un pleno periodo de Estado de derecho, superado el cual, sigue un Estado social de derecho”. En este sentido, la descripción lineal elaborada por la Corte sobre las organizaciones sociopolíticas en Colombia (Estado de derecho-Estado de bienestar-Estado social de derecho) no coincide con las particularidades de nuestro calendario histórico, sino más bien con el itinerario de la evolución de sociedades dominantes como la europea o la estadounidense. BARRETO, Antonio. “Amparo constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela”. En: CEPEDA, Manuel José, et ál. *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 1999, p. 91.

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 de 1992. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

15 QUINCHE, Manuel. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Tercera edición. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 84-85.

16 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-505 de 1992. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-566 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.



jurídico deben ser pensados en función de dicho principio fundante<sup>17</sup>. De igual manera, los demás postulados del artículo 1 de la Constitución Política, como son el principio de dignidad, el principio del trabajo, el principio de solidaridad y el principio de prevalencia del interés superior, constituyen piedra angular del sistema jurídico colombiano<sup>18</sup>.

En este sentido, son fines del Estado social de derecho garantizar la seguridad y la libertad de los habitantes del territorio nacional<sup>19</sup>; servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución<sup>20</sup>; facilitar la participación, sin menoscabo del derecho a la igualdad, y con fundamento en el principio de equidad<sup>21</sup>.

Para la Corte Constitucional, el contenido del principio del Estado social de derecho está compuesto de dos dimensiones: de un lado, la dimensión cuantitativa, según la cual el Estado debe garantizar estándares mínimos para todos los ciudadanos; del otro, la dimensión cualitativa, que se manifiesta a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y la consagración de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política<sup>22</sup>.

Por ello, a juicio de la Corte, la legitimidad del Estado social de derecho radica, por un lado, en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro, en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad<sup>23</sup>.

Bajo estos postulados, el Estado social de derecho ha traído consigo una serie de nuevas características a nuestra Constitución, entre estas, una amplia gama de derechos fundamentales reconocidos, mecanismos de protección de estos, la preservación continua del principio democrático,

---

17 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2005. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

18 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-220 de 1997. M. P.: Fabio Morón Díaz.

19 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-106 de 1995. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-124 de 1993. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-566 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-585 de 1995, M. P.: Hernando Herrera Vergara; Sentencia SU-111 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-579 de 1999. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-119 de 2006. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

21 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-585 de 1995. M. P.: Hernando Herrera Vergara.

22 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

23 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

la posibilidad de participación ciudadana en la toma de decisiones políticas, entre otras. Sin embargo, uno de los parámetros imperantes de dicho principio Constitucional, es el respeto a la dignidad humana<sup>24</sup>.

**ii. *El Estado social de derecho como garante de la diversidad étnica y cultural de la nación***

Colombia es un Estado multicultural. Desde sus inicios, nuestro país ha sido construido por tres tradiciones culturales: la indígena, la africana y la europea. Fue, entonces, el encuentro de culturas diversas en tierras americanas durante la época de la colonización la cimiento que propició el inicio de novedosas formas de relaciones, de cosmovisiones, de sentires que con el tiempo se fueron afianzando, acomodando y reinventando la composición de nuestra nación<sup>25</sup>.

En este contexto, se diferencian de la sociedad occidental tres sectores étnicos y sujetos colectivos de derechos especiales: los pueblos indígenas, las poblaciones afrocolombianas (incluidas las comunidades raizales de San Andrés y Providencia y la comunidad de San Basilio de Palenque) y el pueblo Rom o gitano<sup>26</sup>.

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional, a partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la norma fundamental caracteriza al Estado colombiano se encuentran el de ser un Estado social, democrático y participativo de derecho, respetuoso de la dignidad humana y abierto al pluralismo. Uno de los rasgos distintivos del Estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad; ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión; y iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud

24 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2005. M. P.: Jaime Aratijo Rentería.

25 RODRÍGUEZ, Elsa. "Colombia, un espacio de vida y encuentro pluricultural". En: DANE. *Colombia, una nación multicultural. Su diversidad étnica*. Bogotá: DANE, 2007, p. 13.

26 HERNÁNDEZ, Astrid; SALAMANCA, Marcela; y RUÍZ, Fabio. "Los grupos étnicos en la Colombia de hoy". En: DANE, *Colombia, una nación multicultural. Su diversidad étnica*. Bogotá: DANE, 2007, p. 19.



de la diferencias vigentes en un momento determinado<sup>27</sup>. En este sentido, la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación encuentra sustento en la figura del pluralismo jurídico<sup>28</sup>, mediante el cual el Estado reconoce la diversidad étnica y cultural, que, como expresión de la existencia de diversas formas y sistemas de justicia, implica el otorgamiento de derechos específicos dentro de la legislación colombiana para su afirmación y goce efectivo.

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 7 la diversidad étnica y cultural de la nación<sup>29</sup>, imponiendo la necesidad de adaptar la legislación y la aplicación del derecho, al hecho de que los pueblos indígenas y demás grupos étnicos diferentes al resto de la sociedad nacional, son parte fundamental y primordial del Estado de derecho<sup>30</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética<sup>31</sup>. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, con una justicia que atienda las reivindicaciones de los individuos y comunidades<sup>32</sup>.

En igual sentido, el artículo 70<sup>33</sup> de la carta fundamental determina que la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad. Además reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Para la Corte Constitucional el anterior postulado consagra la multiculturalidad como un pilar de la nacionalidad, y en consecuencia, el Estado tiene la obligación de reconocer y proteger la

---

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388 de 1999. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

28 Consagrada en la Constitución Política ("Preámbulo" y artículos. 2, 7, 10, 13, 96, 171, 246, 286, 321, 329, 330, 357, artículo transitorio 56); Ley 60 de 1993; Ley 70 de 1993; Resolución n.º 022 del 2 de septiembre de 1999 de la Dirección General de Comunidades Negras y Otras Colectividades Étnicas. Véase también: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139 de 1996. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

29 COLOMBIA. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1997, artículo 7: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana".

30 "El régimen político democrático, participativo y pluralista y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, son principios fundamentales que representan un obligado marco de referencia en la aplicación e interpretación de la totalidad de las normas constitucionales". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 de 1993. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 de 1997. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

32 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-510 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

33 COLOMBIA. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1997, artículo 70: "La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país".

diversidad étnica y cultural y, adicionalmente, promover dicha diversidad, de lo cual depende la convivencia armónica dentro de una democracia participativa<sup>34</sup>.

La identidad nacional a la que se refieren los artículos mencionados [1, 7, 70] es, entonces, una identidad pluralista. No presupone ni exige coincidencias. No implica homogeneidad. Todo lo contrario, se orienta a reconocer la riqueza de la diversidad. La Constitución de 1991 ofrece un espacio para la convivencia de distintos puntos de vista y de diferentes matices y cosmovisiones. En ese mismo orden de ideas, el hilo conductor que recorre de principio a fin la Constitución colombiana procura hacer visibles a quienes durante mucho tiempo fueron opacados hasta el límite de la invisibilidad: las minorías étnicas [...]<sup>35</sup>.

Así, los artículos 1, 7 y 70 de la Constitución Política de Colombia, fundados en principio del Estado social de derecho, garantizan el reconocimiento y la debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos, cimentado sobre el respeto por la dignidad de todos los habitantes del territorio, independientemente de la etnia a la que pertenezcan o de la cosmovisión que defiendan<sup>36</sup>.

### *iii. Los conceptos de “posconflicto” y “justicia transicional”*

El término *posconflicto* hace referencia “al período de tiempo que se inicia con el cese de hostilidades entre las partes previamente enfrentadas”<sup>37</sup>. Si bien esta definición es ampliamente aceptada, existe un álgido debate en torno al propósito del posconflicto frente a la construcción de paz. Al respecto, pueden distinguirse tres visiones sobre el significado y contenido del concepto<sup>38</sup>:

- Visión minimalista: el concepto de *posconflicto* está asociado con la superación de las secuelas específicas del conflicto, como por ejemplo, la reconstrucción de la infraestructura destruida.
- Visión maximalista: la noción de *posconflicto* se relaciona con la finalización de la guerra y la generación de condiciones para

34 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-778 de 2005. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

35 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-704 de 2006. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

36 *Ibid.*

37 RETTBERG, Angelika (coord.) et ál. *Preparar el futuro: conflicto y post-conflicto en Colombia*. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz y Universidad de los Andes, 2002, p. xix.

38 *Ibid.*, p. 2.



- el desarrollo económico, político y social del país para superar las causas estructurales del conflicto.
- Visión intermedia: la construcción de paz se debe iniciar antes de que cesen las hostilidades y culmina (y con esta, el periodo de posconflicto) cuando una sociedad se ha recuperado del daño físico causado en el transcurso del conflicto, ha aprendido a jugar con nuevas reglas políticas y económicas y ha sanado sus heridas, individuales y colectivas, de manera que haya una expectativa generalizada de que las diferencias que persistan no van a exacerbarse hasta el punto de recaer en el conflicto violento entre las partes.

La adopción de una u otra visión sobre los retos y contenidos del posconflicto depende de la naturaleza del conflicto. En este sentido, las características propias de la guerra, tales como su duración, los asuntos en juego —identidades o discursos— y el grado de debilitamiento del Estado, afectan el tipo de construcción de paz, el fin probable del enfrentamiento y las posibilidades de consolidación del posconflicto<sup>39</sup>. No obstante, un aspecto común a las diferentes perspectivas es el hecho de que el posconflicto, para su consolidación y éxito, requiere buenas instituciones, es decir, instituciones legítimas, representativas, estables y eficientes<sup>40</sup>.

Ahora bien, para las sociedades que atraviesan por procesos de posconflicto, la justicia transicional juega un papel trascendental. La noción *justicia transicional* refiere “a aquellos procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz”<sup>41</sup>.

El concepto de *justicia transicional* comprende una variedad de procesos y mecanismos relacionados con los esfuerzos de una sociedad para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, con el fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, de servir a la justicia y lograr la reconciliación. Estos procesos pueden implicar mecanismos judiciales o extrajudiciales (comisiones de la verdad, proyectos de verdad no institucionalizados, comisiones históricas), así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, reformas institucionales, verificación de antecedentes, remoción del cargo o una combinación de todos estos<sup>42</sup>.

39 RETTBERG, *et ál.*, op. cit., p. 5.

40 *Ibíd.*, p. 13.

41 UPRIMNY, Rodrigo, *et ál.* *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: DeJusticia, 2006, p. 13.

42 CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. “Estado de derecho y la justicia transicional en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”. Documento S/2004/619, 3 de agosto de 2004, p. 4.

La justicia transicional tiene por objeto, mediante la aplicación de mecanismos peculiares y limitados en el tiempo, que sean investigados, juzgados y sancionados de modo satisfactorio, los delitos graves contra el derecho internacional, cometidos por las partes enfrentadas, de un lado; y que los integrantes de las organizaciones al margen de la ley hagan una contribución efectiva a la paz, la convivencia pacífica y la garantía de un orden justo, comprometiéndose a dejar la colectividad violenta para acceder a beneficios de orden procesal, del otro<sup>43</sup>.

Los procesos de justicia transicional, siguiendo las pautas estipuladas en el “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos (DDHH) mediante la lucha contra la impunidad” de Naciones Unidas<sup>44</sup>, imponen a los Estados la adopción de una serie de obligaciones inderogables, a saber: la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición.

- Derecho a la verdad: implica, de una parte, el derecho de las víctimas y a sus familiares de saber las circunstancias bajo las cuales fueron cometidas tales violaciones, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia; de otra parte, el derecho inalienable de la sociedad a conocer la verdad de las graves violaciones de derechos humanos perpetradas en el pasado, proporcionando una salvaguardia contra la repetición de tales hechos, y estableciendo a su vez el deber de recordar tales acontecimientos como parte de la historia y la memoria colectiva.
- Derecho a la justicia: obligación estatal de iniciar investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH), procesando, juzgando y condenando a los responsables, respetando las normas del debido proceso, y permitiendo a la víctimas, sus familiares o herederos participar como parte civil en el proceso o iniciando por sí mismas la acción judicial correspondiente.
- Derecho a la reparación: derecho de las víctimas y sus familiares a obtener una reparación por parte del Estado, ante los daños y perjuicios sufridos, la cual comprende medidas de

43 GTZ. *Manual de procedimiento para la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ, 2009, p. 20.

44 JOINET, Louis. “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas”. 61° periodo de sesiones. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. 2005.



restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, así como garantías de no repetición.

- Garantías de no repetición: medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario que vulneren su dignidad. Los Estados deben emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto al imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales.

La complejidad de los conflictos y los retos que acarrea el posconflicto generan que los procesos de justicia transicional se enfrenten a importantes dilemas, originados en la necesidad de equilibrar los objetivos contrapuestos de Justicia y Paz. En efecto, existe una fuerte tensión entre el deber de proteger los derechos de las víctimas de violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, ocurridas en la etapa previa a las transiciones, y la generación de incentivos para que los responsables de crímenes atroces acepten dejar atrás el régimen despótico o la guerra civil, tales como el perdón y el olvido de sus actos<sup>45</sup>.

No hay un procedimiento único para resolver estas tensiones, más aún por las características propias de los conflictos. En cuanto a esta medida, en un periodo de transición deben encontrarse fórmulas intermedias que garanticen una dosis de justicia y una dosis de perdón, porque todas las estrategias de justicia transicional implican, necesariamente, el sacrificio parcial de alguno de los valores en tensión. Por tanto, cada sociedad en conflicto debe diseñar su propia fórmula de justicia transicional, de acuerdo con el objetivo que desee ponderar para llegar a la paz<sup>46</sup>.

## **b. Tipología de delitos contemplados en el marco del conflicto armado: valoración y tendencia**

### *i. Estándares internacionales*

De un lado, las normas del derecho internacional humanitario, en cuanto a protección de personas y bienes, obligan a los contendientes en

<sup>45</sup> UPRIMNY, *et ál.*, op. cit., p. 13.

<sup>46</sup> GTZ, op. cit., p. 26.

todo tiempo y lugar a determinadas conductas en cuanto se refiere al tratamiento de heridos, enfermos, métodos de guerra, etcétera. Esta obligación surge para las partes, es decir, para los actores en conflicto<sup>47</sup>, como lo determina el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra<sup>48</sup>, desarrollado posteriormente por el Protocolo II.

Cabe recordar que Colombia ha adoptado casi todos los tratados internacionales relativos a la regulación de las hostilidades, límites a la guerra y protección de personas y objetos, usos y límites de armas<sup>49</sup>. Así pues, los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano otorgan el carácter obligatorio a su cumplimiento por vía de bloque de constitucionalidad<sup>50</sup>.

De otro lado, el derecho penal internacional tiene por objeto eliminar la impunidad en periodos de conflicto armado y de paz. Cuando las partes comenten graves crímenes contra la humanidad, violan disposiciones del derecho internacional y son juzgadas en sus propios países o en aquellos que tengan la competencia para hacerlo<sup>51</sup>. El Estatuto de Roma, en su artículo 5, consagra los siguientes delitos en el marco del derecho penal internacional: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión.

### ► *El crimen de genocidio:*

Constituye genocidio la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de

47 IBAÑEZ, Augusto. "Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (a propósito de la configuración de los delitos contra la humanidad)". En: BARRETO, Hernando *et al.* *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 612.

48 "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1. Las personas que no participen directamente de las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate, por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las conductas distadas y las ejecuciones sin previo juicio ante tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

49 Colombia ha ratificado los siguientes tratados: Protocolo II (Ley 171 de 1992); Protocolo de Ginebra sobre Prohibición de el Empleo en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y Medios Bacteriológicos (Ley 10 de 1980); los cuatro Convenios de Ginebra (Ley 5 de 1960); el Tratado sobre Renuncia a la Guerra (Ley 29 de 1930); la Convención relativa a los Deberes y los Derechos de los Estados en Casos de Luchas Civiles (Ley 17 de 1930).

50 IBAÑEZ, op. cit., p. 613.

51 GTZ, op. cit., p. 55.



acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (Estatuto de Roma, artículo 6).

En la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptado por Resolución 260 (III) A, de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948<sup>52</sup>, se entiende por *genocidio* cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, a saber:

- a. Matanza de miembros del grupo
- b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo
- c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial
- d. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
- e. Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo

La misma convención establece en su artículo III que serán castigados los actos siguientes:

- a. El genocidio
- b. La asociación para cometer genocidio
- c. La instigación directa u pública a cometer genocidio
- d. La tentativa de genocidio
- e. La complicidad en el genocidio

Para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el genocidio se diferencia de otros crímenes en la medida en que comporta un dolo especial, es decir, la intención precisa, requerida como elemento constitutivo del crimen, que exige que el delincuente haya claramente buscado provocar el resultado incriminado. A partir de allí, manifiesta el Tribunal, el dolo especial del crimen de genocidio reside en la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Entrada en vigor: 12 de enero de 1951.

<sup>53</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. TPIR-96-4-T. Asunto "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu". Sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998. Sala de Primera Instancia, párr. 498.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda determinó, de una parte, que los atentados graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo no requieren ser permanentes o irremediables para constituir el crimen de genocidio. De otra parte, señaló que la sumisión intencional del grupo a condiciones de existencia que impliquen su destrucción física total o parcial, no buscan necesariamente matar al instante a los miembros del grupo, pero que, con el tiempo, apuntan a su destrucción física. Estos actos pueden implicar un régimen alimentario de subsistencia, expulsión sistemática de los hogares y la reducción de los servicios médicos, entre otros<sup>54</sup>.

También consideró que las medidas que apunten a entorpecer los nacimientos en el seno del grupo, tales como mutilaciones sexuales, prácticas de esterilización, utilización forzada de medios anticonceptivos, separación de sexos, prohibición del matrimonio, así como la violación destinada, de manera deliberada, a la procreación de un niño que no pertenece al grupo de su madre, constituyen actos que atentan gravemente contra la integridad de la persona, y, por tanto, se enmarcan dentro del crimen de genocidio<sup>55</sup>.

► ***Crímenes de lesa humanidad***<sup>56</sup>

El artículo 7 del Estatuto de Roma señala:

[...] se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universal

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 502-506.

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 507-508.

<sup>56</sup> Para mayor información, véase: FORER, Andreas y LÓPEZ, Claudia. *Acercas de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: GIZ, 2011.



mente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Según el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, es una condición sine qua non que el acto se inscriba en el cuadro de un ataque generalizado o sistemático, no pudiendo ser un acto aislado, sin embargo, no requiere que revista esa doble dimensión. El carácter de generalizado resulta del hecho que el acto representa un carácter masivo, frecuente y que, llevado a cabo colectivamente, revista una gravedad considerable y sea dirigido contra una multiplicidad de víctimas. El carácter de sistemático se refiere al hecho de que el acto sea cuidadosamente organizado según el modelo regular de ejecución de una política concertada puesta en obra por medios públicos o privados considerables<sup>57</sup>.

Así mismo, es esencial que, para constituir un crimen contra la humanidad, todo acto debe estar dirigido contra la población civil, es decir, aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades, comprendidos miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas y las personas fuera de combate<sup>58</sup>.

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha mencionado que existen dos elementos esenciales del crimen de lesa humanidad: en primer lugar, un criterio de orden material, que es la comisión, en el marco de un ataque masivo o sistemático contra la población civil; en segundo término, un criterio de orden moral, la consciencia de participar en tal ataque. En lo que atañe a este último elemento, el Tribunal dispuso que a la intención criminal requerida para la realización de las infracciones, debe agregarse un factor de orden moral específico del crimen contra la humanidad. El autor debe tener conocimiento de la existencia de un ataque masivo o sistemático contra la población civil, sin embargo, no es necesario que haya tenido la intención de atacar civiles por motivos raciales, por sus concepciones religiosas o políticas, para ser considerado responsable de los crímenes, con excepción del crimen de persecución<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 580.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 582.

<sup>59</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. IT-95-14-T. Asunto "Fiscal vs. Tihomir Blaskic". Sentencia proferida el 3 de marzo de 2000. Sala de Primera Instancia, párr. 199, 244.

En lo que respecta a los delitos sexuales, el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia concluyó que la violación está explícitamente prevista como un crimen de lesa humanidad. Igualmente puede constituir una infracción grave a los Convenios de Ginebra, una violación a las leyes o costumbres de la guerra o un acto de genocidio, si los elementos necesarios se encuentran reunidos y son acciones objeto de persecuciones como tal<sup>60</sup>. Este Tribunal definió *violación* como un acto efectuado bajo la amenaza de penetración forzada. Es un acto cumplido recurriendo al uso de la fuerza o de la amenaza, pudiendo ser ello explícito o no, y que debe dar a la víctima razones para temer por que ella o un tercero sean víctimas de violencia, de medidas de coerción o de puesta en detención o de opresión psicológica<sup>61</sup>. De igual forma, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda definió *violación* como una invasión física, de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias de coerción<sup>62</sup>.

En referencia al desplazamiento forzado, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dispuso que los desplazamientos dentro del país o más allá de sus fronteras, por motivos no admitidos por el derecho internacional, constituyen crímenes según el derecho internacional consuetudinario. Es el carácter forzado del desplazamiento y el desarraigo de los habitantes de un territorio, lo que compromete la responsabilidad penal del autor. El término *forzado* supone que las personas afectadas no escogieron libremente permanecer en la región donde actualmente se hallan, por tanto, resulta esencial que el desplazamiento se efectúe bajo coacción. Además de estar presente un elemento subjetivo, a saber, que el autor del desplazamiento forzado debe tener la intención de atacar a las víctimas, lo que implica un ánimo de hacerlo de manera efectiva<sup>63</sup>.

### ► *Crímenes de guerra*

A la luz del artículo 8 del Estatuto de Roma, los crímenes de guerra son aquellos que se comenten como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. En este sentido, se entiende por crímenes de guerra: a) infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente; b) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en

60 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. IT-95-17/1-T. Asunto "Fiscal vs. Furundzija". Sentencia proferida el 10 de diciembre de 1998. Sala de Primera Instancia, párr. 172.

61 *Ibid.*, párr. 174.

62 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, op. cit., párr. 597.

63 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. IT-02-06-T. Asunto "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic". Sentencia proferida el 17 de enero de 2005. Sala de Primera Instancia, párr. 595-601.



los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional; c) en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa; e) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional ha indicado que los actos delictivos o las infracciones que no guarden vínculo con el conflicto armado, no pueden ser considerados como crímenes de guerra. En esta medida, la Sala considera que un crimen ha tenido lugar en el contexto o se encuentra vinculado al conflicto, a partir de que los crímenes presuntamente cometidos se encuentren vinculados estrechamente con las hostilidades. Esto significa que el conflicto armado debe desempeñar un papel fundamental en la decisión del autor del crimen, en la capacidad de este para ejecutarlo o en la manera como la conducta fue finalmente llevada a cabo. No obstante, no es necesario que el conflicto armado haya sido considerado como la primera causa del crimen o que este haya sido perpetrado en medio de los combates<sup>64</sup>.

## *ii. Legislación interna*

Una de las más importantes novedades que presenta el Código Penal de 2000, de cara al agravamiento del conflicto armado interno, lo constituye la inclusión de un título dedicado exclusivamente a las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Esta consagración no se limita al catálogo de prohibiciones que aparece recogido en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ni en el Protocolo Adicional II de 1977. En efecto, el articulado recoge ciertas conductas que aparecen recogidas en el Protocolo Adicional I de 1977, y los textos de algunas resoluciones del Consejo de Seguridad mediante las cuales se crearon los tribunales penales internacionales ad hoc<sup>65</sup>.

El “Título II” del Código Penal tiene por objeto brindarle una protección mínima al ser humano en situaciones de extrema anormalidad, y,

64 CORTE PENAL INTERNACIONAL. ICC-01/04-01/07. Asunto “Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngujolo Chui”. Providencia de confirmación de cargos proferida el 30 de septiembre de 2008. Sala de Cuestiones Preliminares, Párr. 380, 383.

65 RAMELLI, Alejandro. “Personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”. En: BARRETO, Hernando *et al.* *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 689-690.

por ende, se busca proteger aquellos derechos que, en tanto emanación de la dignidad humana, suelen correr grave peligro en casos de conflicto armado, sea internacional o interno<sup>66</sup>. En lo que atañe a la protección de miembros de la población civil, se penalizan determinados comportamientos colectivos de los beligerantes que afectan gravemente la vida, la integridad física y mental, así como la libertad individual de los integrantes de esta categoría particular de sujetos protegidos por la legislación internacional<sup>67</sup>.

Específicamente, el “Título II” del Código Penal contiene los tipos penales de homicidio en persona protegida; lesiones en persona protegida; tortura en persona protegida; acceso carnal violento en persona protegida; actos sexuales violentos en persona protegida; prostitución forzada o esclavitud sexual; actos de discriminación racial; toma de rehenes; detención ilegal y privación del debido proceso; deportación, expulsión, traslado o traslado de población civil; y reclutamiento ilícito (artículos 135-149, 159, 162 del Código Penal, respectivamente)<sup>68</sup>.

Por otra parte, ciertas conductas de los combatientes pueden llegar a poner en grave peligro la existencia de un conglomerado social. Se trata, por tanto, de actos de guerra que por su naturaleza, necesariamente colocan en extremo riesgo, ya no la vida y la libertad individual de una persona ajena al conflicto armado, sino la supervivencia de un amplio grupo de individuos protegidos. Concretamente, los ataques dirigidos contra bienes indispensables para la existencia de la población civil (la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario y la destrucción del medio ambiente), el empleo metódico de la guerra que afecta gravemente a la comunidad (actos de terrorismo, represalias y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos), conductas encaminadas a privar a los no combatientes de los medios necesarios para vivir (atentados a la subsistencia y la devastación), la destrucción de bienes protegidos por el DIH que comportan grave peligro para la sociedad civil (ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas), así como las omisiones dolosas en la adopción de medidas de protección indispensables para garantizar la integridad de la población que se encuentra en medio del conflicto armado (la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria y la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias)<sup>69</sup>.

---

66 *Ibid.*, p. 690.

67 *Ibid.*, p. 691.

68 El “Título II” del Código Penal, artículos 135 a 162, consagra los delitos contra las personas y los delitos contra los bienes protegidos por el DIH. Conforme los objetivos del presente documento, nos referimos específicamente a los delitos contenidos en los artículos 135 a 149, 159, 162, para orientar al lector respecto a los elementos jurídicos sobre los que se estructura la propuesta de adecuación típica de los delitos (“Capítulo V”).

69 RAMELLI, op. cit., p. 692.



Así mismo, la actividad bélica de los combatientes afecta gravemente la integridad de los bienes culturales y de los lugares de culto. Se trata, por tanto, de proteger las edificaciones, las instalaciones educativas, los monumentos y las obras de arte que conformen el patrimonio espiritual, histórico y cultural de los pueblos (Código Penal, artículo 156)<sup>70</sup>.

Como señala Ramelli<sup>71</sup>, el Código Penal recoge numerosos tipos penales que se inscriben en la noción de *crímenes de guerra*, consagrada en el artículo 8 del Estatuto de Roma, como los siguientes: homicidio en persona protegida (artículo 135), el acceso carnal violento en persona protegida (artículo 138), la toma de rehenes (artículo 148), la perfidia (artículo 143), los actos de barbarie (artículo 145), el despojo de los campos de batalla (artículo 151), los actos de terrorismo (artículo 144), la destrucción y apropiación de los bienes protegidos (artículo 154), la utilización de medios y métodos ilícitos de combate (artículo 142), el reclutamiento ilícito de menores (artículo 162), entre otros. En igual sentido este autor destaca que el Código Penal, en su “Título II”, recoge determinados comportamientos que pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad, a condición de que se encuentren presentes los elementos de ataque sistemático y generalizado<sup>72</sup>.

En lo que atañe al delito de genocidio, este se encuentra recogido en el artículo 101 del Código Penal colombiano de la siguiente manera: “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros incurrirá en prisión [...]”.

## c. Definición de *daño* y afectación de derechos

### i. *Daño*

La palabra *daño* atañe a

una lesión (destrucción, aminoración, menoscabo) que sufre una persona y que recae sobre un bien, o sobre un derecho material o inmaterial, en general sobre un interés legítimo, *como tal es un hecho físico*, que para llegar a tener las características propias de un hecho jurídico (generar consecuencias

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 692.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 695.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 698.

en derecho) debe reunir otras condiciones que lo convierten en daño resarcible, capaz de generar la responsabilidad de otra persona distinta de la víctima, entendiendo por tal la persona que padece el daño<sup>73</sup>.

El daño físico puede ser relacionado con la mengua, menoscabo o desaparición de una cosa, de un bien, o la lesión a la integridad física o psíquica de una persona o su muerte. Ocurrido el daño (por ejemplo, la lesión en la integridad corporal de una persona), puede originarse el perjuicio<sup>74</sup>, el cual ha sido caracterizado por el derecho internacional de los derechos humanos en diferentes clases<sup>75</sup>:

- Daño material (supone la pérdida de los ingresos que habría percibido la víctima fallecida en su vida probable, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal directo con los hechos del caso).
- Daño inmaterial (surge de perjuicios intangibles que producen angustia, sufrimiento y dolor físico o metafísico).
- Daño emergente (aquellos gastos que los familiares de las víctimas realizan con ocasión del daño infligido a la víctima).
- Lucro cesante (pérdida de ingresos)
- Daño patrimonial familiar (quiebra o quebranto económico sufrido por la familia de la víctima con consecuencia de los hechos).
- Daño moral (sufrimiento psicológico como resultado de la violación padecida)
- Daño al proyecto de vida (daño que padece una víctima en su rol dentro de un conglomerado social, sus previsible aspiraciones, expectativas y, en general, la manifestación de la potestad de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios deseos).
- Daño biológico, perjuicio fisiológico o daño físico (consiste en aquellas situaciones de invalidez física, pérdida de funcionalidad de un órgano, perturbación, impotencia sexual, enfermedades nerviosas y psicósomáticas, insomnio, trastornos mentales y cualquiera otra lesión, permanente o no, de la persona en cuanto a su identidad biológica)

73 GTZ. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ, 2010, p. 70. *Cursivas de las autoras.*

74 *Ibíd.*, p. 71.

75 *Ibíd.*, pp. 132-146.



- Alteración de las condiciones de existencia (cambio anormal dentro de la existencia de la víctima, en especial con sus ocupaciones y hábitos)

El daño puede ser individual o colectivo. El primero atañe a un derecho subjetivo o a un interés legítimo del individuo; el segundo, por el contrario, tiene que ver con la afectación de un derecho, interés o bien que pertenece a la colectividad, a la comunidad, a la sociedad, sin perjuicio de que, eventualmente, pudiera ocasionar también daños individuales<sup>76</sup>.

El daño colectivo, en contraposición con el daño plural<sup>77</sup>, tiene una sola víctima directa: la colectividad. Los individuos solo resultan perjudicados en tanto pertenecen a esta: así como los bienes colectivos favorecen a la colectividad, igualmente la lesión de tales bienes solo los perjudica indirectamente, en cuanto integrantes del ente colectivo que es el directamente perjudicado. Por eso, la reparación, también colectiva, no favorece a determinados individuos en particular, sino que ellos resultan beneficiados como integrantes de la colectividad, en tanto pueden retornar al disfrute del bien colectivo quebrantado o de otro equivalente<sup>78</sup>.

En este sentido, se asocia el daño colectivo con los derechos colectivos enunciados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998. Según esta concepción, el daño colectivo es aquel que afecta a una comunidad más o menos numerosa, al causarse deterioro a los bienes que sin estar en cabeza de ningún particular, de todas formas benefician la vida en común. Así, la acción dañina puede recaer sobre bienes o intereses colectivos, en cuyo caso es la colectividad la legitimada para cobrar la indemnización, de acuerdo con los requisitos previstos en la Ley 472 de 1998<sup>79</sup>.

Este concepto de *daño colectivo* resulta limitado en el contexto colombiano, en la medida que los daños padecidos por los sujetos colectivos son excluidos<sup>80</sup>. Se argumenta, entonces, que dada su especial protección y las particularidades que encarnan, los daños que padecen las comunidades étnicas, como sujetos colectivos, deben ser valorados como daños al sujeto colectivo de derechos, y, por tanto, deben ser reparados colectivamente.

---

76 *Ibid.*, p. 116.

77 Daño plural es el conjunto de daños individuales, es decir, el daño que se produce a varias personas al mismo tiempo. El daño plural es un daño individual que afecta a varias personas de individualmente consideradas. *Ibid.*, p. 118.

78 *Ibid.*, p. 120.

79 TAMAYO, Javier. *De la responsabilidad civil*. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2007. Citado por GTZ, *Daño y reparación...* op. cit., p. 116.

80 La amplitud del término *daño colectivo* impide que se tengan en cuenta particularidades propias de ciertos tipos de víctimas, como el caso de los sujetos colectivos de derechos que han resultado excluidos tanto en la definición de la ley como en su ejecución.

En efecto, el daño como hecho físico puede recaer sobre la propiedad colectiva e individual de los sujetos colectivos de derecho, generalmente sobre su territorio y sus componentes, de los cuales hacen parte el patrimonio natural y cultural mueble e inmueble, lo que genera a su vez una afectación a los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades étnicas, y un impacto a la integridad cultural de las comunidades negras. Sin embargo, esta relación no se establece como daño al sujeto colectivo de derechos al no ser registrado como víctima dentro del proceso de aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

Cabe resaltar que en comunidades étnicas un daño individual puede generar una afectación al derecho del sujeto colectivo cuando el individuo es portador o representa en sí mismo un valor cultural o patrimonial para la comunidad. De igual manera, debe tenerse en cuenta que, cuando se presentan daños colectivos, simultáneamente se pueden generar daños individuales, y ambos deben ser considerados.

## *ii. Violación de los derechos y libertades fundamentales*

La Procuraduría General de la Nación concluyó que las afectaciones a los derechos de los grupos étnicos revisten importantes particularidades por tener en cuenta para un verdadero proceso de justicia, verdad, reparación y no repetición. Para reafirmarlo, anota entre sus conclusiones: “Los integrantes de los grupos étnicos han sido objeto de sistemáticas y masivas violaciones de sus derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario por parte de los actores armados que ignoran el principio de distinción entre combatientes y no combatientes del DIH”<sup>81</sup>.

La Procuraduría General de la Nación señala que el control territorial ejercido por los actores armados —vía retenes, bloqueos, cobro de impuestos a las remesas, entre otras conductas proscritas por el DIH— restringe la libertad de movilización, el acceso a los recursos de subsistencia y la conformación de redes alimentarias y cooperativas, así como a los requerimientos para la práctica de la medicina tradicional. La ocupación y militarización de los territorios étnicos, las desapariciones, las ejecuciones extrajudiciales y las detenciones arbitrarias, entre otras conductas

<sup>81</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral de los grupos étnicos. Fase 2*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2007, p. 168.



violatorias de los DDHH y del DIH deniegan el goce efectivo de los derechos a la autoidentificación, la autogestión, la autodeterminación y, por supuesto, al territorio<sup>82</sup>.

Así, la afectación de los derechos y libertades fundamentales de los grupos étnicos, por lo general asociados con el patrimonio inmaterial de las comunidades étnicas, se tipifican como una violación de las garantías y libertades fundamentales reconocidas a dichas comunidades.

#### **d. Mecanismos alternativos de solución de conflictos y sistemas propios de justicia de las comunidades étnicas**

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son estrategias, distintas a la justicia ordinaria, que permiten a los particulares buscar solución a sus conflictos sin tener que acudir a los procesos judiciales. Estos mecanismos, a la luz del artículo 116 de la Constitución Política y la legislación pertinente<sup>83</sup>, establecen un sistema de justicia democrático y participativo que propicia la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos<sup>84</sup>.

La Corte Constitucional ha señalado que los mecanismos alternativos de solución de conflictos no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia, sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la afectan. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente<sup>85</sup>.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia auto-compositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover resolución pacífica de los conflictos<sup>86</sup>.

---

82 *Ibid.*, pp. 168-179.

83 Ley 23 de 1991; Decreto 2651 de 1991; Ley 446 de 1998; Decreto 1818 de 1998; Ley 640 de 2001.

84 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

85 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-893 de 2001. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

86 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-1195 de 2001. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-187 de 2003. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

En este sentido, los mecanismos alternativos de solución de conflictos están relacionados con el derecho fundamental de acceso a la justicia. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

El derecho de acceder a la administración de justicia, es indudablemente un derecho fundamental, que no se agota ni se refiere únicamente a la posibilidad de acudir a los jueces de la República, sino que incluye la opción de obtener la resolución de los conflictos mediante mecanismos alternativos, reconocidos incluso a nivel constitucional, tales como la conciliación, el arbitraje o la amigable composición. Con el ánimo de garantizar de manera más eficiente el ejercicio de este trascendental derecho, la Constitución Política, dentro de una perspectiva integral, ofrece varios caminos diversos, siendo la justicia oficial, esto es la dispensada por los jueces de la República, el principal de ellos. La norma superior respectiva (Constitución, artículo 116) admite los otros mecanismos como opciones o complementos de aquella, y advierte que la participación de los particulares en el ejercicio de esta función pública podrá darse “en los términos que determine la ley”. El uso de estos mecanismos es entonces enteramente opcional, requiere de la voluntad concurrente de todas las partes interesadas, y en caso de así decidirse, supone el desplazamiento temporal de esa justicia oficial<sup>87</sup>.

En el caso de las comunidades indígenas, la Constitución Política, en el artículo 246, reconoce funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos a las autoridades de los pueblos indígenas, “siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”, y señala adicionalmente: “La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

En lo que atañe a las comunidades negras, que poseen un sistema de justicia propio basado en normas derivadas de la costumbre y la tradición étnica y cultural, pese a que la legislación colombiana no ha determinado puntualmente las mismas funciones jurisdiccionales otorgadas

---

87 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-117 de 2009. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.



a las comunidades indígenas, este reconocimiento ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que avala el sistema de derecho propio y sus modalidad de justicia como jurisdicción especial<sup>88</sup>.

El Decreto 1745 de 1995, “por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las ‘Tierras de las Comunidades Negras’ y se dictan otras disposiciones” entre otras previsiones dispone i) “que una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario”, ii) “que al Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario”, iii) que para los efectos del Decreto “la Asamblea General es la máxima autoridad del Consejo Comunitario y estará conformada por las personas reconocidas por este, *de acuerdo con su sistema de derecho propio* y registradas en el censo interno”; iv) que entre otras funciones, la Asamblea elige a los miembros de la Junta del Consejo Comunitario y al representante legal de la comunidad “en cuanto persona jurídica”, y v) que “de no ser posible el consenso la Asamblea General tomará las decisiones por mayoría”<sup>89</sup>.

La Corte Constitucional<sup>90</sup> hace extensivo el reconocimiento de los sistemas de justicia propios de los grupos étnicos a las comunidades negras, en razón de su carácter de pueblo, conforme a los postulados del Convenio 169 de OIT. Específicamente en la sentencia C-169 de 2001 dispone:

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y *su régimen legal propio*. Lo que es más importante: se hace acreedoras a los derechos que consagra el convenio 169 de la OIT.

88 En consonancia con el Convenio 169 de OIT, que en el artículo 8 expone “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. De allí que una de las pretensiones de las comunidades negras, afrocolombianas, palenquera y raizal, sea lograr que el Estado reconozca de manera efectiva su función de administración de justicia a través de los consejos comunitarios y sus reglamentos internos, en cuyo interior se reconocen instancias de derecho propio como el consejo de mayores como máxima autoridad cultural dentro del territorio.

89 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Véase: “Consideraciones preliminares”, numeral 3. Cursivas de las autoras.

90 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

[...] A lo anterior debe agregarse la contribución de la comunidad internacional al proceso de reconocimiento de los grupos étnicos, como colectividades reconocibles, en especial al Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado por la Ley 121 de 1991, *en cuanto sus disposiciones permiten reivindicar con claridad el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como “pueblos”*, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia —artículo 1°, numeral a)—<sup>91</sup>.

La Corte Constitucional, adicionalmente, reconoce a los grupos étnicos, incluyendo a las comunidades negras, el derecho de jurisdicción consagrado en el artículo 246 de la Constitución Política<sup>92</sup>, haciéndolo explícito en la sentencia T-769 del 2009 en los siguientes términos:

La Carta Política además de reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículos 1° y 7°), impuso al Estado el deber de proteger sus riquezas, *promoviendo y fomentando el desarrollo de todas las culturas en condiciones de igualdad*. A su vez, otorgó carácter oficial a las lenguas y dialectos indígenas y *afrodescendientes* y destacó el derecho de los integrantes de los grupos étnicos a optar por una formación que respete y desarrolle su identidad; le permitió a sus autoridades influir decididamente en la conformación de las entidades territoriales indígenas, al igual que en la exploración y explotación de los recursos naturales, para que se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica nativa (Constitución, artículos 8°, 70, 13, 10°, 68, 246 y 330).

En este orden de ideas, los artículos 330 y 329 constitucionales crean ámbitos de confrontación cultural específica, *que obligan a las autoridades a redefinir la intervención estatal en los territorios ancestrales de los grupos étnicos*, dentro del marco de los principios del derecho internacional que reconocen a las minorías el

91 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-169 de 2001. M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Véase: “Consideraciones”, numeral 3.2.2. “Las comunidades negras como grupo étnico”. Cursivas de las autoras.

92 COLOMBIA. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1997, artículo 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.



derecho “a ser diferentes a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, garantizando de esta manera la pervivencia de la riqueza cultural, que la diversidad étnica de la Nación colombiana comporta —artículos 1, 7, 8, 68 , 70 y 246 C.P.—”<sup>93</sup>.

Es importante precisar que para algunos profesionales del derecho las valoraciones de la Corte Constitucional sobre la extensión de derechos a las comunidades negras como pueblo, según el Convenio 169 de la OIT (sentencias T-955 de 2003 y T-769 de 2009), no incluyen la jurisdicción especial, en tanto la Corte no lo expresa de manera literal. Sin embargo, en nuestro criterio y contribuyendo al debate académico, consideramos que la Corte Constitucional incluye a las comunidades negras al referirse a los derechos que tienen las comunidades étnicas, y según la interpretación del artículo 246 de la Constitución Política sobre jurisdicción especial. Con base en este argumento, el presente documento desarrolla el tema de justicia comunitaria de la comunidad negra desde el derecho e instituciones propias reconocidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, dentro de la jurisdicción especial de las comunidades negras, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son el sustento principal del sistema de justicia propio de las comunidades negras. Bajo estos preceptos constitucionales y legales, las comunidades negras, dentro de sus prácticas culturales, han establecido formas propias de resolución de conflictos, y han desarrollado un sistema de valores que otorga a los mayores un papel dentro de la administración de justicia desde el derecho propio a partir de los desarrollos de la Ley 70 de 1993.

De hecho, los reglamentos internos de los consejos comunitarios en su mayoría establecen como máxima autoridad tradicional en la resolución interna de sus conflictos al consejo de mayores que hace parte de la estructura del consejo comunitario respectivo. Un ejemplo de ello lo constituye el reglamento interno de los ríos Chagüi, Rosario, Mexicano y Bajo Mira en el departamento de Nariño.

Artículo 41: El consejo de Mayores. Es la máxima autoridad cultural y espiritual tradicional del Consejo Comunitario, lo integran los sabedores representativos de las actividades

---

93 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-769 de 2009. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. Véase: “Capítulo II”. Consideraciones, parte quinta sobre “Exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades nativas”. *Cursivas de las autoras.*

espirituales, sociales y culturales que caracterizan a la comunidad negra del río Mexicano.

Artículo 43: Son competencias del consejo de mayores: es el órgano encargado de asesorar a las demás autoridades frente al propósito de recuperar y aplicar el sistema de justicia propia, aplicar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dirimir las diferencias entre las autoridades e instancias del consejo comunitario, y la intermediación para la resolución pacífica de los conflictos internos que se presenten en el territorio colectivo<sup>94</sup>.

Así, el derecho de acceso a la justicia como ciudadanos y el derecho a establecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos a partir de sus sistemas de valores y de organización como comunidades negras, constituyen derechos legítimos que les asisten como sujetos colectivos de derechos especiales y como ciudadanos integrantes de la nación colombiana.

Además, debe tenerse en cuenta que en zonas de marginalidad donde existe una alta presencia de actos delictivos, la aplicación de la justicia —desde el régimen ordinario de justicia— tiende a ser incriminatoria de las comunidades negras urbanas<sup>95</sup> y, al mismo tiempo, limitante en el acceso a la justicia de estas comunidades cuando sin lugar a dudas son las víctimas. Por ello, a través de los jueces de paz o los conciliadores de paz<sup>96</sup>, la Constitución Política de Colombia dejó un espacio abierto para la creación de la justicia comunitaria, cuyo objetivo es que se ejerza la justicia desde las comunidades para su propio desarrollo.

## e. Estado de cosas inconstitucional

### i. *Definición y alcances*

El estado de cosas inconstitucional refiere a la declaratoria que hace la Corte Constitucional cuando constata la vulneración repetida y cons-

94 CONSEJO COMUNITARIO EL RECUERDO DE NUESTROS ANCESTROS DEL RÍO MEJICANO. “Reglamento interno de gobernabilidad del territorio colectivo. El derecho propio de las comunidades negras del Consejo Comunitario del Río Mejicano”. San José del Guayabo, noviembre de 2008.

95 PROGRAMA DE JUSTICIA GLOBAL Y DERECHOS HUMANOS. “Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, 2009”. Universidad de los Andes. Bogotá, agosto de 2009, artículo 5, “E. Igualdad en el acceso a la justicia”, numerales 79-85. Véase también: OBSERVATORIO DE DISCRIMINACIÓN RACIAL. “Excluidos del sistema: los afrocolombianos y la justicia”. En: *Primer informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008, p. 63.

96 Ley 497 de 1999 “Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento”.



tante de derechos fundamentales que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural<sup>97</sup>. Los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional son:

- La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas<sup>98</sup>.
- La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos<sup>99</sup>.
- La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado<sup>100</sup>.
- La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos<sup>101</sup>.
- La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante<sup>102</sup>.
- Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial<sup>103</sup>.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una vez constatado el estado de cosas inconstitucional, la Corte extiende los efectos de la tutela para ordenar remedios que tengan un alcance material y temporal acorde con la magnitud de la violación, y para proteger, en aras del principio de igualdad, los derechos de quienes se encuentran en una situación similar a la demandada, pero no acudieron a la acción de tutela.

---

97 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-153 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia SU-250 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-590 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-606 de 1998. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia SU-090 de 2000. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-847 de 2000. M. P.: Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-1695 de 2000. M. P.: Marta Victoria SÁCHICA Méndez; Sentencia T-025 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

98 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-559 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

99 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

100 *Ibid.*

101 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1695 de 2000. M. P.: Marta Victoria SÁCHICA Méndez; Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

102 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

103 *Ibid.*

Así, teniendo en cuenta el deber de las autoridades de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Constitución Política, artículo 2), así como el deber que tienen las ramas del poder público “de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines” (Constitución Política, artículo 113), la Corte ha declarado la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución para que las autoridades adopten, dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que permitan superar tal situación<sup>104</sup>.

La Corte, en el momento de declarar el estado de cosas inconstitucional, pretende la realización efectiva de las normas constitucionales, en consecuencia: “La incorporación dentro de la jurisprudencia constitucional de la doctrina que aquí se ha venido analizando implica un reconocimiento por parte de la Corte de la diferencia radical que puede existir entre lo consagrado normativamente y lo real en términos sociales”<sup>105</sup>.

Conforme a los anteriores preceptos, la Corte Constitucional ha declarado la existencia de estado de cosas inconstitucional en siete oportunidades:

- Ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley<sup>106</sup>;
- Por la situación de violación continua de los derechos de sindicados y procesados detenidos en las distintas cárceles del país<sup>107</sup>;
- Debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicados y reclusos<sup>108</sup>;
- Por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos de Bolívar<sup>109</sup> y Chocó<sup>110</sup>;

104 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

105 ARIZA, Libardo. “La realidad contra el texto: una aproximación al estado de cosas inconstitucional”. En: *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, Tomo I, No. 4, Bogotá, 2000, p. 975.

106 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-559 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

107 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

108 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-606 y T-607 de 1998. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

109 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-525 de 1999. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

110 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-090 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.



- Por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos<sup>111</sup>;
- Por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios<sup>112</sup>;
- Por las precarias condiciones de vida de la población internamente desplazada<sup>113</sup>.

---

111 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-590 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

112 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-250 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

113 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

#### IV. IDENTIFICANDO AL SUJETO COLECTIVO: VARIABLES SOCIOCULTURALES Y JURIDICAS SOBRE LAS COMUNIDADES NEGRAS

Las comunidades negras poseen particularidades históricas específicas y características socioculturales propias las cuales deben ser analizadas a la luz del contexto del conflicto colombiano para la identificación de la dimensión de los daños y afectaciones a sus derechos fundamentales. Así mismo, deben tenerse en cuenta estándares normativos, nacionales e internacionales, que reconocen su especial condición como sujeto colectivo de derechos y su estatus como pueblo<sup>114</sup>. Estas variables socioculturales y jurídicas de la comunidad negra fundamentan la necesidad de concebir un enfoque diferencial en los procesos de Justicia y Paz.

##### a. La diversidad étnica y presencia de la población afrodescendiente en Colombia

De acuerdo con las definiciones de Ley y el Desarrollo Jurisprudencial<sup>115</sup>, la comunidad afrodescendiente se puede diferenciar en las siguientes comunidades étnicas: comunidad negra, comunidad raizal, comunidad palenquera y la población afrocolombiana. En este texto, el término *comunidades afrodescendientes* recoge el conjunto de estas comunidades.

La comunidad negra, como grupo étnico, es definida en la Ley 70 de 1993, artículo 2, numeral 5, como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”.

De otra parte, la comunidad raizal ha sido referenciada por la Corte Constitucional como una comunidad étnica diferenciada de las comunidades negras continentales en los siguientes términos: “La población ‘raizal’ de San Andrés y Providencia es un grupo étnico perfectamente

114 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 de 2003. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. La Corte resalta la categoría de *pueblo* para referirse a las comunidades negras, por lo cual sustenta la aplicación del convenio 169 de OIT.

115 Es importante considerar que los principales desarrollos jurisprudenciales se han dado en torno al desarrollo del concepto y alcances de la aplicación de los derechos colectivos para la comunidad negra ubicada en la región del Pacífico, por cuanto los procesos sociales y de demanda de derechos han sido significativamente mayores por parte de estas comunidades.



definido, como lo evidencian su aspecto físico, sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al protestantismo. Negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales es razón baladí, pues bien es sabido que no existen razas puras”<sup>116</sup>.

Respecto a la comunidad palenquera, en el Plan Integral de Largo Plazo para la comunidad negra, palenquera y raizal, se afirma lo siguiente:

Palenquera; aun cuando existe evidencia de la existencia de otros palenques<sup>117</sup> el Palenque de San Basilio es el único que permanece y se reconoce como tal en la actualidad. Es al mismo tiempo la única comunidad afrodescendiente en Colombia que conserva una lengua de origen africano, ya que su organización como palenque<sup>118</sup> (comunidad de esclavos cimarrones fugados en busca de la libertad) les permitió mantener muchos de sus rasgos africanos. Esta categoría es un reconocimiento a la lucha de esta población por la conservación de su identidad que data desde el siglo XV y que requiere una atención especial, razón por la cual la Unesco le confiere en el año 2000 el reconocimiento como Obra Maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad en noviembre de 2005.<sup>119</sup>

El Censo poblacional del 2005, realizado por el DANE, muestra que la población afrocolombiana se encuentra distribuida en todo el territorio nacional (figura 1). Sin embargo, existen regiones caracterizadas como de mayor presencia afrodescendiente, en razón del proceso histórico derivado de los asentamientos de esclavizados y las migraciones promovidas por los movimientos de resistencia y de liberación llevados

116 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086 de 1994. M. P.: Jorge Arango Mejía.

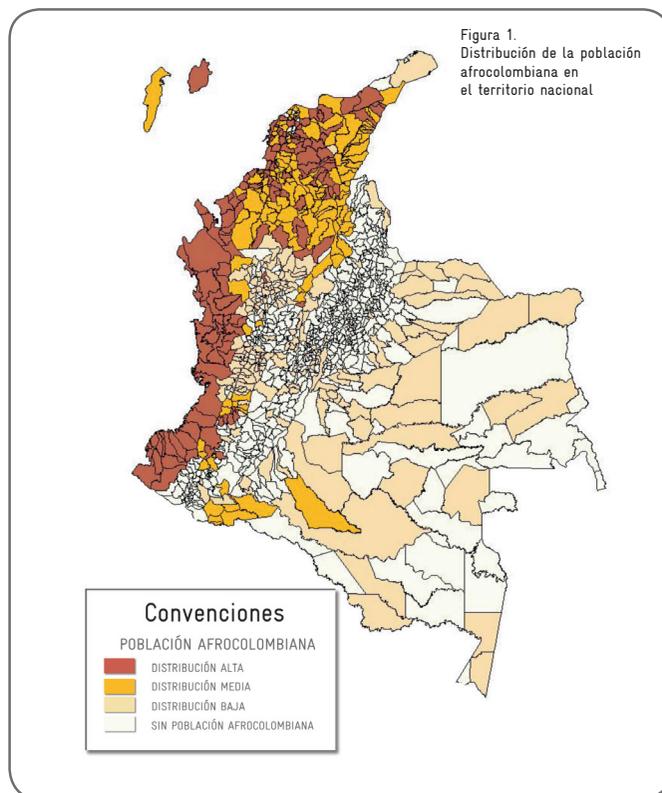
117 Los palenques dirigidos por líderes cimarrones como el de Zaragoza en 1598, 1626 y 1659; Cartagena en 1600, 1619, 1650, 1663, 1696 y 1799; Montañas de María dirigido por la Negra Leonor en 1633; Sierras de María por Domingo Criollo y Pedro Mina en 1694; Norosí y Serranía de san Lucas dirigidos por Juan Brun y Cunaba en 1694; Sierras de Luruaco dirigido por Domingo Padilla y Francisco Arará en 1693; Montañas de Coloso y Tibú por Domingo Criollo en 1684; Marinilla, Río Negro y Giradora en 1706; Tadó en 1728, Guayabal de Siquima (Cundinamarca) en 1731; Tocaima en 1758; Río Yurumanguí y Cali por Pablo en 1772; Cartago y Cerritos por el Negro Prudencio, en 1758; Río Saija (Valle) en 1819. Santa Marta fue quemada en por los cimarrones de la Ramada en 1554, en Cartagena intentaron algo similar en 1621. Véase: CENTRO DE PASTORAL AFROCOLOMBIANA (CEPAC). *Historia del pueblo Afrocolombiano. Perspectiva pastoral*. Buenaventura: CEPAC, 2003, p. 33.

118 Comunidad conformada por esclavos cimarrones fugados en busca de la libertad y en la cual desarrollaron estrategias de defensa militar y un sistema social basado en su ancestro africano.

119 DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Plan Integral de Largo Plazo para la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal 2007-2019*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia-Dirección de Etnias/Departamento Nacional de Planeación, 2008.

a cabo por los líderes africanos en territorio colombiano, a través del cimarronaje<sup>120</sup> y la formación de palenques.

Los resultados del último censo nacional en 2005, indicaron que el 10,6% de la población es afrocolombiana, lo que corresponde a un total de 4.311.757 personas<sup>121</sup>. Los departamentos con mayor porcentaje de afrocolombianos son Chocó, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Valle, Bolívar y Cauca. Los que concentran aproximadamente el 50% de la población afro del país son: Valle del Cauca, Antioquia y Bolívar<sup>122</sup>.



Fuente: mapa de la población afrocolombiana. Vicepresidencia - IGAC (2006)

120 Por *cimarronaje* se entiende el hecho de huir del trabajo esclavo en las plantaciones y minas para refugiarse en los montes con el fin de conseguir la libertad. AKOMO-ZOGUE, Cyriaque. "Cimarronaje y temporalidad como formas de socialización de los esclavizados en los palenques colombianos (Cartagena de Indias- Siglo XVII)". En: *Revista Justicia*, No. 15, junio, 2009, pp. 12-31.

121 DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Censo 2005. Sistema de Consulta de la Información Censal REDATAM, 2005. Disponible en: <<http://190.25.231.242/cgi-bin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CG2005BASICO&MAIN=WebServerMain.inl>>.

122 HERNÁNDEZ, Astrid; SALAMANCA, Marcela; y RUÍZ, Fabio. "Los grupos étnicos en la Colombia de hoy". En: DANE. *Colombia, una nación multicultural. Su diversidad étnica*. Bogotá: DANE, 2007, p. 24.



Dentro de la población negra o afrocolombiana se pueden diferenciar cuatro grupos importantes<sup>123</sup>:

1. Las comunidades que se ubican en el corredor del pacífico colombiano, quienes residen tradicionalmente en la región occidental costera de bosques húmedos ecuatoriales, cuencas hidrográficas, esteros, manglares y litorales, tienen prácticas culturales propias de los pueblos descendientes de africanos entre las que se destacan la música, las celebraciones religiosas y la comida; el cultivo de la tierra tiene raíces fundamentalmente campesinas. En esta región se encuentran los 132 territorios colectivos de comunidades negras titulados hasta el día de hoy, los cuales ocupan un territorio de 4.717.269 hectáreas que corresponde al 4,13% de las tierras del país.
2. Los raizales del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, cuyos integrantes mantienen una fuerte identidad caribeña, con rasgos socioculturales y lingüísticos claramente diferenciados del resto de la población afrocolombiana. Utilizan el bandé como lengua propia y como religión originaria la protestante.
3. La comunidad de San Basilio de Palenque, en el municipio de Mahates del departamento de Bolívar, pueblo que alcanzó su libertad en 1603, al constituirse en el primer pueblo libre de América, allí se habla la otra lengua criolla afrocolombiana: el palenquero.
4. La población que reside en las cabeceras municipales o en las grandes ciudades como consecuencia del desplazamiento forzado ocasionado por el enfrentamiento entre los grupos ilegales, en las regiones de Urabá y del Medio Atrato, y por la expansión de los cultivos ilícitos en las regiones de los ríos Patía y Naya. Es así como en las ciudades de Cartagena, Cali, Barranquilla, Medellín y Bogotá reside el 29,2% de dicha población.

De allí su presencia mayoritaria en las regiones de la Costa Pacífica, donde se mantienen asentamientos que se caracterizan por la conservación de prácticas culturales ancestrales definidas por una territorialidad propia. Por regiones, tomando como referencia la ubicación de los departamentos, la población afrocolombiana se encuentra concentrada en el Pacífico con un 44,71% y en el Atlántico con un 26,97% sobre el total de población que se reconoció como afrocolombiana (4.316.592). Otras regiones como los valles interandinos, la región insular y la zona del Magdalena Medio son representativas según la información del perfil poblacional por municipios.

---

123 *Ibid.*, p. 23-24.

## b. Las bases culturales para un sujeto diferenciado como grupo étnico<sup>124</sup>

Los pilares de esa visión cultural están básicamente determinados por las siguientes variables:

### i. *La visión cultural*

Los pilares de la visión cultural de las comunidades negras son: la naturaleza como ser social, la concepción sobre la propiedad, la concepción de vida y muerte, la concepción de tiempo y espacio y de género y generación.

- *La naturaleza es para la comunidad negra, un “ser social”.* Entre la comunidad y el monte se han planteado relaciones a través de códigos, mensajes, ritmos, simbologías y temporalidades, todos estos como parte de una visión cultural que no considera al hombre como especie dominante de la naturaleza.
- *El territorio, considerado como hábitat, es un espacio que permite la creación y recreación cultural,* es decir, las múltiples relaciones comunitarias y de estas con la naturaleza, caracterizadas por elementos colectivos y solidarios que se expresan en el uso y manejo del entorno.
- *Los conceptos de vida y muerte no delimitan la existencia del afrocolombiano.* Pasado y futuro se conjugan en un presente continuo; vida y muerte son factores de herencia y acumulación cultural; las personas negras son identificadas históricamente, en tanto heredan oficios, saberes y usos, de acuerdo con categorías de generación y género.
- *Existen formas propias de generación y validación de conocimientos que se transmiten por tradición oral, de acuerdo con roles de género.* A partir de estos, se establecen normas y valores que determinan las estructuras éticas y morales, y regulan las relaciones sociales y con la naturaleza.
- *La sociedad no está compuesta por individuos sino por familias extensas* como eje de la construcción comunitaria. Estas ocupan un lugar y cumplen un papel de acuerdo con sus conocimientos y prácticas en relación con el conjunto de familias que componen la comunidad.

<sup>124</sup> Sección elaborada con base en: GRUESO, Libia. *El proceso organizativo de comunidades negras en el Pacífico Sur.* Trabajo de grado para obtener el título de Magíster en Estudios Políticos. Universidad Javeriana. Cali. Septiembre 18 de 2000.



- *La autoridad está asociada con las generaciones mayores, el conocimiento y la experiencia.* Los ancianos o mayores en estrecha relación con el papel y el conocimiento que ejercen, representan en lo tradicional la autoridad, independientemente de su género.

## ***ii. El sentido de territorialidad y espacios físicos***

La territorialidad y la apropiación de espacios físicos (entendidos no solo como el espacio terrestre, sino también como los espacios fluviales y marítimos) son el eje fundamental a partir del cual se sustenta en zonas rurales y urbanas la identidad étnica, las relaciones hombre/naturaleza y las relaciones de género, de generaciones y de familia de las comunidades negras. Así, el territorio es el lugar donde se hace posible la construcción de un proyecto económico, social y cultural desde la visión de las comunidades negras, y es el espacio donde se materializa su desarrollo, se llevan a cabo procesos de intercambio y de cooperación entre las comunidades y otras distintas a estas.

## ***iii. Las relaciones entre géneros, generaciones y familia***

Las relaciones de género, generaciones y parentesco son algunos de los ejes fundamentales en las relaciones sociales y económicas de las comunidades negras. Los roles productivos se definen por género y generación: mujeres y hombres asumen papeles complementarios en el proceso productivo; los niños, por su parte, participan como parte del aprendizaje y apropiación del oficio o los oficios que caracterizan el grupo familiar. Esta característica constituye un potencial que las comunidades afrodescendientes han venido recreando como una estrategia importante para su desarrollo.

Las mujeres desempeñan un rol preponderante en la socialización y en la articulación del tejido social, al ser el eje del relacionamiento familiar, por lo que algunos investigadores señalan la evidencia de una relación matrilineal<sup>125</sup> en la que la mujer determina la pertenencia al lugar, por su permanencia regular y más cercana a los lugares de origen. Su papel en el bienestar de la familia es determinante como depositarias de conocimientos y prácticas relacionadas con la medicina tradicional, la maternidad, el cuidado infantil, la alimentación y la agricultura de pan coger.

---

125 ROJAS, Cristina. Dinámicas de poblamiento en la región del Pacífico. Cali: Universidad del Valle, Facultad de Humanidades. 1987.

#### *iv. La identidad étnica*

Los procesos de construcción y reconstrucción social de los africanos llegados a América, en territorios nuevos y en condiciones de esclavos en un primer momento, y como personas libres en una segunda etapa, han dado como resultado una dinámica de poblamiento y formas de apropiación de los territorios y la construcción de elementos culturales diferenciados; la construcción de una visión propia que a través de la historia del país se ha consolidado y fortalecido de manera autónoma, de forma que ha logrado cohesionar a la comunidad afrodescendiente, alrededor de una cosmovisión y unas prácticas de vida comunes y colectivas.

#### *v. Las relaciones de las comunidades afrodescendientes tradicionales con la naturaleza*

Tradicionalmente, las comunidades negras rurales han mantenido una relación armónica con la naturaleza al considerarse parte integral de esta. Es así como esta se funda en una interacción permanente con la tierra, el mar, los ríos y los demás elementos de la naturaleza como fuente de vida, contexto en el cual se ha enmarcado el desarrollo de la sociedad y la cultura de los afrodescendientes en la región del Pacífico especialmente, y en otras zonas de similares condiciones tales como los valles interandinos del río Cauca y el Caribe. Es esta particular relación, entre las comunidades y el entorno en las zonas rurales donde han habitado, lo que ha permitido la conservación y sostenibilidad de los recursos.

### **c. Los elementos constitutivos de la identidad cultural<sup>126</sup>**

Los elementos tangibles e intangibles que expresan el modo de ver, sentir y percibir el entorno y los imaginarios de la comunidad negra, son constitutivos de su integridad cultural. Dichos elementos toman especial relevancia en la identificación de los daños y afectaciones de las que son víctimas las comunidades afrodescendientes, por ser estos articuladores de las comunidades fundamentales en la construcción de su tejido social. La pérdida, ruptura o menoscabo de alguno de estos genera afectaciones substantivas en el sujeto colectivo de derechos, son estos elementos:

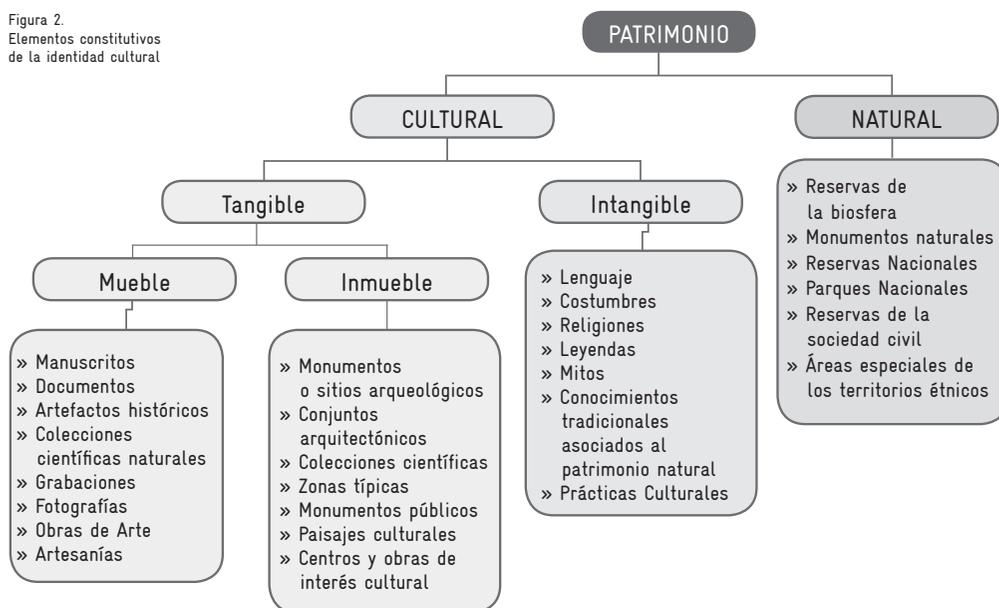
- *El patrimonio cultural material*: bienes muebles e inmuebles incluido el territorio.

<sup>126</sup> Sección elaborada con base en: GRUESO, op. cit..



- *El patrimonio cultural inmaterial*: constitutivo de su identidad e integridad cultural incluyendo su cosmovisión, valores y prácticas de vida.
- *El patrimonio natural*: constituido por el recurso natural que incluye el territorio como hábitat.

Figura 2.  
Elementos constitutivos  
de la identidad cultural



Fuente: elaboración propia

#### d. El derecho propio, la autoridad tradicional y la autonomía en el sistema social y de justicia de las comunidades negras

La justicia ancestral es la forma en que históricamente la comunidad negra ha establecido sus reglas de juego en la familia y la comunidad, soportadas en la sabiduría y autoridad de los mayores, la memoria colectiva, la oralidad y el mecanismo de la palabra dada para la resolución de conflictos como garantía para

la convivencia armónica<sup>127</sup>. Este sistema de derecho propio de las comunidades negras encuentra sustento en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, reconocidos constitucionalmente en el artículo 116 superior.

El derecho propio de la comunidad negra se caracteriza por<sup>128</sup>:

- *La oralidad*. Los valores y las normas que rigen a las comunidades negras son transmitidos de generación a generación a través de la palabra, de cuentos, relatos e historias. Son de carácter consuetudinario, y se han mantenido a través de la tradición oral<sup>129</sup>.
- *La tradición*. Al analizar un conflicto, no se revisa solo los hechos, sino también el entorno, la familia y los antecedentes personales.
- *Es comunitario y público*. La comunidad juega un papel importante, ya que los asuntos conflictivos son presentados y comentados en una asamblea o reunión general. El proceso de perdón y resarcimiento sucede frente a los ojos de todos, lo que le otorga mayor valor y sostenibilidad.
- *Es armónico y equilibrado*. El restablecimiento de la armonía —no el castigo— son el fin último de la justicia.
- *La reconciliación*. La justicia comunitaria pone énfasis en la reconciliación y el restablecimiento de las relaciones entre las partes.
- *La restitución y reparación*. El infractor social debe resarcir el daño causado.
- *El dinamismo*. Al tener un fuerte rasgo oral, el derecho propio tiene características dinámicas y se adapta a todas las situaciones posibles. No hay asuntos “pendientes por falta de legislación”<sup>130</sup>.

---

127 UNIDAD DE ORGANIZACIONES AFROCAUCANAS (UOAFROC). *Una experiencia de aplicación de la justicia comunitaria afro en el norte del Cauca colombiano*. Santander de Quilichao, Cauca: Usaid/Carprinter, 2009. Adicionalmente, el reconocimiento del derecho propio de las comunidades negras tiene sustento en el artículo 246 de la Constitución Política, que adjudica funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial correspondiente, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, a las autoridades de los pueblos indígenas, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Esta norma es extensible, como lo dispuso la Corte Constitucional, a las comunidades negras dado su condición de pueblo tribal (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis).

128 CASA DE LA CULTURA VILLA RICA. *Reconocimiento de la justicia ancestral afrocolombiana. Propuestas para la Comisión a la Justicia*. Cauca: Casa de la Cultura de Villa Rica, 2010.

129 MIRANDA, Efraín. *Memorias del encuentro regional de justicia ancestral y comunitaria en el Caribe*. Cartagena: 2008.

130 ZURITA, Yomar. *Memorias del encuentro regional de justicia ancestral y comunitaria en el Caribe*. Cartagena: 2008.

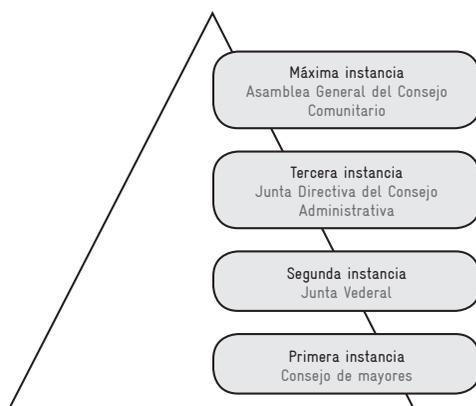


En la Ley 70 de 1993 y su Decreto reglamentario 1745 de 1995<sup>131</sup>, se establece que los consejos comunitarios son las entidades encargadas de la administración de los territorios colectivos, y son conformados y constituidos por las comunidades negras que habitan dichos territorios. De acuerdo con las funciones que les señala la ley, los consejos son *autoridades étnicas* (Decreto 1745 de 1995, artículo 3<sup>132</sup>) con funciones administrativas. Aunque no tienen el carácter de entidades públicas especiales, los consejos están en la obligación de concretar un reglamento interno para su funcionamiento, el cual debe construirse con base en su sistema de derecho propio (Decreto 1745 de 1995, artículo 11, numeral 5)<sup>133</sup>.

Sobre las funciones de los consejos comunitarios, la Corte Constitucional ha señalado:

Por otra parte, el procedimiento de caracterización y censo de las comunidades afrocolombianas, resulta indispensable para garantizar el derecho fundamental a la participación que se materializa, pero no se agota en la conformación de los Consejos Comunitarios. *Estos organismos, según se desprende de la Ley 70 de 1993, operan como órganos de administración interna de las comunidades negras, facultados para tomar decisiones relativas a la vigencia de derechos individuales y colectivos, en representación de la comunidad*<sup>134</sup>.

Figura 3.  
Instancias de derecho propio  
de la comunidad negra



Fuente: elaboración propia

131 “Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones”.

132 Decreto 1745 de 1995, artículo 3: “Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad”.

133 Decreto 1745 de 1995, artículo 11: “Funciones de la Junta del Consejo Comunitario. Son funciones de la Junta del Consejo Comunitario, entre otras, las siguientes: [...] 5. Ejercer el gobierno económico de las Tierras de las Comunidades Negras según sus sistemas de derecho propio y la legislación vigente”.

134 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto del 18 de mayo de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Las instancias de derecho propio en la comunidad negra<sup>135</sup> constituyen la autoridad tradicional, y en orden jerárquico, son, a saber: el consejo de mayores, la junta veredal, la junta directiva del consejo administrativo y la asamblea general del consejo comunitario. La máxima autoridad política administrativa en el territorio es la asamblea general, que aprueba los principios y criterios sustentadores la gobernabilidad dentro del territorio, mientras el consejo de mayores representa la autoridad cultural y espiritual de la comunidad. Existen, en el territorio nacional, 162 consejos comunitarios, constituidos entre 1996 y 2010, con un área total de 5.215.976,7 hectáreas.

En términos de justicia, el consejo de mayores constituye la instancia de mayor jerarquía en la reafirmación de los criterios y valores que orientan las acciones de justicia, aplicada por los comités responsables de la convivencia y la vigilancia de las normas y el derecho propio por parte de la comunidad, a partir del respeto de este marco normativo por quienes se relacionan con la justicia.

### **e. La comunidad negra como sujeto colectivo de derechos especiales**

En virtud de los artículos 7, 13 y 70 de la Constitución Política colombiana, las comunidades negras ostentan la calidad de sujetos colectivos de derechos. En primer lugar, el artículo 13 consagra el derecho a la igualdad, prohíbe cualquier tipo de discriminación por motivos de raza e impone al Estado la obligación de promover acciones afirmativas en favor de los grupos discriminados o marginados. Por su parte, el artículo 7 estipula el reconocimiento y respeto de la diversidad cultural de la nación, como garantía indiscutible de los derechos de las minorías; en igual sentido, el artículo 70 determina que la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad, y, por tanto, el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país.

La Corte Constitucional ha señalado que el amparo reforzado que otorgan los artículos 7, 13 y 70 de la Constitución Política, consagra una protección especial a los individuos y a las comunidades a las que pertenecen, es decir, como sujetos colectivos de derechos<sup>136</sup>. Según la Corte Constitucional, la situación histórica de marginalidad y segregación que han afrontado los afrodescendientes, justifica la aplicación de un enfoque diferencial y conlleva derechos propios y particulares para las comunidades negras como sujetos colectivos<sup>137</sup>.

135 Las instancias de derecho propio dentro de las comunidades han sido establecidas por las costumbres y tradiciones de la comunidad negra, las cuales han sido posteriormente recogidas en los reglamentos internos de las comunidades.

136 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

137 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-169 de 2001. M. P.: Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-422 de 1996. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.



La definición de sujetos colectivos de las comunidades afrodescendientes no puede fundarse exclusivamente en criterios como el color de la piel o la ubicación de sus miembros en un territorio concreto, puesto que es necesario analizar un elemento objetivo, es decir, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que los diferencia de los demás sectores sociales; un elemento subjetivo, a saber, la presencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión<sup>138</sup>.

Los derechos de las comunidades afrodescendientes como sujetos colectivos de derechos se encuentran consagrados en la Ley 70 de 1993 que reconoce, principalmente, cinco derechos fundamentales e inalienables de las comunidades negras:

*Derecho a la autonomía.* Consiste en la instauración por parte de los miembros de la comunidad de una organización interna propia, usos, costumbres y prácticas tradicionales de producción diferentes a las de otras comunidades étnicas, y el respeto que el Estado y terceros deben tener frente a estas formas de organización colectiva<sup>139</sup>. Este derecho tiene sustento jurídico en el artículo 41 de la Ley 70 de 1993, y el artículo 32 del Decreto 1745 de 1995, el cual define a los consejos comunitarios como personas jurídicas que ejercen la máxima autoridad de administración interna dentro de las comunidades negras. Los consejos comunitarios están integrados por la asamblea general, designado como la máxima autoridad del consejo comunitario y conformado por personas reconocidas legítimamente por la comunidad, y la junta de consejo comunitario como la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad<sup>140</sup>.

La Corte Constitucional ha indicado que cualquier proceso de consulta y de aclaración, por parte de cualquier entidad estatal, sobre cuáles son las autoridades legítimas, requiere la realización de un censo que permita determinar adecuadamente quiénes han sido las personas que históricamente han conformado la población afrodescendiente y que, por ende, tienen derecho a integrar dichas comunidades. Para la realización

---

138 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-169 de 2001. M. P.: Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-586 de 2007. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia T-375 de 2006. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

139 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-169 de 2001. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

140 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *La diversidad étnica en Colombia. Alcances y desarrollo*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2004, p. 272.

de dicho censo resulta necesario que se tome en consideración los conocimientos históricos propios de los líderes ancestrales, los ancianos y las autoridades tradicionales de las comunidades, ya que en algunos casos y dada la informalidad de los títulos, solo ese saber tradicional permitiría determinar quiénes son los integrantes de esas comunidades<sup>141</sup>.

*Derecho a la participación.* Derecho de las comunidades afrodescendientes a participar y ser representados por sus autoridades legítimas en diversos escenarios públicos, con el objeto de que sean tenidos en cuenta en el momento de proferir decisiones que involucran a la comunidad, según lo disponen los artículos 1, 2, 40, 103, 171 y 176 de la Constitución Política colombiana. Dentro del derecho a la participación se encuentra contenido el derecho de consulta previa a las comunidades afrodescendientes. La Ley 70 de 1993 prevé el mecanismo de consulta previa para diferentes asuntos, como son: el manejo de áreas del sistema de parques nacionales donde se encuentren familias o miembros de la comunidad<sup>142</sup>, definición y funcionamiento de programas especiales de educación para los miembros de la comunidad<sup>143</sup>, la gestión de proyectos en territorios donde se encuentren familias o miembros de la comunidad, especialmente cuando es un mecanismo de protección de la identidad cultural<sup>144</sup>.

La Corte Constitucional ha definido el derecho a la participación como un mecanismo que posibilita a la comunidad afrodescendientes incidir en el diseño, implementación y monitoreo de las decisiones que afectan el rumbo de su vida. Por tanto, constituye un derecho fundamental

141 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, del 18 de mayo de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

142 Ley 70 de 1993, artículo 22: “Cuando en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales ubicados en las zonas se encuentren familias o personas de comunidades negras que se hubieran establecido en ellas antes de la declaratoria del área-parque, el Inderena o la entidad que haga sus veces definirá, en el plan de manejo que se debe expedir, las prácticas tradicionales de dichas comunidades que son compatibles con la naturaleza, objetivos y funciones del área de que se trate. Para tal efecto, la entidad administradora del Sistema de Parques Nacionales promoverá mecanismos de consulta y participación con estas comunidades”.

Si las personas a que se refiere el presente artículo no se allanan a cumplir el plan de manejo expedido por la entidad, se convalidará con ellas y con el Incora su reubicación a otros sectores en los cuales se pueda practicar la titulación colectiva”.

143 Ley 70 de 1993, artículo 38: “Los miembros de las comunidades negras deben disponer de medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos.

El Estado debe tomar medidas para permitir el acceso y promover la participación de las comunidades negras en programas de formación técnica, tecnológica y profesional de aplicación general.

Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con las comunidades negras las cuales serán consultadas sobre la organización y funcionamiento de tales programas. Estas comunidades asumirán progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación”.

144 Ley 70 de 1993, artículo 44: “Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.

Ley 70 de 1993, artículo 58: “En los fondos estatales de inversión social habrá una unidad de gestión de proyectos para apoyar a las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos. Para su conformación se consultará a las comunidades beneficiarias de esta ley”.



compuesto de dos dimensiones: instrumental, puesto que permite agenciar otros derechos de las comunidades afrodescendientes, y como indicador del goce de derechos de las comunidades<sup>145</sup>.

La Corte Constitucional relaciona el derecho a la participación y a la autonomía de las comunidades afrodescendientes, considerando que la participación efectiva de las comunidades negras se materializa en su representación por medio de los consejos comunitarios<sup>146</sup>.

*Derechos inherentes al territorio.* Las comunidades negras tienen el derecho a la preservación y protección del patrimonio cultural propio y a la propiedad colectiva de las tierras ocupadas ancestralmente por estas, sus territorios son de carácter inalienable, imprescriptible e inembargable. Así lo estipula la Ley 70 de 1993, que al concebir la estrecha relación de las comunidades afrodescendientes con el campo-poblado, prescribe la constitución y legalización de los territorios de las comunidades negras mediante la titulación colectiva y la participación en la gestión ambiental y de explotación de los recursos naturales. Para que dichas comunidades puedan recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, deben conformar un consejo comunitario como forma de administración interna<sup>147</sup>.

*Derecho al desarrollo de acuerdo con su visión cultural y a decidir sus propias prioridades en materia de desarrollo.* El capítulo séptimo de la Ley 70 de 1993<sup>148</sup> establece “el derecho a desarrollarse económica y socialmente atendiendo los elementos de su cultura autónoma”<sup>149</sup>, y el Convenio 169, aplicable a las comunidades negras al ser tenidas como pueblos<sup>150</sup>, en su artículo 7.1 dispone que los pueblos tribales [las comunidades negras/ afrocolombianas, palenquera y raizal] tienen “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo”. Por su parte, La Declaración del Milenio<sup>151</sup> reafirma lo establecido en el Convenio 169 y agrega en su artículo 20 el derecho de los pueblos a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo, el derecho a la reparación justa y equitativa cuando son desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo.

---

145 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, del 18 de mayo de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Véase: “Consideraciones”, numeral 2, sobre “Retraso en el cumplimiento de la orden cuarta del Auto 005 de 2009”.

146 *Ibid.*

147 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *La diversidad étnica*, op. cit., 2004, p. 291. Véase también: Ley 70 de 1993, Capítulo III.

148 Capítulo VII sobre “Planeación y fomento del desarrollo económico y social”.

149 Ley 70 de 1993, artículo 47: “El Estado adoptará medidas para garantizarle a las comunidades negras de que trata esta ley el derecho a desarrollarse económica y socialmente atendiendo los elementos de su cultura autónoma”.

150 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

151 NACIONES UNIDAS. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/55/2 del 8 de septiembre de 2000.

*Derecho a la etnoeducación.* Derecho de las comunidades afrodescendientes a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales, teniendo en cuenta su medio ambiente, su proceso productivo y toda su vida social y cultural, que ancestralmente ha acompañado a la comunidad. Este derecho es garantizado por los artículos 7, 10, 67, 68, 70 y 71 de la Constitución Política, y regulado por el artículo 34 de la Ley 70 de 1993<sup>152</sup>, la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995.

## f. La comunidad negra, palenquera y raizal y el estatus de pueblo

La ley 70 de 1993 reconoce el carácter étnico de la comunidad negra (artículo 2, numeral 5). En igual sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que el reconocimiento de los grupos étnicos, como colectividades reconocibles, permiten reivindicar con claridad el derecho de las comunidades negras a ser tenidas como *pueblos*, conforme a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia<sup>153</sup>.

Para llegar a esta conclusión, la Corte<sup>154</sup> ha interpretado el término *tribal* del Convenio 169 de la OIT, en un sentido amplio, donde los términos *pueblos indígenas*, *minorías étnicas indígenas* y *grupos tribales* se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio.

152 Ley 70 de 1993, artículo 34: “La educación para las comunidades negras debe tener en cuenta el medio ambiente, el proceso productivo y toda la vida social y cultural de estas comunidades. En consecuencia, los programas curriculares asegurarán y reflejarán el respeto y el fomento de su patrimonio económico, natural, cultural y social, sus valores artísticos, sus medios de expresión y sus creencias religiosas. Los currículos deben partir de la cultura de las comunidades negras para desarrollar las diferentes actividades y destrezas en los individuos y en el grupo, necesarios para desenvolverse en su medio social”.

153 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Véase: consideraciones y fundamentos, numeral 4.1 sobre “Identidad cultural asociada al territorio colectivo y a las prácticas tradicionales de producción”.

154 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-169 de 2001. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.



Las comunidades negras como grupos étnicos, un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1993 (que desarrolla el artículo transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1995 (que organiza el Ministerio de Justicia y del Derecho), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 como el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen [sic] de otros grupos étnicos.

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, *se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la OIT*<sup>155</sup>.

## **g. Los derechos especiales de la comunidad negra como grupo étnico en Colombia: el bloque de constitucionalidad y estándares internacionales**

### ***i. El bloque de constitucionalidad***<sup>156</sup>

El bloque de constitucionalidad, consagrado en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> Para mayor información: RAMELLI, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Uniandes/GIZ, 2011, pp. 27-82.

<sup>157</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-225 de 1995. M. P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia: C-578 de 1995. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia: C-358 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia: SU-039 de 1997. M. P.: Antonio Barrera Carbonell; Sentencia: C-191 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia: T-606 de 2001. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia: T-955 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia: C-461 de 2008. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

El principal efecto de la incorporación mediante el bloque de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y no susceptibles de suspensión durante estados de excepción, es el de la prevalencia en el ordenamiento interno, es decir, gozan de rango constitucional, por lo que en caso de incompatibilidad en la aplicación con cualquier otra norma, prevalece la internacional.

Así, el bloque de constitucionalidad es un cuerpo de normas que enriquece el articulado constitucional. En tal sentido, el conjunto de atributos que se predica de las disposiciones constitucionales debe extenderse a las normas que lo componen. Por tal razón, el bloque de constitucionalidad tiene la virtud de: i) predeterminar el contenido del derecho; ii) expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que lo contraríen; iii) condicionar la validez de las interpretaciones de las disposiciones jurídicas a la avenencia con sus principios; y iv) se constituye como fuente de derecho, útil para la solución de situaciones jurídicas concretas. Como corolario de lo anterior, se impone un nuevo concepto de *Constitución*, que desecha por completo el sentido formal del texto constitucional, y lo reconoce como un documento inacabado atento a los avances que realice la comunidad internacional en materia de derechos humanos<sup>158</sup>.

En general, el bloque de constitucionalidad está integrado por:

- Las normas que constituyen cánones imperativos y subordinantes para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno, es decir, el preámbulo y el texto formal de la Constitución.
- Las normas internacionales que, una vez incorporadas al ordenamiento interno, asumen una jerarquía normativa equivalente a normas constitucionales por mandato de los artículos 93 y 94 superiores.
- Las normas que ostentan una categoría suprallegal, es decir, las normas que tienen preeminencia sobre las leyes ordinarias, pero con subordinación a las normas constitucionales. Dentro de esta categoría encuadran las leyes orgánicas y algunas estatutarias.
- Los tratados internacionales a los que remite la propia Constitución, como los tratados de límites.

158 GUTIÉRREZ, Andrés. *El bloque de constitucionalidad. Concepto y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 87.



- Los tratados internacionales de derechos humanos, que sirven como criterio interpretativo de los derechos y deberes consagrados en la Constitución en sentido estricto.

La Corte Constitucional estableció una distinción entre el bloque de constitucional *stricto sensu* y *lato sensu*, con el objetivo de justificar la inclusión de normas no constitucionales en el bloque. De un lado, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, implica que el bloque, en su sentido más expreso, solo comprende aquellas normas que comparten con la Constitución su valor y jerarquía en el ordenamiento jurídico. De otro lado, el bloque de constitucionalidad en sentido lato reúne aquellas normas que, a pesar de carecer de dignidad constitucional, comparten con las disposiciones superiores la función de servir como referencia para medir la corrección constitucional de la ley<sup>159</sup>.

## **ii. Estándares internacionales de protección de las comunidades afrodescendientes<sup>160</sup>**

El derecho internacional ha establecido estándares mínimos de protección en respuesta a abusos y actos arbitrarios del Estado o de particulares, que afectan gravemente los derechos y libertades de toda persona. Por un lado, el derecho internacional de los derechos humanos busca garantizar los derechos inherentes a todo individuo, ya sea en tiempos de paz o de guerra, razón por la cual son universales e inescindibles. Por otro lado, el derecho internacional humanitario es aplicable durante el conflicto armado y se enfoca en la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, como la población civil, el personal militar sanitario y religioso, los heridos, enfermos o náufragos y los prisioneros de guerra.

Estos estándares internacionales imponen al Estado la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades de todas las personas<sup>161</sup>. En materia de derechos humanos, tal como consagra la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1.1), *respetar* implica que el Estado debe abstenerse de violentar, por acción o por omisión, los

---

159 *Ibid.*, p. 34.

160 Los estándares internacionales de protección referidos en la presente sección aplican para todas las comunidades étnicas minoritarias, no obstante, se hace énfasis en las comunidades afrodescendientes.

161 OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Volumen I. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 64-66.

derechos de los individuos, y *garantizar* implica la obligación de asegurar que se respeten dentro de la jurisdicción interna del Estado los derechos reconocidos internacionalmente. En igual sentido, el derecho internacional humanitario prevé estas obligaciones (artículo 1 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949) donde el Estado se obliga a respetar y a hacer respetar a los demás Estados la plena vigencia de los enunciados normativos de los Convenios de Ginebra.

El Estado colombiano ha ratificado una serie de tratados internacionales de protección de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, los cuales, en virtud del principio de bloque de constitucionalidad, son aplicables a las comunidades afrodescendientes como normas constitucionales para proteger sus derechos como sujetos colectivos, estableciendo compromisos específicos y deberes especiales del Estado colombiano tendientes a evitar eventuales discriminaciones, y a desarrollar acciones destinadas a garantizar que las comunidades afrodescendientes gocen de todos los derechos constitucionales, individuales y colectivos, en igualdad de condiciones.

La protección de las comunidades afrodescendientes en el marco del derecho internacional está sustentada en los derechos a la igualdad y a la no discriminación<sup>162</sup>. En este sentido, la normatividad internacional hace especial énfasis en el derecho a la igualdad que garantiza que todas las personas nacen y tienen iguales derechos y deberes, sin distinción alguna; más aún, el derecho internacional ha enfatizado, en el caso de las comunidades afrodescendientes en Colombia, que al estar marcadas por una historia de invisibilidad, exclusión y desventajas sociales y económicas que afectan el goce de sus derechos fundamentales, la protección y el respeto de sus derechos cobra mayor importancia<sup>163</sup>.

La no discriminación, junto con el derecho a la igualdad ante la ley, constituyen los principios básicos de protección de los derechos humanos. Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas

162 Tratados internacionales ratificados por Colombia aplicables: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 24); Convenio 169 de la OIT; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Declaración de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) sobre la Raza y los Prejuicios Raciales; Derecho Internacional Humanitario, específicamente el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II Adicional.

163 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia [visita del 14 al 18 de mayo de 2007]", 27 de marzo 2009, OEA/Ser.L/V/II.134.



necesarias para el cumplimiento de estos principios, imperativo que se encuentra en consonancia con el deber de los Estados de eliminar de sus ordenamientos internos toda ley o práctica que genere o perpetúe la discriminación racial<sup>164</sup>.

En este marco de protección internacional cobra especial importancia garantizar el derecho a la autonomía de las comunidades étnicas, el cual se configura a través del derecho de autodeterminación de los pueblos, y, según el cual, las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas gozan el derecho de determinar su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio lenguaje. Este derecho consta de dos aspectos: uno interno referente al derecho de las comunidades a determinar con libertad su desarrollo económico, social y cultural sin interferencia alguna, y un factor externo, que implica la autodeterminación de las comunidades para elegir libremente su estatus político frente a la comunidad internacional basadas en el derecho a la igualdad y la prohibición de la dominación y la explotación de los pueblos minoritarios<sup>165</sup>.

---

164 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General No. 14, "Definición de discriminación", 22 de marzo de 1993.

165 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General No. 21, "El derecho de auto determinación", 23 de agosto de 1993.

## V. CONTEXTO NACIONAL Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ EN RELACIÓN CON EL SUJETO COLECTIVO AFROCOLOMBIANO

Dado el particular contexto colombiano, hablar de justicia transicional es un tema que ha suscitado posiciones encontradas sobre alcances y propósitos de la Ley de Justicia y Paz. En efecto, la vigencia del conflicto armado interno, los procesos simultáneos de desarme y desmovilización de los grupos armados ilegales al margen de la ley y la satisfacción de los derechos de las víctimas, ha conllevado a cuestionar y debatir la pertinencia de adoptar un proceso de justicia transicional mientras persiste el enfrentamiento armado, como lo pretende la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). En este panorama, resulta crucial analizar la participación de las comunidades afrocolombianas víctimas y la protección de sus derechos como sujetos colectivos de derechos en el proceso de Justicia y Paz, teniendo presente la grave situación generada por el conflicto para esta población.

### a. La Ley de Justicia y Paz en el contexto del conflicto en Colombia

#### i. Colombia, ¿conflicto o posconflicto?

Mientras se debatía la aprobación de la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas, el presidente Juan Manuel Santos reconoció públicamente la necesidad de admitir la existencia del conflicto armado que atraviesa desde hace ya cinco décadas nuestro país<sup>166</sup>. Esta declaración y la posterior adecuación del artículo 3 de la Ley de Víctimas con la expresión del conflicto armado interno, reafirman la vigencia del conflicto en Colombia. Así, el caso colombiano es *sui generis* en tanto las medidas de justicia transicional, propias de los procesos de posconflicto, se vienen adelantando mientras el conflicto persiste<sup>167</sup>.

166 El artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (ratificado por Colombia mediante Ley 171 de 1994) determina cuatro elementos que deben configurarse para establecer la existencia de un conflicto armado: i) que el conflicto tiene lugar en el territorio de un Estado; ii) oposición entre fuerzas armadas de este Estado y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad; iii) que estas fuerzas y grupos estén bajo el mando de una autoridad responsable y iv) que las fuerzas opositoras ejerzan dominio sobre una parte del territorio de dicho Estado que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario del Protocolo II.

167 Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia de Justicia y Paz. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 21 de septiembre de 2009, radicado 32.022. M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.



En este escenario, se ha señalado que Colombia atraviesa por un proceso de “justicia transicional sin transición”<sup>168</sup>. La permanencia del conflicto armado interno cuestiona la posibilidad de que el proceso transicional, implementado por la Ley 975 de 2005, produzca una transformación radical del orden social y político. Específicamente algunos han indicado que, por más que las actuales negociaciones de paz entre los paramilitares y el Gobierno trajesen como consecuencia el efectivo desmonte del fenómeno paramilitar y el respeto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, el conflicto armado no acabaría en Colombia. “Se trataría, en el mejor de los casos, de una justicia transicional y una paz fragmentarias, pues no aparecen en el orden del día negociaciones con los demás actores alzados en armas que puedan poner fin a la guerra, la cual podría al contrario tender a su agudización en el futuro cercano”<sup>169</sup>.

En este sentido, desde una visión intermedia del posconflicto, podría considerarse que las medidas de justicia transicional adoptadas durante los últimos años por el Estado colombiano, tales como la Ley 975 de 2005, la Ley 1424 de 2010 y la reciente Ley 1448 de 2011, se enmarcan dentro de una estrategia de construcción del posconflicto para fortalecer el aparato estatal y permitir el proceso de curación de las heridas en la sociedad.

Sin embargo, mientras se siga presentando el enfrentamiento entre grupos armados ilegales al margen de la ley y las fuerzas estatales, la consolidación del proceso de justicia transicional sigue vislumbrándose como un desafío para el Estado y la sociedad colombiana. Especialmente, debe tenerse presente que la vigencia del conflicto colombiano no solo agudiza cuestiones del pasado, también plantea otros retos, como el surgimiento de nuevas víctimas, la coexistencia entre víctimas y victimarios desmovilizados, la reconfiguración de nuevos grupos al margen de la ley, en un panorama donde aún no se han equilibrado los objetivos de paz y justicia.

## *ii. Proceso de desmovilización en Colombia*

En las últimas décadas, sucesivos gobiernos establecieron indultos y beneficios penales, en el marco de acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley, con el objetivo de poner fin al conflicto colombiano.

---

168 UPRIMNY, *et ál.*, op. cit., p. 14.

169 *Ibid.*, p. 14. Frente a las iniciativas de reforma a la Ley 975 de 2005, podría esperarse la inclusión y regulación de acuerdos con diferentes grupos armados organizados al margen de la ley.

Por ejemplo, la Ley 35 de 1982, conocida como la Ley de Amnistía, estableció una serie de beneficios para aquellos grupos que se reinsertaran y entregaran las armas. A partir de esta normatividad, se logró el acuerdo de reinserción con el M-19, amparado en la Ley 77 de 1989, que concedió amnistías e indultos a dicho grupo; asimismo, mediante el Decreto 213 de 1991, se otorgó el beneficio de amnistía a los miembros del EPL, PRT y MAQUL. Más adelante, la Ley 104 de 1993 estableció garantías penales para los miembros de grupos armados ilegales que se reinsertaran a la vida civil, y amnistías e indultos a los grupos reinsertados.

Esta legislación fue prorrogada en varias oportunidades<sup>170</sup>, y fue el sustento jurídico de las negociaciones de paz entabladas entre las FARC-EP y el Gobierno nacional durante 1998-2000. Vale aclarar que estos mecanismos, adoptados para procesos específicos de negociación, se enfocaban en el otorgamiento de beneficios a cambio de indultos, y dejaron de lado temas importantes, como la comisión de crímenes atroces y los derechos de las víctimas.

Siguiendo esta línea, se encuentra la Ley 782 de 2002<sup>171</sup>, que establece un marco legal para los diálogos y negociaciones de paz con grupos armados organizados al margen de la ley, y la posibilidad de otorgar beneficios jurídicos para delitos políticos. Esta normatividad determina el marco jurídico para las desmovilizaciones individuales y colectivas para todos los miembros de grupos armados al margen de la ley que desean reincorporarse a la vida civil.

En efecto, dicha normatividad establece que podrá concederse la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria en favor de quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por delitos políticos y no hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, toda vez que elijan participar de un proceso de desmovilización en forma individual o colectiva. Conforme a esta legislación, las personas que se hayan beneficiado de indulto o a quienes se les decrete la cesación del procedimiento no podrán ser procesadas o juzgadas por los mismos hechos que dieron lugar al otorgamiento de beneficios. Tanto la Ley 418 de 1997 como la Ley 782 de 2002 limitan el otorgamiento de beneficios a quienes hayan

170 Normatividad modificada por la Ley 241 de 1995, la Ley 418 de 1997 y la Ley 548 de 1999.

171 Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y reglamentada por el Decreto 128 de 2003. A su vez, prorrogada por la Ley 1106 de 2006 y la Ley 1421 de 2010.



estado involucrados en la comisión de conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio y homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión<sup>172</sup>.

En igual sentido, el Decreto 128 de 2003 contiene una serie de disposiciones orientadas a reglamentar la provisión de beneficios sociales, este también hace referencia al derecho a acceder a beneficios de tipo jurídico tales como el indulto, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación del procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria sobre la base de la certificación expedida por el Comité de Dejación de Armas (CODA). Al reglamentar las disposiciones de las leyes 418 de 1997, 548 de 1999 y 782 de 2002, el Decreto 128 expresamente condiciona el acceso a beneficios jurídicos a los desmovilizados que estén efectivamente siendo procesados o hayan sido condenados por la comisión de delitos que “de acuerdo con la Constitución Política, a la ley o a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no puedan recibir esta clase de beneficios”<sup>173</sup>.

Cabe evidenciar que algunas disposiciones del Decreto 128 de 2003 generan falta de claridad en el alcance de los beneficios procesales a los que tendrían derecho los desmovilizados e inseguridad jurídica para todas las partes involucradas, en particular, las víctimas de violaciones los derechos humanos y sus familiares. Al respecto, la Comisión Interamericana en el 2004 manifestó que los altos niveles de impunidad y la ineficacia de la administración de justicia en Colombia exigen que la investigación futura de los crímenes perpetrados por los actores del conflicto se vea respaldada por normas claras y efectivamente consistentes con las obligaciones internacionales del Estado<sup>174</sup>.

A la luz de la Ley 782 de 2002 y demás normas pertinentes, el Gobierno colombiano y líderes de la Autodefensas de Unidas de Colombia (AUC), entre los años 2002 a 2004, iniciaron negociaciones para conseguir la desmovilización de dicho grupo armado ilegal. Una vez declarado el cese de hostilidades, el 15 de julio de 2003 se llegó a un acuerdo preliminar mediante el cual se fijaron metas de desmovilización para el 31 de diciembre de 2005.

---

172 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia”. OEA/Ser.L/V/II.120, 13 de diciembre de 2004, párr. 76.

173 *Ibid.*, párr. 89.

174 *Ibid.*, párr. 91.

El 13 de mayo de 2004, Gobierno y autodefensas alcanzaron un acuerdo sobre el establecimiento de la zona de ubicación en Tierralta, Córdoba, también conocida como *zona de ubicación de Santafé de Ralito*, la cual se hizo efectiva mediante la Resolución 092 de 2004<sup>175</sup>. Durante la etapa inicial del proceso de desmovilización, se efectuó la entrega de armas por parte de 31.670 personas que se identificaron como miembros de 38 bloques de las AUC y otros grupos armados al margen de la ley que se concentraron en zonas temporales de ubicación<sup>176</sup>. Posteriormente, prosiguieron las desmovilizaciones individuales y colectivas y el procedimiento para la suscripción y aceptación de los listados de personas desmovilizadas<sup>177</sup>.

Según estadísticas otorgadas por el Ministerio de Defensa a la Comisión Interamericana, entre agosto de 2002 y julio de 2004 se habrían desmovilizado individualmente, 2.604 miembros de las FARC, lo cual representaría aproximadamente el 15% de sus cuadros; 727 miembros del ELN, lo cual representaría aproximadamente el 19% de sus cuadros; y 1.176 miembros de las AUC, lo cual a su vez representaría aproximadamente el 19% de sus cuadros. Cabe destacar que el 20% de los desmovilizados son niños y niñas<sup>178</sup>.

En lo que atañe a las desmovilizaciones colectivas de las AUC, el 25 de noviembre de 2003 comenzó el proceso de “dejación” de armas por parte de 874 miembros del Bloque Cacique Nutibara, uno de los frentes urbanos más agresivos de las AUC que desde hace varios años opera en la ciudad de Medellín. Este proceso de desmovilización pactado localmente con las autoridades de Medellín, fue considerado como una expe-

---

175 Esta resolución tuvo por efecto la suspensión de órdenes de captura decretadas contra los miembros de las AUC que se encontraran dentro del perímetro de sus 368 km<sup>2</sup> de extensión durante su vigencia, en principio prevista hasta el 1° de diciembre de 2004. Este acuerdo define los propósitos de la zona de ubicación como los de facilitar la consolidación del proceso de diálogo entre el Gobierno y las AUC, contribuir al perfeccionamiento y verificación del cese de hostilidades, avanzar hacia la definición de un cronograma de concentración y desmovilización de los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, permitir la interlocución de la mesa de diálogo con todos los sectores nacionales e internacionales y facilitar la participación ciudadana en el proceso. No puede dejar de notarse que si bien la suspensión de las órdenes de captura solo se hizo efectiva el 1° de julio de 2004, las autoridades se abstuvieron de ejecutarlas mientras estuvieron vigentes, durante las conversaciones adelantadas desde diciembre de 2002.

176 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”. OEA/Ser.L/V/II.129, 2 de octubre de 2007, párr. 1.

177 *Ibid.*, párr. 12. Al respecto, la Comisión Interamericana constató que no existían mecanismos para determinar cuáles eran las personas que verdaderamente pertenecían al bloque por desmovilizarse y que por lo tanto, tenían derecho a recibir beneficios socioeconómicos, ni para establecer consecuencias, en caso de fraude. *Ibid.*, párr. 15.

178 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 92.



riencia piloto en términos de la desmovilización colectiva de miembros de las AUC<sup>179</sup>. Posteriormente, otros bloques fueron desmovilizándose, como el caso del Bloque Centauros y las Autodefensas Campesinas de Meta y Vichada y el Bloque Vencedores de Arauca en agosto de 2004; la desmovilización de 1.400 miembros del Frente Catatumbo, perteneciente al Bloque Norte de las AUC, liderado por Salvatore Mancuso en diciembre de 2004<sup>180</sup>; y el Bloque Calima de las AUC durante el 2005.

### *iii. Naturaleza de la norma, propósitos y alcances*

Los diálogos y negociaciones de paz entre el Gobierno nacional y las AUC, durante el 2002 y 2004, motivaron un álgido debate en torno a la desmovilización de los grupos armados ilegales y el juzgamiento de crímenes atroces. De allí surgió la necesidad de establecer un marco jurídico complementario a la Ley 782 de 2002 que permitiera el enjuiciamiento de los involucrados en tales delitos, bajo el respeto de los estándares internacionales de procesos de transición, tales como los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación<sup>181</sup>. En este escenario se adoptó la Ley 975 de 2005 denominada Ley de Justicia y Paz.

Como dispone el artículo 1 de la Ley 975 de 2005, esta normatividad tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El proceso de Justicia y Paz pretende cumplir este propósito a través del otorgamiento de beneficios penales a los miembros de los grupos ilegales desmovilizados, a través de la figura de la alternatividad de la pena, regulada en el artículo 3 de la Ley 975, y según la cual, quienes hayan decidido contribuir a la reconciliación y la paz nacional proporcionando

---

179 *Ibid.*, párr. 94.

180 *Ibid.*, párr. 105.

181 AMBOS, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*. Bogotá: GTZ, 2010, p. 11. Esta interpretación sobre las razones que justificaron la implementación de la Ley 975 de 2005 ha sido debatida, entre otros, por Rodrigo Uprimny, quien considera que la adopción de una normatividad que incluyera los derechos de las víctimas fue producto de los fuertes cuestionamientos de la comunidad internacional, de organizaciones de DDHH y de víctimas, y de algunos sectores políticos frente al proyecto de ley de “Alternatividad Penal”, presentado por el gobierno de Álvaro Uribe en 2003, calificado como una ley de impunidad; posteriormente, señala Uprimny, fue aprobada por el Congreso la Ley 975 de 2005, que si bien concebía los derechos de las víctimas, establecía requisitos poco exigentes para obtener la alternatividad de la pena. Fue finalmente la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006 que armonizó la ley con los derechos de las víctimas al limitar a ciertos criterios el otorgamiento de la pena alternativa. Véase: UPRIMNY, Rodrigo “Las leyes de justicia y paz”. En: *El Espectador*, 2 de agosto de 2010. Disponible en: [http://www.dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=18&id\\_publicacion=818](http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=18&id_publicacion=818)

toda la información posible para esclarecer la verdad de lo sucedido, colaborando a la justicia y reparando a las víctimas, se les suspenderá la ejecución de la pena ordinaria, la cual será reemplazada por una pena *alternativa* de cinco a ocho años de prisión.

Por ello, se ha dicho que la Ley de Justicia y Paz establece un régimen especial dentro del sistema procesal penal colombiano, que asume algunas características propias para los asuntos de Justicia y Paz<sup>182</sup>. En efecto, este procedimiento especial se distingue por i) ser un procedimiento estructurado sobre la oferta de incentivos para los victimarios; ii) ser un modelo procesal que se concentra en el victimario y no en el descubrimiento de los hechos que responden a un patrón sistemático; iii) ser un sistema procesal que acoge un modelo eficientista de justicia; iv) y ser un procedimiento de aplicación limitada, restringida particularmente a los paramilitares desmovilizados colectivamente<sup>183</sup>.

Especialmente se destaca la orientación del procedimiento, no tanto dirigido hacia el castigo del culpable y la protección de inocentes, sino, más bien, a la determinación de la responsabilidad penal, en el marco de un programa alternativo de sanción, que persigue la inserción y la reconciliación. Así, no se basa en la clásica confrontación y contradicción entre hipótesis de culpabilidad e inocencia, sino en la determinación del grado de culpabilidad de los desmovilizados, facilitando su integración a la vida civil mediante el estímulo de la pena alternativa<sup>184</sup>.

Respecto a la instauración de una pena alternativa en el proceso de Justicia y Paz, la Corte Constitucional señaló que el objetivo de la reconciliación y la paz nacional sobre el cual se fundamenta, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, el derecho a la justicia. Así, la condición de una pena alternativa está vinculada al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz, de lo contrario, se genera la revocatoria del beneficio<sup>185</sup>.

Así mismo, la Corte Constitucional estableció parámetros para garantizar dentro del proceso la participación de las víctimas y su acceso a una reparación integral. Específicamente, la Corte consideró, de un lado, que

---

182 *Ibíd.*, p. 9.

183 COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz: una mirada desde los derechos de las víctimas*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 23.

184 AMBOS, op. cit., p. 9.

185 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.



el derecho a la verdad implica que los delitos más graves sean investigados, donde se conozcan las causas y circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron cometidos; de otro lado, aclaró que el derecho a la justicia y a un recurso efectivo conlleva el derecho de las víctimas a participar en el proceso penal; por último, que la reparación económica a las víctimas está a cargo del patrimonio propio de los perpetradores, donde el Estado asume la responsabilidad subsidiaria cuando el patrimonio del victimario no es suficiente para satisfacer a las víctimas<sup>186</sup>.

## **b. El manejo del conflicto y la valoración de la víctima**

En los últimos quince años las políticas de manejo del conflicto armado en Colombia han girado en torno a la confrontación con los grupos autodefinidos como *insurgencia*, calificados inicialmente como *guerrillas* y posteriormente como *grupos terroristas*, de acuerdo con su accionar político-militar y según la lectura del conflicto por parte de los gobiernos del periodo, que han identificado a estos grupos armados ilegales como los actores generadores del conflicto. De acuerdo con esta lectura, las opciones de manejo del conflicto han pasado del diálogo condicionado al desarme, a la confrontación armada, sin que en algún momento se haya renunciado a la acción militar por parte de la fuerza pública. Ante el fracaso de estas políticas, los últimos gobiernos optaron por la implementación de formas irregulares para combatir a los grupos guerrilleros justificados en el propósito de obtener la seguridad ciudadana.

La guerra, en Colombia, ha dejado de ser un enfrentamiento entre un ejército en proceso creciente de profesionalización y grupos irregulares para asumir características de irregularidad generalizada, que se expresa en acciones de mayor crudeza e incluye un espectro de acciones inadmisibles desde el punto de vista jurídico y moral, en cuanto a la preservación de los derechos humanos [...]. En el último medio siglo el conflicto armado fue desplazándose de manera sostenida de la forma clásica y regular a formas predominantemente irregulares cuya característica es que la guerra comenzó a darse con crudeza y extrema violencia sobre la población civil siendo en esta en donde se produce el mayor número de bajas de personas que no participan activamente en ninguno de los bandos pero que son los depositarios de sus acciones criminales<sup>187</sup>.

---

186 *Ibid.*

187 MEDINA, Carlos. *Conflicto armado, paz y democracia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/Codhes, 2011.

Sin embargo, el fracaso de las políticas también se da por cuanto no toman en cuenta la complejidad de los factores impulsores del conflicto en el que se tejen otros factores causales distintos al combate a las guerrillas.

La violencia fue utilizada como instrumento para transformar las relaciones agrarias, el mapa de tenencia de tierra, y el mapa demográfico del país. Esos cambios terminaron legitimándose a través de un proceso de paz y una ley de la reforma agraria. En los dos grandes ciclos de violencia que coparon la segunda mitad del siglo XX se construyó un círculo perverso de acumulación y desarrollo que se ha expresado a través del circuito: conflicto armado-violencia criminal contra la población civil-despojo desplazamiento-atención a víctimas-Reforma Agraria o Ley de Tierras<sup>188</sup>.

Con este propósito se impulsan y fortalecen otros actores armados ilegales —grupos paramilitares— como parte de las estrategias de obtención del control y manejo de los territorios estratégicos, interés que comparten actores económicos nacionales e internacionales, y se cruzan en un propósito común del combate a las guerrillas, las nuevas fuerzas ilegales, la recuperación legal de territorios y la inversión de capitales.

En este escenario, se diseñan y ponen en marcha políticas y estrategias de gobierno también orientadas a la confrontación de la insurgencia y el crimen organizado del narcotráfico. Se estructura la propuesta del Plan Nacional de Consolidación del que hace parte la recuperación social del territorio y la acción integral

[...] el objetivo, en apariencia, es que las zonas recuperadas por la Fuerza Pública, no sólo cuenten con presencia militar y policial, sino con condiciones sociales e institucionales para impulsar la estabilización y consolidación del desarrollo y la paz, con miras a la superación de la pobreza.

No obstante, unido a este propósito como en su momento lo aseguró el Alto Consejero Presidencial y Director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional: el Plan Nacional de Consolidación (PNC), es una iniciativa pensada para mantener la confianza inversionista<sup>189</sup>.

---

188 *Ibid.*, p. 8

189 *Ibid.*



En la búsqueda de la paz, no solo como resultado, sino como estrategia para lograr reactivar la inversión y el crecimiento económico, se toman medidas audaces como el impulso a un proceso de Justicia y Paz basado en los principios de la justicia transicional, y es en este contexto donde surge la Ley 975 de 2005.

En este esquema la valoración de las víctimas se simplifica. De hecho el artículo 5 de la Ley 975 de 2005 define *víctima* como la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños físicos, psíquicos, sensoriales, emocionales o menoscabo de sus derechos fundamentales. Por *víctima individual* se entiende a la persona a quien se le ocasiona un daño directo, concreto y específico; de otro lado, la *víctima colectiva* sufre una afectación de un valor jurídico tutelado que es propio de los grupos de personas y no de sus integrantes individualmente considerados. En este sentido, para que se pueda predicar la existencia de un daño colectivo, el bien jurídico trasciende el individual, y afecta colectiva e indivisiblemente a un grupo o a la comunidad, como sería el caso del sujeto colectivo reconocido por la Ley 70 de 1993<sup>190</sup>.

### **c. La Ley de Justicia y Paz y el sujeto colectivo**

#### ***i. Los grupos étnicos en la Ley de Justicia y Paz ¿sujetos invisibilizados?***

La Ley 975 de 2005 no establece la categoría de *sujeto colectivo* ni específica si la persona que puede sufrir daños colectivamente puede ser integrante de un sujeto colectivo, tampoco hace mención específica de los grupos étnicos víctimas del conflicto armado interno. Este vacío normativo ha implicado una fuerte resistencia por parte de las comunidades indígenas y afrocolombianas para hacer parte del proceso de Justicia y Paz, en tanto consideran que no fueron consultadas, y sus necesidades y expectativas en materia de verdad, justicia y reparación resultaron invisibilizadas. Además, plantea un importante reto para las instituciones encargadas de ejecutar el procedimiento para otorgar un tratamiento adecuado cuando se enfrentan a la comisión de crímenes que han dejado como resultado víctimas colectivas.

El obstáculo al que se enfrentan tanto comunidades étnicas víctimas como los órganos estatales, es la participación de los grupos étnicos como sujetos colectivos de derechos en el proceso de Justicia y Paz. El

---

190 GTZ. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ, 2010, p. 28.

desconocimiento de los grupos étnicos como víctimas con características diferenciadas, acorde con su condición de sujetos colectivos, puede acarrear el procesamiento de estos delitos como casos individuales, dejando de lado la ocurrencia de daños colectivos y la consecuente reparación colectiva que estos requieren.

Aunque la Ley de Justicia y Paz no incluye textualmente a los grupos étnicos en su articulado, estos, como víctimas colectivas, a la luz del artículo 5 de la Ley 975 de 2005, deben gozar de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el marco del proceso transicional<sup>191</sup>. Su participación en el proceso requiere que las instituciones encargadas respeten y garanticen, en todas las etapas del proceso, los derechos propios que la Constitución y las leyes les han reconocido.

## *ii. La protección de los derechos étnicos de las comunidades negras en el marco de la Ley de Justicia y Paz*

La protección de los derechos étnicos de las comunidades negras en el marco de la Ley de Justicia y Paz requiere el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos fundamentales propios, otorgados por la Constitución y las leyes, a este grupo étnico. La protección reforzada otorgada a partir de la Constitución de 1991, como lo ha indicado la Corte Constitucional, implica un tratamiento diferenciado acorde con sus costumbres, usos y tradiciones.

En este sentido, de una parte, en el proceso de Justicia y Paz, las comunidades negras deben ser consideradas víctimas colectivas. Ello implica la determinación de un daño colectivo y el posterior establecimiento de la reparación colectiva. De otra parte, las instituciones encargadas de adelantar el proceso, en las diferentes etapas, deben reconocer las particularidades propias de las comunidades étnicas.

---

<sup>191</sup> La amplitud del término *víctimas colectivas* impide que se tengan en cuenta particularidades propias de ciertos tipos de víctimas, como el caso de los sujetos colectivos de derechos que han resultado excluidos tanto en la definición de la Ley como en la ejecución del proceso. Con el objetivo de incorporar a los sujetos colectivos de derechos en el proceso, el Proyecto Profis-GIZ, en conjunto con la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, ha desarrollado la “Guía de atención diferenciada para víctimas afrocolombianas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, planteando las herramientas metodológicas y la ruta operativa de aplicación del enfoque diferencial étnico para comunidades negras víctimas.



**iii. Sentencia T-025 de 2004 y el estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada**<sup>192</sup>

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional constató:

*El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección*<sup>193</sup>.

Por tanto, la Corte Constitucional decidió declarar formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional, relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada, exigiendo a las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, adoptar los correctivos que permitan superar tal situación. Específicamente la Corte manifestó:

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento

<sup>192</sup> Sección elaborada con base en: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Véase: “Consideraciones”, numerales 7 a 10.

<sup>193</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda. Véanse: “Consideraciones”, numeral 5.3: “Las órdenes dictadas para la protección de los derechos de las personas desplazadas”. Cursivas de las autoras.

de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él<sup>194</sup>.

Habida cuenta de la magnitud de la afectación de los derechos y del número de personas que no pueden gozar de estos, la Corte Constitucional determinó que, en virtud del Estado social de derecho, existen ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación. Estos derechos son:

- El derecho a la vida
- Los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral
- El derecho a la familia y a la unidad familiar
- El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital
- El derecho a la salud cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona.
- El derecho a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento.
- El derecho a la educación básica hasta los quince años para el caso de los niños en situación de desplazamiento

---

194 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda. Véanse: “Consideraciones”, numeral 7: “La constatación de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada”.



- La provisión de apoyo para el autosostenimiento<sup>195</sup>
- El derecho al retorno y al restablecimiento<sup>196</sup>

Así mismo, la Corte Constitucional decretó una serie de órdenes con el objetivo de superar el estado de cosas inconstitucional en materia del desplazamiento. Puntualmente, la corporación estableció dos tipos de órdenes: de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional, dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada. Por otro lado, están las órdenes de carácter simple, dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores de la acción de tutela.

Ahora bien, en el marco del proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional efectuó una serie de observaciones y órdenes específicas para la superación del estado de cosas inconstitucional en relación con la población afrodescendiente desplazada. Como destaca la Corte en el Auto 005 de 2009, el presupuesto fáctico de la decisión es el *impacto desproporcionado*, en términos cuantitativos y cualitativos, del desplazamiento forzado interno sobre las comunidades afrocolombianas y en la

195 Para ello, las autoridades deben identificar la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados.

196 Las autoridades están obligadas a i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada, por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse.

protección de sus derechos individuales y colectivos. El presupuesto jurídico es el carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen estas comunidades por mandato de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

El punto de partida y el fundamento común de la presente providencia es el carácter de sujetos de especial protección constitucional que tienen las comunidades afro descendientes. Esta condición de sujetos de especial protección impone a las autoridades estatales a todo nivel, respecto de la población afro colombiana víctima de desplazamiento forzado, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos, a cuyo cumplimiento deben prestar particular diligencia. *Tal carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica, como se indicó en la sentencia T-025 de 2004, la adopción de medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos*<sup>197</sup>.

Para la Corte Constitucional, la aplicación de un trato preferente para las comunidades negras víctimas del desplazamiento interno se encuentra justificada por la situación histórica de marginalidad y segregación que han afrontado los afrocolombianos, y, por tanto, estos deben gozar de una especial protección por parte del Estado.

En el Auto 005 de 2009, la Corte Constitucional constató y valoró la existencia de problemas de una alta complejidad, que inciden en forma múltiple y profunda sobre los derechos individuales y colectivos prevalentes de los afrocolombianos afectados por el desplazamiento forzado interno, el confinamiento, la discriminación y la marginación estructural. Estos problemas exigen del Estado una respuesta idónea y vigorosa que, con enfoque diferencial, se oriente a superar el estado de cosas inconstitucional en lo que respecta a su impacto desproporcionado sobre los individuos y las comunidades de afrocolombianos afectados por este flagelo, y contribuya a avanzar de manera acelerada al logro del goce efectivo de sus derechos. Específicamente, la Corte Constitucional ordenó a las instituciones encargadas tomar medidas para la protección de

197 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Cursivas de las autoras.



los derechos territoriales de las comunidades afrocolombianas y para la protección de los derechos de sus comunidades y sus miembros en tanto víctimas del desplazamiento forzado interno y del confinamiento<sup>198</sup>.

En la presente providencia, la Corte Constitucional ha constatado y valorado la existencia de problemas de una alta complejidad, que inciden en forma múltiple y profunda sobre los derechos individuales y colectivos prevalecientes de los afrocolombianos *afectados por el desplazamiento forzado interno, el confinamiento, la discriminación y la marginación estructural*. Pese a su complejidad, estos problemas exigen del Estado una respuesta idónea y vigorosa que, con enfoque diferencial, se oriente a *superar el estado de cosas inconstitucional en lo que respecta a su impacto cuantitativa y cualitativamente desproporcionado sobre los individuos y las comunidades de afrocolombianos afectados por este flagelo*, y contribuya a avanzar de manera acelerada en lograr el goce efectivo de sus derechos<sup>199</sup>.

***iv. Las comunidades negras como víctimas en el proceso de Justicia y Paz en Colombia y “el estado de cosas inconstitucional”***

La Corte Constitucional ha señalado el carácter especial como sujeto colectivo que tienen las comunidades negras, destacando que su condición de sujetos de especial protección impone a las autoridades estatales, en todo nivel, respecto de la población afrocolombiana, víctima de desplazamiento forzado, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos, a cuyo cumplimiento deben prestar particular diligencia. Tal carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica la adopción de medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por la materialización del goce efectivo de sus derechos<sup>200</sup>.

Caracterizar a las víctimas y definir su pertenencia o no a un sujeto colectivo de derechos especiales como los grupos étnicos, dimensionar

198 En igual sentido: CORTE CONSTITUCIONAL. Auto de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 del 18 de mayo de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Véanse: “Consideraciones”, numeral IV.

199 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Véase: Capítulo VIII. Medidas a adoptar.

200 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: Auto 005 de 2009. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

la magnitud de los daños a su patrimonio cultural y natural como las afectaciones a sus derechos especiales como grupo étnico, responde a las orientaciones dadas por la Corte Constitucional para la superación del “estado de cosas inconstitucional” declarados en el apartado 7 de la Sentencia T-025 de 2004, y desarrolladas posteriormente en los autos derivados de su seguimiento, entre estos, el auto 005 de 2009: “[...] de Protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendientes víctima del desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia [...]”.

Solo el dimensionamiento del daño y sus impactos permiten elaborar una visión más amplia de las víctimas en las que efectos colaterales o inducidos por los victimarios, como el desplazamiento forzado, son tomados en cuenta por su impacto en el proyecto de vida de una comunidad, y no solo en los individuos integrantes del colectivo. Al respecto, la Corte Constitucional ha mencionado: “Nada impide entender que cuando la ley se refiere a la víctima o a las víctimas está haciendo igualmente mención a quienes colectivamente han sufrido un daño, y en este sentido a grupos o comunidades que han sido afectadas por hechos delictivos cometidos por las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley a los que alude la Ley”<sup>201</sup>.

La Corte Constitucional también ha señalado que la situación de vulnerabilidad de las comunidades afrocolombianas es un factor que incide de manera directa en el impacto desproporcionado que tiene el conflicto armado interno en dichas comunidades. Indicadores del impacto desproporcionado del conflicto son los cambios y graves detrimentos que experimentan las comunidades negras que, a su vez, inciden en el tejido social y en las posibilidades de pervivencia de su integridad cultural, este último efecto es considerado uno de los más graves impactos que se puede identificar en comunidades étnicas<sup>202</sup>.

De ahí que la Corte Constitucional haya enfatizado en la necesidad de un enfoque diferencial que permita un manejo específico por parte del Estado en la búsqueda de un tratamiento integral del conflicto que dé prioridad a las víctimas, lo que exige una valoración del tipo de víctima y su particular estado de vulnerabilidad, que diferencia la dimensión del daño. Esta valoración comprende entre otras variables: la identificación

201 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-575 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

202 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Véase: Capítulo III: “La situación que enfrenta la población afrocolombiana desplazada”.



de la condición personal y familiar de la víctima; su género, identificando si se trata de una mujer; su rol en la familia y su papel dentro de la comunidad; su pertenencia a un territorio o a determinado grupo o comunidad; así como la condición de víctima que pueda tener el propio grupo, colectivo o comunidad. Esta perspectiva contribuye a esclarecer el contexto inicial de vulnerabilidad de las víctimas y la especificidad del daño y del sufrimiento padecidos por ellas.

Algunas de estas comunidades pueden haber requerido antes de la ocurrencia del hecho que produjo la violación de sus derechos, y dadas sus condiciones particulares, una especial protección. La ausencia de esta protección, en el momento de producirse el hecho violatorio, puede implicar una agravación del daño sufrido por la víctima —bien por la víctima individual o bien por el grupo, colectivo o comunidad—, circunstancia que debe ser considerada en el momento de definir las medidas de reparación para proporcionar un resarcimiento adecuado<sup>203</sup>.

La importancia de este enfoque diferencial étnico para las víctimas afrocolombianas no solo radica en el número significativo de población afrodescendiente víctima del conflicto, sino en el impacto desproporcionado que este ha tenido sobre este sujeto colectivo con derechos especiales por sus condiciones históricas de vulnerabilidad. En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en considerar que:

Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no solo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela. [...] y 2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales<sup>204</sup>.

203 COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN (CNRR). *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*. Bogotá: CNRR, 2007, pp. 59-60.

204 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Véase: Apartado 7: “La constatación de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada”.

Se consideran *factores estructurales*<sup>205</sup> las condiciones históricas de exclusión, marginalidad y pobreza de la que ha sido víctima la población afrodescendiente, a los que se agrega el desplazamiento masivo y el despojo de sus territorios, como las posibilidades de bienestar que estos proveen, lo que ha proporcionado graves daños y afectaciones a su integridad cultural y a sus derechos de manera específica.

#### **d. La disputa por el territorio, los recursos naturales y la afectación a los territorios étnicos de las comunidades negras**

El informe del Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la población desplazada de Acción Social registra que durante el periodo 2001-2006, en el 52% de los 150 municipios más afectados por el abandono y el despojo de tierras (78 municipios), existen territorios colectivos de las comunidades negras y de los pueblos indígenas<sup>206</sup>; y del total de población étnica desplazada en estos municipios que corresponde al 23,7% del total de población desplazada del país, el 66,01% pertenece a la población afrocolombiana. De acuerdo con el mismo informe, 2001 presentó una notoria desaceleración de los procesos de titulación colectiva de los territorios, es decir, el periodo de mayor despojo y desplazamiento coincide con una mayor desprotección de los derechos territoriales de dichas comunidades.

La situación de desplazamiento está asociada con la presencia y actuaciones de grupos armados al margen de la ley, la manifestación de proyectos económicos y una débil intervención del Estado, lo que permite leer el conflicto armado como la expresión principal del conflicto de intereses económicos por los territorios étnicos y sus recursos como el principal factor causal de violación de sus derechos y libertades fundamentales.

De hecho, la presencia de actores armados ilegales y su presión sobre los territorios étnicos está relacionada fundamentalmente con las ventajas que ofrecen dichos territorios como proveedores de recursos naturales útiles tanto para la economía ilegal a través de los cultivos para usos ilícitos, como la economía legal para el lavado de dineros provenientes

205 CONFERENCIA NACIONAL DE ORGANIZACIONES AFROCOLOMBIANAS (CNOA) y PROCESO DE COMUNIDADES NEGRAS (PCN). *Observaciones de los delegados de las organizaciones regionales que participaron en la formulación del Plan de Acción en derechos humanos para las comunidades negras y la población afrocolombiana en el marco de la formulación del Plan Nacional de Derechos Humanos*. Bogotá: CNOA/PCN, 2010.

206 ACCIÓN SOCIAL. *Unidades agrícolas familiares, tenencia y abandono forzado de tierras en Colombia*. Bogotá: Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, 2010, p. 94.



del narcotráfico, tales como la minería del oro que también es fuente de ingresos en la economía de la guerra. Estos territorios igualmente coinciden con zonas y corredores estratégicos en el control territorial, y sirven por su marginalidad como zonas de escape y centro de operación de las fuerzas ilegales.

De acuerdo con la sistematización realizada por la Procuraduría General de la Nación, a partir de las demandas de las comunidades y líderes por la violación de sus derechos territoriales o por estar en situación de desplazamiento o riesgo de este, recopiladas durante el periodo 2000-2004, se identifican siete causas principales de desplazamiento entre las cuales se incluyen los riesgos por presencia de megaproyectos.

Causas desplazamiento en comunidades negras según la Procuraduría General de la Nación<sup>207</sup>:

- Militarización de los territorios por parte de la fuerza pública y de actores ilegales: guerrillas, paramilitares, *nuevos grupos o grupos emergentes*.
- Persistencia del narcotráfico por parte de foráneos sin que las autoridades competentes lo impidan.
- Aplicación inconsulta e indiscriminada de programas de erradicación aérea con químicos, y de erradicación manual forzada.
- Ocupación y uso del territorio por agentes legales que adelantan proyectos y megaproyectos sin consultarlos previamente y sin obtener el respectivo consentimiento libre e informado.
- Exclusión estructural, discriminación y marginalización.
- Proyectos mineros, agrícolas; tensiones en los territorios y despojo.
- Deficiente protección jurídica e institucional sobre los territorios. No es suficiente su carácter imprescriptible de inembargables.

En este escenario, las comunidades negras son víctimas de violación de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y cultural y del derecho territorial. De hecho, para acceder a los territorios de las comunidades negras, los grupos armados ilegales asesinan líderes y personas de las comunidades con el fin de generar terror y desplazamiento o presionar la “coexistencia” con base en la imposición de determinaciones establecidas unilateralmente por estos grupos al margen de la ley, lo que ha permitido invisibilizar la situación de conflicto al aceptar estas irregularidades a cambio de que se les respete el derecho a la vida.

---

207 SALINAS, Yamile. Afectaciones a los derechos territoriales étnicos. : Ponencia en el marco del evento programado por Wola. Washington. 2009.

De acuerdo con la valoración de la Corte Constitucional, los factores transversales que inciden en el desplazamiento forzado de la comunidad negra son: i) la exclusión estructural que coloca a la población afrocolombiana en situación de mayor marginación y vulnerabilidad; ii) la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones, lo que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y ha favorecido su despojo; y iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afrocolombianos, lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para que abandone sus territorios<sup>208</sup>.

### *i. Impactos del desplazamiento forzado y desterritorialización*

La violación del derecho al territorio y las consecuencias expresas en el desplazamiento forzado se traducen en altos impactos negativos para las comunidades negras por la relación establecida con el territorio como la base de su existencia y de la vida colectiva. A esta grave problemática se suman las dificultades y la ausencia de políticas para garantizar el retorno de quienes se vieron forzados a salir de su tierra, y la precaria asistencia educativa, alimentaria y nutricional para niños y niñas de las familias desplazadas, así como la falta de acciones de atención diferencial, de estabilización socioeconómica y de asistencia psicosocial.

En consecuencia, las comunidades étnicas víctimas del desplazamiento forzado experimentan pérdida temporal o permanente del derecho al territorio, especialmente en los casos en los cuales la figura de tenencia y propiedad colectiva no es o ha sido la forma tradicional de apropiación, en zonas como Los Montes de María y los Valles interandinos del río Cauca, donde el uso y la tenencia familiar se alterna con el uso colectivo del espacio de la mina, por ejemplo; en estos casos, los procesos de despojo o desterritorialización son frecuentes y acompañados de grave violación a los derechos humanos para las comunidades negras.

Frente a esta situación, la Corte Constitucional, en el Auto 005 de 2009 (de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, sobre desplazamiento forzado) señaló: “[...] con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas de las comunidades negras desplazadas por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004”<sup>209</sup>.

208 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.  
209 CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 005 de 2009, op. cit.



De acuerdo con la valoración realizada por la Corte Constitucional con base en las demandas de las organizaciones de comunidades negras, el despojo del territorio está asociado también con la imposición de economías extractivas, megaproyectos y explotación de recursos, por lo general de manera ilegal, como en el caso de la minería o la ampliación de la frontera agrícola para fines ilícitos como cultivos de coca. Con base en las demandas de las organizaciones sociales de la comunidad negra, la Corte Constitucional ha considerado factores de riesgo para la pervivencia de las culturas la presencia de megaproyectos económicos (Auto 004 de 2009) como los mineros, monocultivos agroindustriales, portuarios y turísticos. De ahí que la Corte Constitucional haya protegido el derecho a la preservación del hábitat natural (integridad ecológica) como parte esencial de los territorios étnicos en las decisiones que se tomaron en sentencias tales como T-380 de 1993, SU-037 de 1997 y T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-769 de 2010, entre otras.

Diversos estudios demuestran que el desplazamiento forzado generó un grave deterioro en las condiciones de vida de las comunidades afrodescendientes. Por ejemplo, se evidencia un cambio profundo en la tenencia de la vivienda; pérdida masiva de los medios y actividades de generación de ingresos y el empleo, lo que repercute en la disminución de la calidad de vida en los hogares afrodescendientes; y transformaciones en la ocupación, formas de producción y el empleo, especialmente en las mujeres<sup>210</sup>. En el caso de las comunidades negras, la mayor tensión entre desplazamiento forzado y la defensa y realización efectiva de sus derechos territoriales se expresa entre 1999 y 2003, años en los cuales se empieza a hacer efectivo el derecho al territorio reconocido en la Constitución de 1991.

Esta correspondencia, entre reconocimiento de derechos territoriales y desplazamiento forzado durante el periodo, conduce a una hipótesis frente a la causalidad del desplazamiento forzado, en la que se vislumbra como principal motivación del despojo, el interés por los recursos y por la tierra en la que se encuentran los principales asentamientos de comunidades étnicas. El resultado de esta contradicción ha sido hasta ahora la existencia de un marco constitucional de amplios alcances en el reconocimiento de derechos étnicos, y una realidad fáctica de negación de esos mismos derechos mediante actos que califican fácilmente como barbarie.

---

210 CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y EMPRESARIAL DE LOS PUEBLOS AFROCOLOMBIANOS (ECODESARROLLO). "Caracterización de la población afrocolombiana desplazada lineamiento de política de atención diferenciada", citado por: CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 005 de 2009, op cit.

El desplazamiento de los grupos indígenas y afrocolombianos conlleva una violación grave de los derechos constitucionales específicos de los que son titulares, incluyendo sus derechos colectivos a la integridad cultural y al territorio. Más aún, la relación de los grupos étnicos indígenas y afrocolombianos con su territorio y los recursos presentes en él transforma el desplazamiento forzado en una amenaza directa para la supervivencia de sus culturas<sup>211</sup>.

Según registros oficiales, los departamentos más afectados por el desplazamiento de afrocolombianos durante 1997 y 2007 fueron, a saber: Chocó (24.127 desplazados); Valle del Cauca (22.119 desplazados); Nariño (18.040 desplazados); Antioquia (14.142 desplazados); Bolívar (11.263. desplazados). De la cifra total, 29.140 afrocolombianos desplazados lo hicieron en eventos de desplazamiento masivo y 111.126 lo hicieron de forma individual.

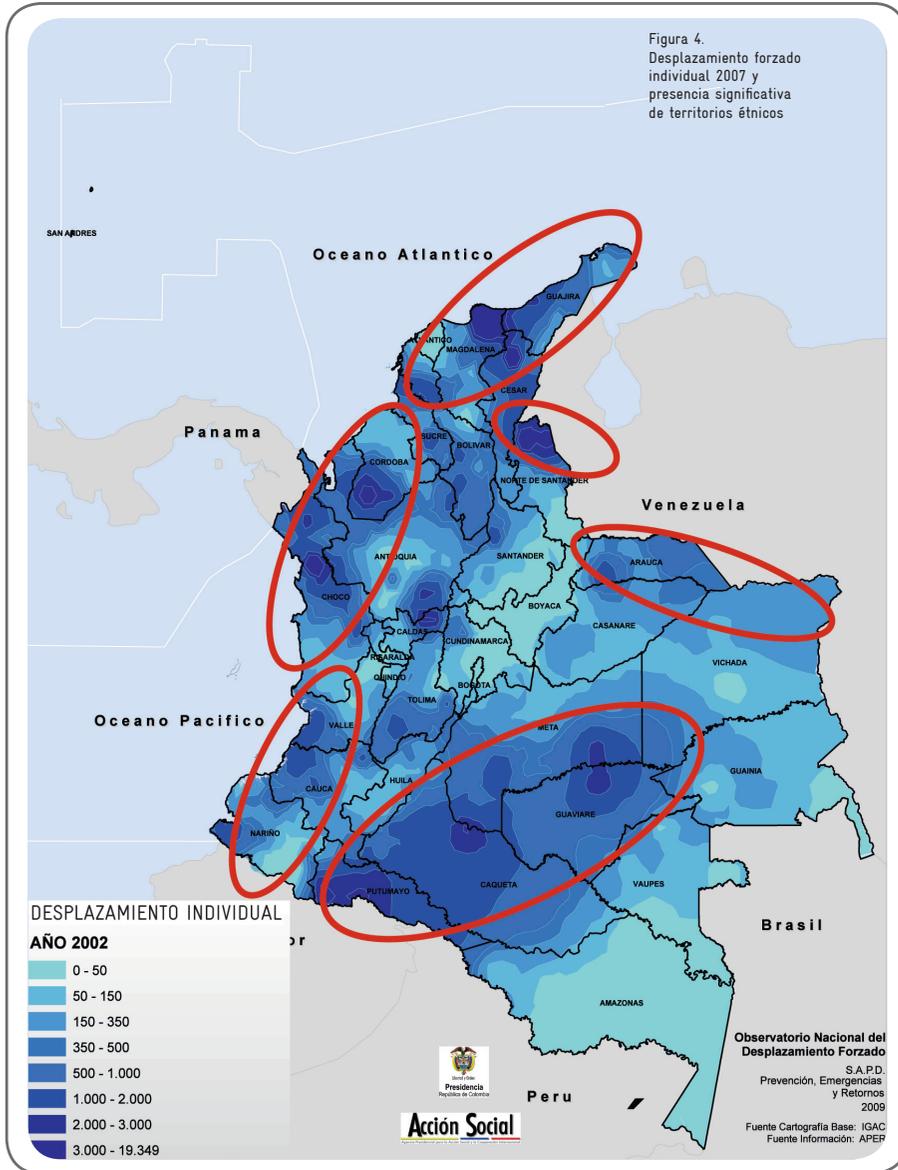
Más allá de las cifras de la población víctima de esta situación, el desplazamiento constituye una estrategia de desterritorialización que implica el despojo no solo de la propiedad sino también de los derechos de uso, la expropiación de los recursos, la destrucción del patrimonio cultural y natural, el confinamiento, la limitación a la libre movilidad, el desconocimiento de la autoridad tradicional, el control económico y social del territorio por parte de actores externos a la comunidad ya sean legales o ilegales. Los registros oficiales (figura 4) muestran el alto número de desplazado en territorios mayoritariamente étnicos, desplazamientos que se registran como individuales, invisibilizando desde el registro, al sujeto colectivo de derechos al no relacionar estos casos con los territorios de origen, lo que se puede contrastar con la intensidad del abandono de tierras en zonas de importante presencia de comunidades étnicas, incluyendo zonas de asentamiento de comunidades negras (figura 5).

---

211 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto n° 218 de 2006 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.



Figura 4.  
Desplazamiento forzado individual 2007 y presencia significativa de territorios étnicos



Fuente: mapa desplazamiento individual  
- personas expulsadas - 2007. Acción Social.  
Observatorio Nacional del Desplazamiento Forzado (2009).

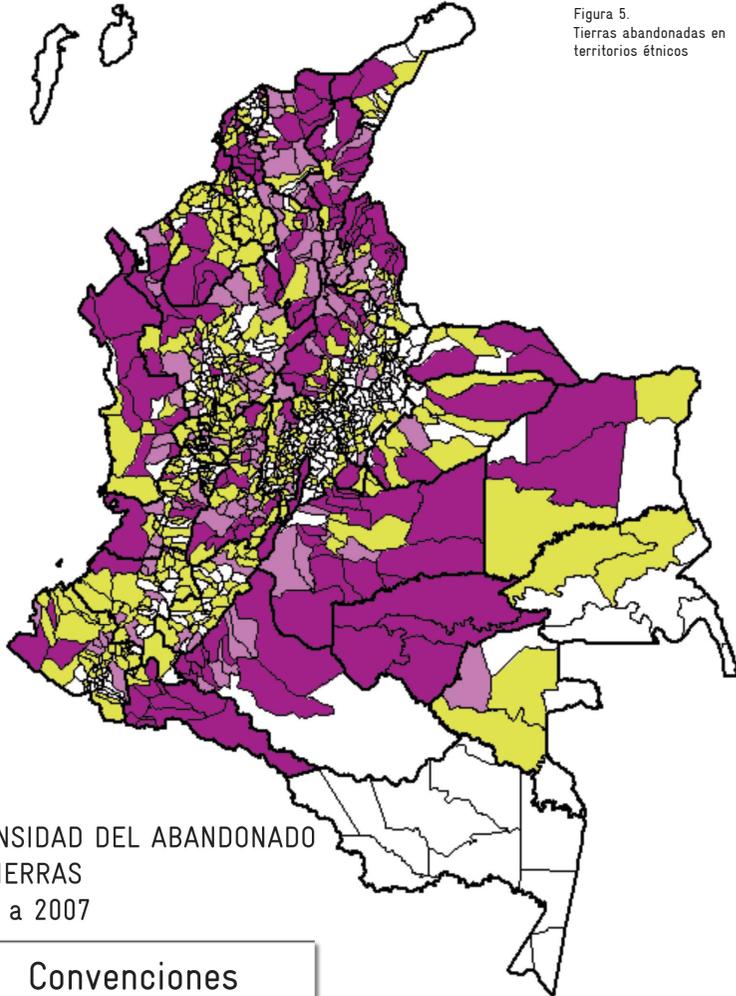
Figura 5.  
Tierras abandonadas en  
territorios étnicos

INTENSIDAD DEL ABANDONO  
DE TIERRAS  
1997 a 2007

Convenciones

POBLACIÓN AFROCOLOMBIANA

-  NO ABANDONADOS
-  Hasta 100 Has.- Bajo
-  Hasta 400 Has.- Medio
-  Mas del 400 Has.- Alto



Fuente: mapa intensidad del abandono de tierras 1997-2007.  
Conferencia Episcopal de Colombia.  
Secretariado Nacional de Pastoral Social (2008).



## e. Daño y afectación de derechos al sujeto colectivo afrocolombiano en el contexto del conflicto armado

Como lo dispuso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>212</sup>, el conflicto armado interno que afecta a Colombia desde hace ya cuatro décadas es de gran complejidad e involucra altos índices de violencia. Por su parte, la Procuraduría concluyó, a partir de la investigación en terreno realizada en 2006 con comunidades afrodescendientes y pueblos indígenas<sup>213</sup>, que las afectaciones a los derechos de los grupos étnicos revisten importantes particularidades por tener en cuenta para un verdadero proceso de justicia, verdad, reparación y no repetición. Para reafirmarlo, anota entre sus conclusiones: “Los integrantes de los grupos étnicos han sido objeto de sistemáticas y masivas violaciones de sus derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario por parte de los actores armados que ignoran el principio de distinción entre combatientes y no combatientes del DIH”<sup>214</sup>.

La Procuraduría General de la Nación señala que el control territorial ejercido por los actores armados —vía retenes, bloqueos, cobro de impuestos a las remesas, entre otras conductas proscritas por el DIH— restringe la libertad de movilización, el acceso a los recursos de subsistencia y la conformación de redes alimentarias y cooperativas, así como los requerimientos para la práctica de la medicina tradicional. La ocupación y militarización de los territorios étnicos, las desapariciones, las ejecuciones extrajudiciales y las detenciones arbitrarias, entre otras conductas violatorias de los DDHH y el DIH, deniegan el goce efectivo del derecho a la autoidentificación, la autogestión, la autodeterminación y, por supuesto, al territorio<sup>215</sup>.

Así, la *afectación* de los derechos y libertades fundamentales de los grupos étnicos, por lo general asociados con el patrimonio inmaterial de las comunidades étnicas, se tipifican como una violación de las garantías y libertades fundamentales reconocidas a dichas comunidades. De acuerdo con la clasificación de la Procuraduría<sup>216</sup>, las violaciones a los DDHH y a los derechos territoriales étnicos están relacionadas con los siguientes hechos<sup>217</sup>:

212 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004, p. 19.

213 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Primero las víctimas*, op. cit., p. 167.

214 *Ibid.*, p. 168.

215 *Ibid.*, p. 168 -179.

216 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Primero las víctimas*, op. cit., pp. 60 y 133.

217 La clasificación elaborada por la Procuraduría General de la Nación tiene directa correspondencia con las afectaciones identificadas por los líderes comunitarios y por los funcionarios de la UFJP, participantes en los talleres realizados para la formulación de este documento.

- ▶ *Desplazamiento forzado (desterritorialización)* por fuera y dentro de los territorios. Teniendo en cuenta que los territorios étnicos son inembargables, imprescriptibles e inalienables, el desplazamiento tiene una afectación desproporcionada en tanto las poblaciones étnicas requieren mantener ciertas condiciones relacionadas directamente con el entorno como soporte de las estructuras y dinámicas culturales y sociales que lo identifican como pueblo. De ahí que la Corte Constitucional haya considerado el desplazamiento como un proceso de desterritorialización<sup>218</sup>.
- ▶ *Ocupación y militarización de los territorios*, lo cual genera confinamiento (bloqueos, toques de queda-vedas). Los pueblos étnicos tienen derecho a la libre movilidad, al uso y manejo de su territorio como parte de su derecho fundamental al territorio, por tanto, cualquier restricción de estas dinámicas implica una violación de este derecho específico<sup>219</sup>.
- ▶ *Homicidios y masacres, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales sobre líderes e integrantes de la comunidad étnica*. La desaparición física de los miembros de la comunidad étnica afecta de manera desproporcionada el tejido social y cultural que define la existencia y permanencia del grupo, afectando no solo la integridad física sino también la integridad cultural que los define como pueblo.
- ▶ *Control territorial y limitación de las actuaciones a la autoridad tradicional y administrativa del territorio colectivo*. Las autoridades étnicas son el punto de integración y referencia simbólica del colectivo, por tanto, restringir el papel que juegan las autoridades frente a sus comunidades implica una afectación directa a su forma de organización político-administrativa, y de manera especial, a su referente espiritual y cultural en tanto estas representan guía y soporte de la comunidad.
- ▶ *Violación, persecución, reclutamiento forzado, sometimiento a servidumbre, asesinato de las mujeres afrocolombianas*, como estrategia de guerra e intimidación contra las comunidades negras.

218 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

219 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 14.



## **f. La mujer afrocolombiana como víctima y el impacto a la construcción del tejido social del sujeto colectivo de derecho**

Entender el papel de la mujer afrocolombiana en la construcción del tejido social y el territorio permite comprender la dimensión del daño y la afectación al sujeto colectivo cuando las víctimas del conflicto son las mujeres negras de los territorios tradicionales o colectivos.

Las mujeres juegan un papel preponderante por su rol socializador de los valores y prácticas culturales, instrumento importante en la defensa del territorio, y por su función como referentes dentro del territorio<sup>220</sup>. Si los hombres demarcan los territorios en su devenir dentro de las actividades productivas, las mujeres lo consolidan desde la formación de las identidades culturales. En un ejemplo simple como el de la alimentación o la salud, es claro que en la medida en que se pierden los conocimientos, y con estos el uso de plantas y animales para la alimentación y la cura de enfermedades, se pierde el valor del territorio como espacio de vida. El cambio cultural de prácticas tradicionales en el uso de los alimentos ha generado serias transformaciones socioeconómicas de dependencia de mercados y prácticas externas al territorio. Así, el territorio deja de ser el proveedor, el satisfactor fundamental del proyecto de vida, y el dinero pasa a ser la necesidad fundamental para la satisfacción de las necesidades alimentarias y de salud. En un círculo vicioso, este cambio de soporte del proyecto de vida (territorio por dinero) implica la extracción indiscriminada de los recursos, el deterioro de ecosistemas y la pérdida de conocimientos y prácticas, lo que deja sin posibilidades una alternativa social basada en otro tipo de relaciones y valores sobre la naturaleza y la vida comunitaria<sup>221</sup>.

Las dinámicas y la función de las mujeres en los sistemas propios de bienestar son gravemente afectados por el conflicto armado, el desplazamiento forzado, el confinamiento, la violencia sexual y el homicidio de las mujeres, actos delictivos que rompen con estas estructuras y la complementariedad de roles, al impactar de manera especial a las mujeres. Por lo general, el control territorial de los grupos armados ilegales al margen de la ley implica la cooptación de las mujeres a través de la

---

220 GRUESO, Libia y ARROYO, Leyla. "Las mujeres y la defensa del lugar del movimiento negro colombiano". En: HARCOURT, Wendy y ESCOBAR, Arturo. *Las mujeres y las políticas del lugar*. México: UNAM, 2007.

221 *Ibid.*

seducción, el engaño y el chantaje mediante amenazas a los integrantes de sus familias, para ser utilizadas como informantes y como esclavas sexuales para luego ser asesinadas<sup>222</sup>.

Sin embargo, existen fuertes obstáculos para la clasificación de delitos por violencia de género. Para Olamendi<sup>223</sup>, la violencia contra la mujer inicia en la norma social y esta se refleja en la norma jurídica, el bien jurídico tutelado y en la descripción de la conducta delictiva, la pena y el trato diferenciado en procedimientos y sentencias judiciales.

En el contexto nacional de conflicto armado y desplazamiento forzado, la Corte Constitucional, por su parte, ha identificado

[...] diez (10) riesgos de género en el marco del conflicto armado colombiano, es decir, diez factores de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres por causa de su condición femenina en el marco de la confrontación armada interna colombiana, que no son compartidos por los hombres, y que explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzoso sobre las mujeres. Estos riesgos son: i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado; ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales; iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia; iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales —voluntarias, accidentales o presuntas— con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados a posteriori por los bandos ilegales enemigos; v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado; vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de

---

222 *Ibíd.*

223 OLAMEDI, Patricia. "Hacia una clasificación de delitos con enfoque de género". Presentación pública, México, 2009.



las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional; vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; viii) el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales; ix) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afro descendientes; y x) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento<sup>224</sup>.

De acuerdo con la Corte Constitucional:

Las mujeres en cuanto integrantes de la población civil son beneficiarias del amparo de dos de los principios axiales del Derecho Internacional Humanitario: i) el principio de distinción, que proscribe, entre otros actos, los ataques dirigidos contra la población civil y los actos de violencia destinados a sembrar terror entre la población civil; y ii) el principio de humanidad y de respeto por las garantías fundamentales del ser humano, que ampara a las mujeres como personas, en relación con quienes existen varias garantías fundamentales directamente aplicables a la situación que conforma el supuesto fáctico de esta sentencia<sup>225</sup>.

No obstante, a pesar de las advertencias de la Corte Constitucional, persisten los delitos contra las mujeres afrocolombianas en zonas donde el conflicto permanece y se intensifica, afectando a la población civil, como en el caso del departamento de Nariño en la Costa Pacífica de Colombia.

[...] los feminicidios cometidos contra mujeres y niñas, en muchas oportunidades, son precedidos de torturas o violencia sexual. Sin embargo, esto no siempre es tenido en cuenta por quienes investigan los hechos. De tal forma, las víctimas aparecen en las denuncias como víctimas de atentados contra el derecho a la vida y se omiten en la investigación los otros delitos que precedieron sus muertes<sup>226</sup>.

224 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 092 de 2008 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

225 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496 de 2008. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

226 MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO. "Primer avance del Informe sobre Violencia contra las Mujeres y las Niñas en el Conflicto Armado Colombiano". Bogotá, abril, 2001. Disponible en: [http://www-mujeryconflictoarmado.org/informes/mca\\_1er\\_avance\\_2001.pdf](http://www-mujeryconflictoarmado.org/informes/mca_1er_avance_2001.pdf).

Aunque el tema de las violencias sexuales contra las mujeres ha ido ganando importancia política y analítica por el compromiso y persistencia en su documentación, visibilización y denuncia por parte de organizaciones integrantes de movimiento social de mujeres, los delitos sexuales en el marco del conflicto armado aún son crímenes invisibles.

[...] Sin embargo, esta grave situación no se refleja en los casos registrados en las entidades de salud, protección y justicia que hacen parte de la ruta de atención a la violencia de género en Tumaco, porque, a pesar de las campañas institucionales que se desarrollan contra la violencia de género, la vergüenza, el temor y la intimidación, detienen a las mujeres para presentar las denuncias contra los delitos sexuales, además, institucionalmente no se han desarrollado acciones para documentarlos y menos para hacerlos visibles<sup>227</sup>.

La Procuraduría General de la Nación por su parte manifestó desde 2008<sup>228</sup> que en situaciones de conflicto armado, las mujeres juegan a menudo un papel decisivo, “por ser ellas el núcleo de la familia y tener bajo su responsabilidad a sus hijos menores de edad”. Por ello, el Procurador General de la Nación insistió en la protección de las víctimas y testigos en los procesos de esclarecimiento judicial de la Ley de Justicia y Paz como uno de los asuntos de mayor trascendencia en el país. “[...] la petición de crear un programa de protección de víctimas es una responsabilidad colectiva que evitaría la degradación y re-victimización sucesiva de sus derechos”<sup>229</sup>. A pesar de los esfuerzos, estas recomendaciones aun están lejos de cumplirse satisfactoriamente, los asesinatos de lideresas afrocolombianas tanto en zonas rurales como urbanas en lo recorrido entre el 2010 y el primer semestre del 2011 así lo indican<sup>230</sup>.

227 ROJAS, Jeannette. “La situación de las mujeres en Tumaco. Informe de consultoría para el Proyecto Mesa Humanitaria para la Inclusión y Participación en las Políticas Públicas y el Reconocimiento de Derechos”. Tumaco, Nariño, agosto, 2010.

228 PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. Escrito radicado No. 1.783.291 de enero 24 de 2008.

229 *Ibid.* Considera la Procuraduría que la selección del expediente referido “permitirá examinar, a la luz de los derechos fundamentales de las mujeres y familias víctimas del conflicto armado, la necesidad imperiosa de implementar y ejecutar un programa de protección de víctimas y testigos de la Ley de Justicia y Paz que se traduciría en la real garantía de efectividad de sus derechos, así como del cumplimiento de los mandatos expresos para alcanzar la reconciliación nacional en la satisfacción de las necesidades de las víctimas”.

230 FORENSIS. “Aproximación a los conceptos de femicidio y homicidio en mujeres; descripción del comportamiento del homicidio en Colombia 2009”. 2009.



## VI. ADECUACIÓN TÍPICA DEL DELITO EN LA VICTIMIZACIÓN DE COMUNIDADES NEGRAS: APROXIMACIÓN DESDE UN ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO

En el marco del conflicto armado colombiano, las comunidades negras han sido seriamente afligidas por todas las partes involucradas en las acciones bélicas, generando daños y afectaciones a las comunidades y sus integrantes. Como sujetos colectivos de derechos, los delitos cometidos contra las comunidades negras generan un impacto desproporcionado<sup>231</sup>, diferente al que puede sufrir un individuo no perteneciente a un grupo de especial protección constitucional. En este sentido, se requiere una adecuación típica del delito que, bajo un enfoque diferencial étnico, tenga en cuenta los daños y afectaciones a los derechos y libertades fundamentales propios de las comunidades afrodescendientes, con el objetivo final de garantizar efectivamente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

### *i. Gravedad del hecho punible, valoración de daños y afectaciones y victimización de las comunidades negras*

La Corte Constitucional ha establecido que la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición solo es posible mediante una adecuada valoración de los daños y afectaciones ocasionados por la comisión del delito. Específicamente, esta corporación ha dicho que

*Los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigar y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo<sup>232</sup>.*

231 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

232 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-004 de 2003. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. Cursivas de las autoras.

Según la jurisprudencia constitucional, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello, los derechos de las víctimas y perjudicados por esos abusos ameritan una mayor protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad<sup>233</sup>.

Además, existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas, que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo, cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta impunidad es aún más grave si puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con el fin de sancionar a los responsables<sup>234</sup>.

Conforme a lo anterior, se diferencia entre los hechos punibles en general y las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario, acorde con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, aplicables en nuestra legislación en virtud del bloque de constitucionalidad. Así, los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario son más intensas que sus obligaciones de investigar y sancionar los delitos en general, sin que ello signifique que estas últimas obligaciones sean de poca entidad. En ese mismo orden de ideas, los derechos de las víctimas y perjudicados por las violaciones a los derechos humanos o las infracciones graves al derecho internacional humanitario, tienen mayor trascendencia que los derechos de las víctimas de los delitos en general, sin que ello signifique que estos últimos derechos no tengan importancia, por lo cual se les otorga el derecho a instaurar la acción de revisión<sup>235</sup>.

Garantizar los derechos de las víctimas implica también abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima en el nivel individual y co-

---

233 *Ibíd.*

234 *Ibíd.*

235 *Ibíd.* Conforme a esta interpretación, la Corte Constitucional ha determinado que la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (Constitución Política, artículo 2) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada.



munitario<sup>236</sup>, con el objeto de que obtengan una reparación de carácter integral, acorde con lo establecido en la legislación nacional y los estándares internacionales.

El derecho a obtener reparación es de carácter integral. Esto significa que su alcance excede la visión meramente económica de la participación de las víctimas dentro de los procesos llevados contra los responsables del daño, y debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima a nivel individual y comunitario. En el plano individual, la Corte ha sostenido que las medidas de reparación se extienden a “i) la *restitutio in integrum*, o reposición de la situación a su estado original; ii) la indemnización o reparación por equivalencia en dinero, y iii) la satisfacción o reparación moral”. *En el plano comunitario, también las víctimas colectivas de violaciones de sus derechos humanos o de delitos por parte de grupos armados al margen de la ley, tienen derecho a una reparación colectiva que exige por parte del Estado la implementación de medidas económicas y simbólicas de satisfacción colectiva, garantías de no repetición, y acciones orientadas a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia*<sup>237</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en lo que atañe a la victimización de las comunidades negras, es aplicable una valoración diferencial de los delitos cometidos en contra de esta población por dos circunstancias: de una parte, las comunidades negras han sufrido reiteradas violaciones a los derechos humanos y graves violaciones al derecho internacional humanitario, las cuales, en su mayoría, reposan aún en la impunidad. Ello acarrea un deber especial de las autoridades para investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones; de otra parte, conforme a su condición constitucional como sujetos colectivos de derechos, y con ello los derechos propios reconocidos en la legislación colombiana y los estándares internacionales aplicables, se requiere una valoración del delito que establezca todos los daños y las afectaciones a los derechos y libertades de las comunidades negras y sus integrantes.

236 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-458 de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

237 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-575 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-1199 de 2008. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia T-458 de 2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Cursivas de las autoras.

Los delitos cometidos contra las comunidades negras, como sujetos colectivos de derechos, generan daños y afectaciones a sus derechos y libertades fundamentales, diferentes a los que un individuo que no hace parte de un sujeto colectivo o grupo especial protegido pueda sufrir. Como consecuencia de ello, las comunidades padecen impactos diferenciales. En síntesis, se requiere valorar la gravedad del hecho punible y de todos los daños y las afectaciones a los derechos y libertades fundamentales, generados individual y colectivamente a la comunidad, para satisfacer adecuadamente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

A modo de ejemplo, a continuación se plantea el daño y afectaciones particulares que se generan por la comisión de delitos, y el impacto específico que estos tienen en las comunidades afrodescendientes:

Tabla 1. Daños, afectaciones e impactos generados por la comisión de delitos contra la comunidad negra

Delito	Derecho afectado	Daño/afectación	Impacto
<b>Introducción de cultivos para uso ilícito</b>	Territorio Autonomía Gobernabilidad	<i>Daño:</i> degradación, usurpación del patrimonio natural <i>Afectación:</i> al uso de la medicina tradicional como componente de la integridad cultural	- Pérdida de ecosistemas - Pérdida de conocimientos tradicionales y prácticas culturales
<b>Desplazamiento forzado masivo</b>	Territorio Autonomía	<i>Daño:</i> ocupación y destrucción de bienes materiales <i>Afectación:</i> desterritorialización	Despojo del patrimonio material (bienes muebles e inmuebles, incluido el territorio) Pérdida del patrimonio cultural inmaterial
<b>Homicidio</b>	Identidad e integridad cultural	<i>Afectación:</i> desestructuración del tejido social al prescindir de un miembro de la comunidad con conocimientos y técnicas particulares	Pérdida de conocimientos tradicionales y prácticas culturales



<b>Delito</b>	<b>Derecho afectado</b>	<b>Daño/afectación</b>	<b>Impacto</b>
<b>Desaparición forzada</b>	Identidad e integridad cultural	<i>Afectación:</i> desestructuración del tejido social al prescindir de un miembro de la comunidad con conocimientos y técnicas particulares.	Pérdida de conocimientos tradicionales y prácticas culturales
<b>Reclutamiento de menores</b>	Identidad e integridad cultural	<i>Afectación:</i> rompimiento de las relaciones de género y generación y de la reproducción de la cultura, la transferencia de conocimientos y de la memoria colectiva	Pérdida de conocimientos tradicionales y prácticas culturales
<b>Acceso carnal violento</b>	A la integridad física y cultural	<i>Daño:</i> violencia sexual contra las mujeres principalmente <i>Afectación:</i> rompimiento de las relaciones de género, desintegración familiar	Ruptura del tejido social  Desplazamiento forzado

**ii. *Adecuación típica del delito en la victimización de comunidades negras***

La adecuación típica del delito en la victimización de comunidades negras requiere la aplicación de un enfoque diferencial étnico que garantice los derechos propios de estas comunidades como sujetos colectivos de derechos, conforme a la gravedad del hecho punible. Solo a través de la implementación de un enfoque respetuoso y garantista de los usos, costumbres

y tradiciones de la población afrocolombiana, es posible hacer una valoración adecuada de los daños y afectaciones sufridas por la comunidad negra y sus miembros, y con ello, una reparación colectiva acertada.

A continuación, partiendo de la tipología de delitos contemplados en el marco jurídico nacional e internacional, se realiza una aproximación a la tipificación del delito en la victimización de comunidades negras desde un enfoque diferencial étnico. Para ello, se han seleccionado algunos delitos que han afectado significativamente el tejido social y los rasgos socio-culturales de la comunidad negra, a saber: homicidio, desplazamiento y confinamiento, acceso carnal violento y reclutamiento ilícito de menores.

#### ***a. Homicidio y su impacto en el sujeto colectivo***

Para las comunidades negras el asesinato de uno de sus miembros, además de involucrar la pérdida física de la persona, genera una afectación desproporcionada para el tejido social y cultural que define la existencia y permanencia del grupo, afectando no solo la integridad física, sino también la integridad cultural que los define como pueblos. Cabe recordar que dentro de la comunidad, cada uno de sus integrantes juega un rol esencial en el desarrollo y mantenimiento de oficios, saberes y usos de acuerdo con categorías de generación y género.

Por ejemplo, para las comunidades negras, la pérdida de uno de sus integrantes puede significar el desaparecimiento de un líder tradicional, de un portador o portadora de saberes tradicionales (que solo se transmiten a través de la oralidad), de un curandero o curandera. El quebranto en el traspaso de saberes y de oficios que implica el homicidio de uno solo de sus integrantes puede constituir, en el fondo, el resquebrajamiento del tejido social construido a través de los años.

En esta medida, la valoración de daño no solo debe ser individual sino, también, colectivo. Específicamente, el desaparecimiento físico de uno de los miembros de una comunidad implica, por una parte, desde la dimensión individual, un daño material y un daño emergente. De otro lado, un daño al proyecto de vida de la comunidad, la alteración de las condiciones de existencia de esta. Así mismo, cuando el homicidio está vinculado a continuas amenazas y represalias contra la comunidad, puede generarse un daño inmaterial para la comunidad, por la angustia y sufrimiento a la que ha sido expuesta. Estos daños deben ser de forma conjunta, pues los daños colectivos no excluyen los daños individuales.



***b. Desplazamiento forzado y confinamiento de las comunidades negras***

El desplazamiento forzado y el confinamiento de la población conllevan graves afectaciones para la identidad cultural de la comunidad y su relación con el territorio. En lo que respecta al desplazamiento, el proceso de desterritorialización de la comunidad afecta de manera desproporcionada la relación directa que esta establece con el entorno como soporte de las estructuras y dinámicas culturales y sociales que lo identifican como pueblo. Así mismo, la ocupación y militarización de los territorios, generando confinamiento de la población, limita la libre movilidad, el uso y manejo de sus territorios.

Así, el desplazamiento forzado y el confinamiento de la comunidad implican un daño colectivo. Concretamente, este se traduce en un daño material, por el menoscabo del patrimonio cultural material y natural (bienes muebles e inmuebles, incluido el territorio), así como la alteración de las condiciones de existencia de la comunidad, por el detrimento del patrimonio cultural inmaterial (la relación con el territorio, constitutivo de la identidad e integridad cultural de la comunidad).

Cabe recordar que en el conflicto colombiano, algunos actores armados al margen de la ley, con el objeto de desplazar o confinar a las poblaciones, acuden a estrategias de terror sistemático, intencionalmente infligido, para lograr sus objetivos. Bajo esta perspectiva, el desplazamiento o confinamiento de las comunidades se encuentra precedido de actos de tortura, expresados a través de amenazas y hostigamientos que generan en la comunidad un intenso sufrimiento psicológico. Esta es otra grave afectación por la que atraviesan las comunidades en los procesos de desterritorialización, que genera daños individuales y colectivos a la comunidad y a sus miembros.

***c. Acceso carnal violento y otros delitos de género contra la comunidad negra***

Cuando las mujeres integrantes de una comunidad negra son sometidas a actos de violación u otros delitos de género, como estrategia de lesión a la comunidad o de control territorial, de desplazamiento o desarraigo, o de imposición de pautas de control social asociadas con el control de la zona por parte de los grupos, no solo se genera un daño individual, sino además un daño colectivo. En efecto, los terribles daños psicológicos que implican este tipo de delitos sobre la persona directamente afectada,

pueden trascender a la esfera de la comunidad, pues perturban el papel y oficios específicos que las mujeres juegan dentro del tejido social, y, con ello, quebrantan la identidad cultural propia de la comunidad.

Cuando el acceso carnal violento es cometido con el claro propósito de afectar la estructura de la comunidad o de generar terror generalizado en la población para producir un desplazamiento de la comunidad, se configura, además, el delito de tortura<sup>238</sup>. Consecuentemente, a parte de los evidentes daños individuales físicos y morales que se ocasionan a la víctima, el terror que se produce en la comunidad acarrea daños colectivos, como el daño moral que atraviesa la comunidad y las alteraciones de las condiciones de existencia.

Otra situación vinculada al acceso carnal violento de las niñas, adolescentes y mujeres de la comunidad negra es su reclutamiento con la finalidad de esclavitud sexual<sup>239</sup>. En este escenario, el reclutamiento forzado de las mujeres afrocolombianas debe ser valorado desde una visión del daño colectivo, pues se rompen los lazos de género que se construyen en las comunidades, obviamente, sin dejar de lado los daños individuales padecidos por la víctima.

---

238 Código Penal, artículo 137: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses”.

Código Penal, artículo 178: “El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1.066.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior. No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas”.

239 Código Penal, artículo 141: “El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Código Penal, artículo 188-A: “[...] Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.



***d. Reclutamiento ilícito de menores, afectaciones al sujeto colectivo***

Como parte de los rasgos socioculturales característicos de las comunidades afrodescendientes, se encuentran las formas de generación y validación de conocimiento que se transmiten por tradición oral. En este panorama, niños, niñas y jóvenes desempeñan un papel fundamental como aprendices y próximos portadores de los usos, costumbres y tradiciones propias de su comunidad. No obstante, cuando un menor es reclutado ilícitamente, estos procesos de aprendizaje y recreación cultural generacional se interrumpen abruptamente.

Evidentemente, el delito de reclutamiento ilícito genera un daño individual considerable para el menor reclutado. Pero, simultáneamente, se genera una afectación a la identidad cultural de la comunidad negra. Por tanto, estos daños deben valorarse conjuntamente, recordando que la salida forzada del niño, niña o adolescente del seno de su comunidad, acarrea alteraciones en las condiciones de existencia y el proyecto de vida de la comunidad.

Ahora bien, un asunto de mayor trascendencia para la comunidad, en términos de afectación de derechos, es cuando este niño, niña o joven reclutado ilícitamente comete delitos contra su propia comunidad. Allí, el daño colectivo no solo radica en los daños materiales causados por este sujeto, sino en los daños morales, generados por el sufrimiento psicológico que esta situación provoca para la comunidad, más aún, cuando el joven debe ser sometido a un proceso de justicia dentro de la comunidad y expulsado por este hecho.

## VII. PROCESOS ALTERNATIVOS DE JUSTICIA Y PAZ

### a. Jurisdicción especial y justicia ordinaria en los procesos de Justicia y Paz. Experiencias y el caso colombiano

La rama judicial en Colombia, según los artículos 174 y 175 de la Constitución Política, es la encargada de administrar justicia y está investida de poder y autoridad para resolver los conflictos entre los particulares, y entre estos y el Estado. No obstante, debido a la morosidad de los trámites judiciales y en algunos casos, a la incapacidad del Estado para impartir justicia de manera pronta, en Colombia los mecanismos alternativos de solución de conflictos figuran como una opción complementaria para que los particulares voluntariamente resuelvan sus conflictos sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional del Estado.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado:

Para la Corte resulta claro que *la justicia estatal formal no siempre es efectiva*, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales [...]. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva *complementan* las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello [...] son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos<sup>240</sup>.

Para la Corte Constitucional, estas alternativas privadas para la solución de conflictos no deben ser impuestas unilateralmente por el Estado con el fin de solucionar los problemas estructurales que aquejan a la administración de justicia, porque en vez de propender por la eficacia de esta función pública, se estarían generando serios problemas prácticos producto del resquebrajamiento de la autonomía privada y la consecuente desconfianza de las partes en los árbitros y conciliadores<sup>241</sup>.

240 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2001. MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Marco Gerardo Monroy Cabra. *Cursivas de las autoras.*

241 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-893 de 2001. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.



Por ello, es necesario que el Estado y la sociedad civil aúnen esfuerzos para construir un sistema judicial eficiente, porque la necesidad de justicia no es independiente de otras necesidades sociales<sup>242</sup>.

Ahora bien, se ha considerado que los sistemas tradicionales e informales de justicia tradicional deben ser adoptados para desarrollar soluciones apropiadas para una historia de guerra civil y opresión<sup>243</sup>. Al respecto, Naciones Unidas ha señalado que “debe prestarse la debida atención a las tradiciones étnicas e informales para la administración de justicia o de solución de controversias, para ayudarlos a continuar con su papel, a menudo vital, y para hacerlo de conformidad con las normas internacionales y las tradiciones locales”<sup>244</sup>.

En Colombia, tal como lo reconoce la Constitución Política y las leyes, las comunidades étnicas poseen sistemas de justicia propios y autoridades étnicas encargadas de adelantar procesos de justicia y reconciliación según sus usos, tradiciones y costumbres, las cuales no pueden ser desconocidas. Estos sistemas de justicia pueden jugar un rol trascendental en el actual conflicto colombiano, en tanto permitirían la participación activa de las comunidades y, por sobre todo, porque son el mecanismo idóneo para la valoración adecuada de los daños y afectaciones ocasionadas por las conductas delictivas de los grupos al margen de la ley.

Evidentemente, no se trata de una sustitución del sistema judicial. Acá se propone la jurisdicción tradicional de las comunidades como un mecanismo alternativo de solución de conflictos complementario a la justicia ordinaria. En este sentido, se formula que, como parte de las estrategias para construir la paz en Colombia, se hable no de un proceso de justicia transicional, sino de *procesos de justicia transicional* donde la jurisdicción ordinaria y tradicional de las comunidades proceda conjunta y armónicamente en la solución de conflictos<sup>245</sup>.

---

242 *Ibid.*

243 HUYSE, Luc. “Introduction: Tradition-Based Approaches in Peacemaking, Transitional Justice and Reconciliation Policies”. En: HUYSE, Luc y SALTER, Mark. *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. Estocolmo: IDEA, 2008, p. 3.

244 ANNAN, Kofi. *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and PostConflict Societies*. NACIONES UNIDAS, Informe de agosto de 2004, p. 12.

245 Un ejemplo de diálogo entre sistemas de justicia es la iniciativa del programa Casas de Justicia (regulado en el Decreto 1477 de 2000) cuyo objeto es facilitar a la comunidad el acceso a la justicia, prioritariamente en las zonas marginales, en las cabeceras municipales y en centros poblados de los corregimientos. Las casas de justicia son centros multiagenciales de información, orientación, referencia y prestación de servicios de resolución de conflictos, donde se aplican y ejecutan mecanismos de justicia formal y no formal. Con estas se pretende acercar la justicia al ciudadano, orientándolo sobre sus derechos, previniendo el delito, luchando contra la impunidad, facilitándole el uso de los servicios de justicia formal y promocionando la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Este espacio ha sido importante para las comunidades negras que han podido concertar en base a sus tradiciones y costumbres.

La complementariedad entre ambos sistemas de justicia, en el caso de los delitos cometidos contra comunidades étnicas, permitiría abarcar una mayor cantidad de casos local, regional y nacionalmente, con respeto de la legislación colombiana y las tradiciones de las comunidades. Así mismo, se presenta como una oportunidad para descongestionar el sistema judicial, específicamente en los casos adelantados bajo el proceso de Justicia y Paz de la Ley 975 de 2005.

Esta propuesta no busca que las autoridades étnicas de la comunidad negra se conviertan en instancias penales en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Su rol complementario se enfocaría: primero, en ser un puente entre la jurisdicción ordinaria y jurisdicción tradicional, aportando elementos claves para la determinación de los daños y afectaciones colectivas; segundo, en la participación directa dentro del proceso como voceros de la comunidad negra; tercero, y tal vez el más importante, aplicando los mecanismos propios de solución de conflictos para la consecución de la verdad y la reconciliación entre víctimas y victimarios, acorde con sus costumbres y tradiciones. Estas actuaciones, evidentemente, deben concertarse entre las autoridades judiciales competentes y los líderes comunitarios con el objetivo de establecer con claridad los procedimientos complementarios de solución de conflictos en el marco del proceso de Justicia y Paz.

Además, cabe resaltar que la Corte Constitucional, en el Auto del 18 de mayo de 2010, ha reconocido el papel trascendental que juegan las autoridades étnicas en el tejido de la comunidad negra para la solución de conflictos, dándose así los primeros pasos para consolidar la interacción entre la justicia ordinaria y la justicia tradicional acá propuesta. Específicamente, la Corte determinó que el derecho fundamental a la participación de las comunidades negras se garantiza, aunque no se agota, con el reconocimiento de los consejos comunitarios como autoridades administrativas internas, los cuales están facultados para tomar decisiones relativas a la vigencia de derechos individuales y colectivos, en representación de la comunidad<sup>246</sup>.

Para soportar esta proposición, a continuación se exponen algunas experiencias africanas que dan cuenta de la posibilidad real, en el marco de los procesos de justicia transicional, de que la jurisdicción ordinaria y la

---

246 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto del 18 de mayo de 2010 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Luis Ernesto Guevara. Véanse: “Consideraciones”, numeral 2 sobre “Retraso en el cumplimiento de la orden cuarta del Auto 005 de 2009”.



jurisdicción especial de las comunidades étnicas se complementen para lograr la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Estas estrategias tienen en común el respeto por las tradiciones propias de las comunidades étnicas, promoviendo espacios de reconciliación diferentes a los ofrecidos por el sistema legal estatal.

*i. África: experiencias de justicia transicional y justicia tradicional*

Como estrategia de construcción de paz, algunos procesos de justicia transicional han adoptado mecanismos de solución de conflictos fundados en sistemas tradicionales de justicia propios de las comunidades étnicas. Estos mecanismos de justicia complementaron los sistemas convencionales de administración de justicia y jugaron un rol central en la promoción de la justicia, la reconciliación y la edificación de una cultura democrática.

África ha sido pionero en la implementación de estas estrategias. Específicamente en Ruanda, Mozambique y Uganda, con sus particularidades, los mecanismos tradicionales de justicia fueron esenciales para remediar los problemas derivados del legado de conflictos violentos que emergieron en la región. A continuación se expone cada uno de estos casos, no sin antes advertir que estas experiencias son citadas como ejemplos de complementariedad entre la justicia ordinaria y la justicia tradicional en procesos transicionales, lo cual no implica una asimilación automática al caso colombiano.

En efecto, estas experiencias poseen características especiales, que distan del contexto colombiano, al ser implementadas para responder a conflictos de carácter étnico. En Colombia, el conflicto armado interno tiene una clara motivación económica y las estrategias de justicia transicional se vienen adelantando mientras el conflicto sigue vigente, por lo cual los casos que se describen a continuación deben ser analizados teniendo en cuenta estas diferencias.

▶ **Ruanda**

El 6 de abril de 1994 el avión que transportaba al entonces presidente Juvenal Habyarimana fue derribado sobre el suelo de la capital, Kigali, episodio que inició una campaña de violencia genocida contra la minoría tutsi por parte de los bahutu que pertenecen al grupo étnico mayoritario, y que en dicha época se oponían al régimen. En el lapso de

100 días, aproximadamente 800.000 personas murieron. El genocidio de Ruanda se llevó a cabo en el contexto de una guerra civil y un intento fallido por introducir la democracia multipartidista<sup>247</sup>.

Tras estos episodios de violencia, la reconciliación fue un elemento predominante en la ideología del posconflicto, mientras que el objetivo general de la justicia por crímenes de genocidio (en el sentido de rendición de cuentas) fue uno de los pilares del régimen. En esta coyuntura surgió la necesidad de adoptar las tradiciones socioculturales de Ruanda para conseguir la construcción de una cultura democrática. Concretamente, se instalaron las cortes Gacaca, de stirpe tradicional, casi precolonial, con el propósito de combatir el genocidio, erradicar la cultura de la impunidad y reconciliar a los ruandeses satisfaciendo el principio de unidad<sup>248</sup>.

La justicia *gacaca*, en la cosmología ruandesa, está concebida para restaurar el orden y la armonía. Su objetivo principal es lograr el restablecimiento de la armonía social y el establecimiento de la verdad sobre lo sucedido, el castigo al autor o incluso la compensación a través de un regalo. Estos últimos elementos, aunque pueden formar parte de la resolución, son tenidos en cuenta por la tradición *gacaca* como subsidiarios para el retorno de la armonía de los linajes y la purificación del orden social<sup>249</sup>.

Después del genocidio, y ante la inexistencia de un aparato judicial, las características de la tradición *gacaca*<sup>250</sup> motivaron a las autoridades para instalar las cortes *gacaca* para perseguir y juzgar a los perpetradores de crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 1 de octubre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994. Las cortes *gacaca* tienen cinco objetivos: establecer la verdad acerca de lo sucedido, acelerar los procedimientos legales para los acusados de crimen de genocidio, erradicar la cultura de impunidad, reconciliar a los ruandeses y reforzar la unidad y utilizar la capacidad de la sociedad para lidiar con los problemas a través de una justicia basada en las costumbres ruandesas<sup>251</sup>.

---

247 INGELAERE, Bert. "The Gacaca Courts in Rwanda". En: HUYSE, Luc y SALTER, Mark. *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. Estocolmo: IDEA, 2008, p. 25.

248 *Ibid.*, p. 32.

249 *Ibid.*, p. 33.

250 La tradición *gacaca* funciona como un mecanismo alternativo e informal de solución de conflictos provincial, siendo fundamentalmente utilizada por aquellos que no aspiraban acudir a la justicia formal. En esta medida, la justicia *gacaca* representa una proximidad entre los particulares y la justicia y un mecanismo útil de descongestión del aparato judicial ordinario. A pesar de la introducción de algunos elementos formales y su relación instrumental con la estructura judicial general, el carácter conciliador e informal de la tradición *gacaca* sigue siendo piedra angular de la institución. *Ibid.*, p. 34.

251 *Ibid.*, p. 38.



Para facilitar el proceso, las cortes *gacaca* siguen tres principios fundamentales:

- a. De un lado, la descentralización de la justicia mediante la instalación de numerosos tribunales en todas las unidades administrativas de la sociedad, donde el procedimiento es dirigido por una persona laica y cuenta con la participación activa de toda la sociedad.
- b. De otro lado, la negociación de los cargos para aumentar la cantidad de pruebas e información, en donde el acusado debe dar, con el mayor detalle posible, toda información sobre el crimen y ofrecer disculpas al público con el fin de que su confesión se acepte y se reduzca la pena. Una confesión considerada como completa y sincera, acompañada de una solicitud de indulto, es requisito previo para la liberación profesional, lo cual alimentó el número de confesiones en la prisión *gacaca* que empezó a funcionar en 1998.
- c. Por último, la categorización según el delito. Los sospechosos de crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad son procesados en un sistema de tribunales paralelos. Los identificados como mayores responsables y los orquestadores de la violencia son juzgados por los tribunales ordinarios, mientras que otros son juzgados por los tribunales *gacaca*. Los sospechosos se clasifican en diferentes categorías, de acuerdo con el(los) delito(s) cometido(s). La categoría determina qué tribunal debe juzgar y el alcance de las sanciones aplicables. La pena varía no solo según la gravedad del delito, sino también en función de si el autor ha confesado el(los) delito(s) y el momento en que dicha fue efectuada<sup>252</sup>.

### ► Mozambique

En la década de 1960, el Frelimo (Frente de Liberación de Mozambique) inició una lucha armada por la independencia en el norte del país, lo que marcó el comienzo de la guerra y los conflictos violentos que continuarían por casi tres décadas. La guerra anticolonial se prolongó durante diez años (1964-1974). Las zonas rurales fueron los principales campos de batalla y sus poblaciones fueron las más afectadas. El Acuerdo de Paz de Lusaka entre Frelimo y las autoridades portuguesas condujo a la independencia a finales de junio de 1975. La paz, sin embargo, duró poco. Inicialmente, la violencia posterior a la independencia fue

---

252 *Ibid.*, p. 39.

provocada por fuerzas externas. El régimen de Ian Smith, de la antigua Rodesia, invadió Mozambique con el pretexto de que los soldados del Ejército de Liberación Nacional Africana de Zimbabue (ZANLA) habían encontrado un refugio allí. El Ejército de Rodesia causó estragos en Mozambique en 1977, perpetrando la masacre en Inhazonia en Barue. La guerra civil, iniciada por la Resistencia Nacional Mozambiqueña (Renamo) empezó al mismo tiempo<sup>253</sup>.

Durante la transición de la guerra a la paz de los años noventa no hubo debate público sobre las formas de abordar el legado de la guerra. De hecho, diez días después de la firma del Acuerdo General de Paz, el 4 de octubre de 1992, la Asamblea Popular controlada por el partido Frelimo promulgó la Ley 15 de 1992 que prevé una amnistía para los crímenes cometidos entre 1979 y 1992. Ningún sector de la población debatió la posibilidad de contemplar mecanismos de verdad y justicia para corregir los errores del pasado, ni exigían a las autoridades e involucrados en las hostilidades, ofrecer disculpas ni reconocer el sufrimiento de las víctimas. Esto solo evidenció la falta de interés por otorgar un espacio a las víctimas en el proceso transicional<sup>254</sup>.

No obstante lo anterior, en Gorongosa, la población inició autónomamente un proceso de reconciliación. Después de la firma del Acuerdo General de Paz, los jefes tradicionales hicieron un llamado a la resolución pacífica de los conflictos, promoviendo el mensaje general de la reconciliación entre las víctimas de la guerra y el alejamiento de la venganza.

Dentro de estas estrategias se destaca la práctica de los espíritus *magamba*<sup>255</sup>. La gente en Gorongosa, considera que la muerte de los individuos a través de actos traumáticos, o la ruptura de tabúes, como el asesinato de seres humanos sin legitimación metafísica y social es un delito que requiere una acción inmediata de reparación a través de rituales de expiación. Si el mal no es reconocido, el espíritu de la víctima inocente volverá al reino de los vivos para luchar por la justicia. Por tanto, a través de la aparición de los espíritus *magamba*, se crearon espacios sociales para rescatar el silencio de los muertos y de sus familias frente a las secuelas que dejó la violencia en la región<sup>256</sup>.

253 DIAS-LAMBRANCA, Victor y DIAS-LAMBRANCA, Beatrice. "Restorative Justice and The Role of Magamba Spirits in Post-Civil War Gorongosa, central Mozambique". En: HUYSE, Luc y SALTER, Mark. *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. Estocolmo: IDEA, 2008, p. 62.

254 *Ibid.*, p. 65.

255 *Ibid.*, p. 68. Los espíritus *magamba* son propios de las tradiciones socioculturales de Gorongosa, donde se considera que los espíritus causan diferentes sufrimientos, pero este sufrimiento puede ser transformado en un poder curativo donde los curanderos juegan un rol fundamental. Especialmente, con los espíritus *magamba*, los procedimientos seguidos para transformar la aflicción en curación, en el marco de espacios sociales y el impulso de la justicia restaurativa.

256 *Ibid.*, p. 69.



En este sentido, los espíritus *magamba* evocan formas socioculturales de justicia y reconciliación después de un horrible pasado, lo que permite a las comunidades devastadas por la guerra, contener la violencia, restablecer el orden social y fomentar un sentido de continuidad e identidad comunal. En el proceso de determinar el impacto general de los espíritus *magamba* en Mozambique, es claro que estos espíritus y las prácticas que evocan contribuyen de manera decisiva a las formas cotidianas de reconstrucción posguerra de las instituciones del Estado de Mozambique, a través de la prestación de asistencia y el acceso a ciertos tipos de verdad y justicia. Por otra parte, los espíritus y curanderos *magamba* refuerzan la idea de la pluralidad de instituciones africanas de justicia, la reconciliación y la sanación. Así, procesos socioculturales de los espíritus y curanderos *magamba* permiten sobrevivientes de la guerra para alcanzar la justicia, y esto es la creación de la curación y la reconciliación en el centro de Mozambique<sup>257</sup>.

### ► Uganda del Norte

Desde su independencia en 1962, Uganda se ha visto afectada por motivos étnicos y la violencia política. Arraigadas divisiones y la polarización se mantienen entre los diferentes grupos étnicos, y estos se han exacerbado en gran medida por la forma en que la dirección del país se ha desarrollado desde la independencia. El actual movimiento de Resistencia Nacional (NRM) está en el poder durante los últimos años y solo recientemente se abrió el espacio político después de más de veinte años de gobierno monolítico. El predominio del manejo de los recursos naturales ha generado el surgimiento de grupos que luchan por motivos étnicos o de las milicias y la creación de algunas estructuras militares no institucionalizadas y personalizadas. En los últimos años, todo esto ha traído la etnia a la palestra para reclamar una forma ideológica como una forma de reclamar ante un grupo de apoyo. Las acusaciones de toma de poder étnico-regionales y los enfrentamientos se han extendido, y se reflejan en los sucesivos conflictos armados, el más devastador y duradero es el actual conflicto en el norte de Uganda<sup>258</sup>.

En la ciudad de Juba, en el sur de Sudán, el 14 de julio de 2006 se dio un encuentro entre los dos beligerantes con el fin de llegar a un acuerdo de paz global. Allí se analizaron los temas de cese de las hostilidades,

257 *Ibid.*

258 OJERA, James. "Northern Uganda: Tradition-Based Practices in the Acholi Region". En: HUYSE, Luc y SALTER, Mark. *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. Estocolmo: IDEA, 2008, p. 85.

soluciones integrales a los conflictos, la reconciliación y la rendición de cuentas, una tregua formal y el desarme, desmovilización y reintegración. El 26 de agosto de 2006, finalmente, se firmó el acuerdo de cese de hostilidades<sup>259</sup>. Los equipos negociadores en las conversaciones de paz en curso en Juba acordaron la aplicación de la justicia tradicional *acholi*<sup>260</sup>, entre otros temas, como uno de los mecanismos apropiados para resolver los problemas de rendición de cuentas y la reconciliación.

Mato Oput es uno de los ritos religiosos de la reconciliación en la tradición acholi, basado en los principios de verdad, rendición de cuentas, compensación y restauración de las relaciones, y el cual es utilizado en casos de asesinato accidental o intencional. El Mato Oput es un proceso independiente y transparente, en cual los ancianos juegan un rol vital como árbitros de la disputa. Una vez la ofensa es cometida, los ancianos intervienen para separar a los clanes involucrados y prevenir represalias, y, posteriormente, inician un proceso de establecimiento de los hechos del crimen fundados en las pruebas otorgadas por testigos de ambas partes. Luego, los mediadores informan a las partes sobre los hechos ocurridos y determinan la compensación por pagar por parte del perpetrador, la cual puede variar acorde con la gravedad del crimen. Una vez la compensación ha sido efectuada, se inicia el rito Mato Oput para restaurar las relaciones entre los clanes y lograr la reconciliación entre la víctima y el perpetrador<sup>261</sup>.

Este mecanismo de justicia tradicional del pueblo Acholi ha sido fundamental frente a los niños, niñas y jóvenes reclutados forzosamente por amabas partes del conflicto, quienes fueron obligados a asesinar a miembros de sus comunidades u otros clanes. Se considera que sin el rito Mato Oput la persona no puede reintegrarse a su familia y su comunidad<sup>262</sup>

---

259 *Ibid.*, p. 99.

260 La sociedad acholi cree firmemente que el hombre es un ser sagrado cuya sangre no debe ser derramada sin justa causa. Dentro de una comunidad, si una persona mata a otra(s) persona(s) de la misma o un clan diferente, el asesinato podría provocar la ira de los dioses y los espíritus ancestrales de la(s) víctima(s). Estos dioses enojados y los espíritus de los antepasados permiten, o incluso invitan a los malos espíritus para invadir granjas y dañar a los habitantes. Por otra parte, estos asesinatos automáticamente crean una barrera sobrenatural entre el clan del asesino y el clan de la(s) persona(s) que ha(han) sido asesinada(as). Tan pronto como el asesinato ocurre, los miembros de los dos clanes de inmediato dejan de comer y beber del mismo recipiente o vasija, y cesa la participación en la interacción social de cualquier forma. Esta barrera sobrenatural permanece en vigor hasta que se corrige el pecado y un rito religioso de la reconciliación se ha realizado para limpiar la mancha. *Ibid.*, p. 103.

261 BAINES, Erin. "The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda". En: *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 91-114.

262 MUWONGE, Maxie. *Community Based Reintegration of Ex-Combatants: A Case Study of The Lords Resistances Army in Northern Uganda*. Uganda: Four International Institute for Peace Through Tourism African Conference: Educators Forum, 2007, p. 8.



## **b. El Diálogo intercultural como mecanismo para la valoración de los daños, violación de DDHH y DIH e identificación de conductas delictivas en el caso de las comunidades afrodescendientes**

Según el informe del Eje de Derechos Humanos y Derecho internacional Humanitario del Plan Integral de Largo Plazo para la Población Negra, Afrocolombiana, Palenquera y Raizal<sup>263</sup>, las dificultades para el acceso a la justicia en el caso de la comunidad negra se agravan por la carga de discriminación y exclusión que ha vivido la población, el desconocimiento de los derechos y deberes, la falta de oportunidades económicas para garantizar la asistencia social y jurídica como el hecho de no recibir igual tratamiento por parte de las autoridades. Otros aspectos tienen relación con las diferencias culturales no reconocidas en la aplicación de la normatividad o el desconocimiento de las formas tradicionales de autoridad.

Para las organizaciones participantes en los conversatorios y talleres sobre el enfoque diferencial en la Ley de Justicia y Paz, estas mismas dificultades se presentan con el agravante de que la norma no hace visible a la comunidad negra como víctima ni como sujeto colectivo de derechos especiales<sup>264</sup>. El desconocimiento de la comunidad negra como autoridad tradicional en los territorios colectivos, sus estructuras y formas de justicia, impide también reconocer el potencial que encierra la comunidad negra como actor activo en los procesos de Justicia y Paz. Su victimización como única variable por considerar en el manejo de los impactos del conflicto, reduce la mirada sobre su capacidad de interlocución, de manejo y visión sobre el conflicto, y desconoce las estructuras del gobierno y de los sistemas de justicia que le son propios. La valoración de los impactos, del daño y las afectaciones que el conflicto ha generado en el proyecto de vida de las comunidades negras solo puede ser valorada en su justa dimensión con su participación como autoridades tradicionales y no solo como víctimas.

---

263 DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANERACIÓN. “Plan Integral de Largo Plazo para la Población Negra, Afrocolombiana, Palenquera y Raizal”. 2007.

264 Proyecto ProFis, talleres con organizaciones de comunidades negras de Buenaventura y Buenos Aires, Cauca, 2010.

De hecho, el proceso de Justicia y Paz, tal como lo han considerado la Corte Constitucional y los organismos de control, solo es posible con la participación activa de las víctimas<sup>265</sup>. En este se considera que la víctima, individual, colectiva o de sujeto colectivo de derechos, al hacer parte del incidente de reparación planteara tres asuntos: a) el daño que le causaron, b) las circunstancias en que ocurrió el daño causado y c) las pretensiones de reparación. En este proceso, tanto la calidad de la víctima como el tipo de daño causado activarán el tipo y clase de reparación<sup>266</sup>. Este procedimiento, señalado como básico en el momento de proferir una sentencia, requiere para la plena comprensión y dimensión del daño y afectación a los derechos, de un diálogo intercultural que permita dimensionar desde las particularidades y calidad de las víctimas correspondientes a los sujetos colectivos étnicos, una correcta valoración de su visión cultural y particular interpretación del daño y la afectación a sus derechos.

El diálogo intercultural como estrategia, podría contribuir a un proceso de justicia y paz que vincule las formas y visiones de justicia en el manejo del conflicto y sus impactos en los territorios y la dinámica social y cultural de las comunidades étnicas.

El diálogo intercultural parte de la premisa de la existencia de modos de ver, actuar y proyectar el futuro desde visiones distintas de sociedad y desarrollo, amparadas en el derecho que ostentan sujetos individuales o colectivos diferenciados de la mayoría del conjunto social. La interculturalidad supone sujetos culturales distintos que desde la igualdad de oportunidades y derechos establecen intercambios sobre asuntos de interés común o de diferencias radicalmente opuestas que permitan establecer consensos aun sobre los desacuerdos<sup>267</sup>.

Desde esta perspectiva, el diálogo intercultural está basado en los siguientes principios:

- La diferencia como derecho y libertad fundamental tanto individual como colectiva

265 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2002. MM. PP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C- 370 de 2006. MM. PP: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Véase también: Resolución 438 de 2007 de la Defensoría del Pueblo; Directiva 008 de 2007 de la Procuraduría General de la Nación.

266 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Primero las víctimas*, op. cit., p. 56.

267 CONFERENCIA NACIONAL DE ORGANIZACIONES AFROCOLOMBIANAS. *Documentos sobre justicia afrocolombiana*. Bogotá: CNOA, 2009.



- La igualdad de oportunidades y condiciones para el diálogo entre distintos
- La libertad y la autonomía para la actuación y la autodeterminación de los pueblos
- Respeto por los derechos y libertades fundamentales que han sido reconocidos a las comunidades étnicas

Los criterios, en coherencia con los principios, indican que:

- El derecho a la participación de las víctimas implica el acceso a los mecanismos de acceso a la justicia.
- El respeto por el derecho propio debe responder a un reconocimiento de la jurisdicción especial de la comunidad negra y las autoridades legítimamente constituidas.
- El derecho a la integridad cultural consagrado en la Constitución Política debe prevalecer en el proceso de Justicia y Paz.
- La libertad de expresión se entiende como garantía para un diálogo desde la verdad.

La aplicación del enfoque diferencial étnico en la Ley de Justicia y Paz requiere un diálogo intercultural, donde las entidades competentes para adelantar el proceso conozcan y apliquen los derechos propios de las comunidades para proteger y garantizar efectivamente el respeto de sus rasgos socioculturales, y sus derechos otorgados constitucional y legalmente.

## VIII. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

### ► Recomendaciones

#### *i. Una propuesta de tipificación del delito contra el sujeto colectivo afrodescendiente: el etnocidio en Colombia*<sup>268</sup>

Existe un debate nacional sobre la calificación que pueden recibir los delitos cometidos en el contexto del conflicto armado interno, contra la integridad física y cultural de las comunidades étnicas en Colombia, conforme los graves impactos que estos delitos han traído sobre los pueblos indígenas y las comunidades negras. Este debate resulta apropiado en cuanto no existe una categorización específica de delitos cometidos contra los derechos culturales, territoriales, de identidad e integridad cultural, y que ponen en riesgo la pervivencia de la cultura y de los sujetos culturales que la componen.

Ante este vacío, líderes y organizaciones del movimiento social afrocolombiano por los derechos de las comunidades han manifestado ante organismos del sistema de Naciones Unidas la necesidad tipificar como *etnocidio* o como *genocidio cultural*<sup>269</sup> los ataques sufridos por las comunidades negras y que han vulnerado sus derechos a la libre movilidad dentro del territorio, a la participación, a la consulta previa libre e informada, a la autonomía, a sus propio desarrollo, y, especialmente, las que han sido víctimas del desplazamiento forzado, homicidios, masacres y el despojo de sus territorios ancestrales. El debate, por su total vigencia frente a los procesos de Justicia y Paz como de reparación, exige una precisión en la definición de estos crímenes por su relevancia para la aplicación efectiva de un enfoque diferencial que dé cuenta de las afectaciones a la identidad e integridad cultural, además de los daños al patrimonio de las comunidades.

*El etnocidio es la destrucción sistemática de los modos de vida y pensamiento de gentes diferentes a las que imponen la destrucción. El etnocidio se ejerce “por el bien del salvaje”.* Según Clastres, si el genocidio liquida los cuerpos, el etnocidio mata el espíritu<sup>270</sup>.

<sup>268</sup> Cabe aclarar que de acogerse la tipificación del delito de etnocidio, este no aplicaría retroactivamente.

<sup>269</sup> En este sentido, es importante tomar en cuenta que tanto el calificativo de *genocidio cultural*, como el de *etnocidio* han confrontado problemas de aceptación en Naciones Unidas. Sin embargo, han sido términos incluidos en textos oficiales en la descripción de situaciones de flagrante violación de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

<sup>270</sup> CLASTRES, Pierre. *Investigaciones de antropología política*. Barcelona: Gedisa, 1981.



Ante la crítica situación de pérdida de las culturas y violación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y otras comunidades étnicas en América Latina, la Unesco convocó a una reunión internacional sobre etnocidio y etnodesarrollo en América Latina, con la colaboración de Flacso, que se celebró en diciembre de 1981 en San José (Costa Rica) y en la cual los participantes, delegados de organizaciones indígenas y expertos en el tema publicaron la “Declaración de San José sobre etnodesarrollo y etnocidio” en la que, entre otros doce puntos, se expresa que “el etnocidio, es decir el genocidio cultural, es un delito de derecho internacional al igual que el genocidio condenado por la Convención de las Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito del genocidio de 1948”. En la misma declaración, se plantea que las organizaciones e instituciones representadas en la reunión “han proclamado la necesidad de contrarrestar el etnocidio y de poner en marcha un proceso de auténtico etnodesarrollo, es decir, el establecimiento y la aplicación de políticas tendientes a garantizar a los grupos étnicos el libre ejercicio de su propia cultura”.

*ii. La aplicación de un enfoque diferencial étnico en procesos complementarios de Justicia y Paz basado en el diálogo intercultural y aplicación de procesos alternativos de justicia*

El punto de partida de un enfoque diferencial en los procesos de Justicia y Paz es la comunidad negra como el sujeto colectivo, portador de derechos en su condición de víctima y de autoridad étnica con jurisdicción especial, con un derecho propio y un sistema de justicia propio que actúa dentro de los derechos del sujeto colectivo como una opción alternativa de justicia considerada viable y legítima.

Todas las actuaciones sugeridas dentro de esta propuesta para abordar un enfoque diferencial desde lo étnico parten del principio de que las víctimas son primero<sup>271</sup>, es decir, el proceso debe garantizar en todo momento su participación, verificar sus condiciones de vulnerabilidad para dimensionar el daño, su situación con respecto a los delitos cometidos contra esta y las afectaciones a sus derechos como grupo étnico. En el caso de las comunidades negras, como ya se ha enfatizado, se plantea adicionalmente que las autoridades étnicas también cuenten y tengan el derecho tanto a participar en las decisiones que las afectan, como el

---

271 Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25 de la CADH). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 14).

derecho a la autonomía y al ejercicio del derecho propio<sup>272</sup>, especialmente en la caracterización y valoración de los daños y afectaciones a sus derechos desde su visión cultural.

Siendo el propósito central de esta propuesta aportar elementos tanto conceptuales como metodológicos para un enfoque diferencial en procesos de Justicia y Paz —no limitados al marco de la ley, sino concebido como un diálogo intercultural que permite concertar visiones de la verdad, medidas de justicia, reparación y no repetición—, y considerando como se ha podido observar a lo largo de este documento, la complejidad del contexto y del proceso de Justicia y Paz, se propone tanto a las autoridades étnicas como a las autoridades competentes, la aplicación de tres herramientas que permiten identificar conjuntamente los móviles o la motivación y la actuación de los actores implicados, así como la dimensión del daño, y a partir de estos elementos, la definición precisa de los delitos contra el sujeto colectivo, en este caso las comunidades negras.

Cabe aclarar que estas herramientas han sido incorporadas por los funcionarios de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, no obstante, estas técnicas de investigación no han sido aplicadas hasta la fecha con un enfoque étnico diferencial para comunidades negras. Por lo tanto, las siguientes herramientas son planteadas desde el enfoque diferencial, partiendo del reconocimiento de las costumbres, tradiciones y derechos de las comunidades afrodescendientes.

## **1. El Análisis de contexto**

El análisis de contexto, aplicado a las comunidades negras como sujetos colectivos de derechos especiales, es una herramienta de indagación de los factores causales, las relaciones y factores que inciden en el cambio o permanencia de los elementos determinantes en una situación o hecho relevante para la vida de las comunidades y sus integrantes. En situaciones de conflicto, esta herramienta permite identificar los actores, los factores e intereses generadores del conflicto asociados con dichos actores, su rol en el conflicto y los impactos sobre los sujetos o actores más vulnerables y su patrimonio. De igual manera, permite relacionar hechos en el tiempo, identificar variables comunes a estos hechos y las variaciones de acuerdo con el comportamiento de dichas variables, y derivar de ello un análisis causal como un análisis de tendencias. Puede incluir otros instrumentos de valoración de intereses como factor causal

---

272 Convenio 169 de la OIT (artículos 6, 7, 8 y 15).



de posibles conflictos o alianzas en favor o en contra de determinadas causas, que pueden ser de índole económica, social o política.

Mediante el análisis de contexto<sup>273</sup> se procede a:

- Describir los hechos que sirven de punto de partida.
- Identificar a la víctima y su calidad jurídica, ¿es individual? ¿Es colectiva? ¿Es un grupo étnico?
- Identificar el perfil sociocultural del sujeto colectivo, su plan de vida o de etnodesarrollo. De no tener un plan definido, dejar claro ¿cuál es el futuro al que hubiese apuntado este grupo étnico si no hubiesen ocurrido los hechos?
- A partir de lo anterior, revisar el devenir de la víctima —en este caso de un sujeto de derechos colectivos—, la comunidad negra como actor principal en su calidad de víctima, en el cual se identifique qué condiciones de vulnerabilidad han presentado antes, durante y posteriormente al incidente que dio lugar al proceso.
- Identificar en el tiempo los principales hechos de violencia contra esta víctima en particular, identificar a los victimarios definiendo las motivaciones que posiblemente o efectivamente les incitaron a realizar el hecho.
- Identificar los factores comunes a los hechos de violencia o violación de derechos de las víctimas en un tiempo, para identificar la motivación principal de los victimarios. Este paso permite definir el factor causal, es decir, el interés estratégico que llevó a las circunstancias o hechos delictivos.
- Identificar los bienes en disputa por los actores armados.
- Identificar actos de violencia contra las mujeres, sus hijos e hijas.
- Configurar con la información acumulada el mapa de actores (descrito en el punto 3.1.2 siguiente) para determinar intereses en contradicción, alianzas en favor o en contra de la víctima.
- Realizar con la información acumulada, una línea de tiempo que permita identificar los hechos determinantes en un plano temporal, haciendo visible el comportamiento de los actores, especialmente los hechos que han marcado las condiciones y la situación del sujeto colectivo en su condición de víctima.

---

273 No existe un único procedimiento para configurar un análisis de contexto, sin embargo, en términos generales, se puede plantear que este debe orientarse a registrar la información necesaria sobre la víctima, sus circunstancias y, de otra parte, identificar el perfil de los victimarios, sus motivaciones y comportamientos en contra de la o las víctimas.

El análisis de contexto aplicado al proceso de Justicia y Paz permitiría realizar una reconstrucción del caso desde los factores causales asociados con el victimario como de los daños e impactos a los derechos asociados con la víctima, de acuerdo con el perfil sociocultural y económico que presenta el sujeto colectivo de derechos, y entre otros resultados posibles:

- Identificar factores de motivación de la actuación de los grupos ilegales armados o victimarios de manera previa a la versión libre.
- Identificar los factores de vulnerabilidad de las víctimas individuales y colectivas frente a los intereses de los postulados; incluir de manera explícita la situación de las mujeres.
- Definir parámetros y criterios para orientar y analizar los resultados de las versiones libres, las audiencias y, en general, la actuación de los postulados durante las diferentes etapas del proceso judicial de acuerdo con los intereses en contradicción.
- Identificar los factores que agudizan la situación de vulnerabilidad y determinan las dimensiones del daño y las afectaciones a los derechos de las víctimas. Hacer referencia de manera clara a las afectaciones y daños causados a las mujeres, sus hijos e hijas.

## **2. El mapa de actores: ubicación, intereses, papel e incidencia respecto a los derechos del sujeto colectivo**

Con el mapeo de actores se busca no solo tener un listado de los diferentes actores que participan en una iniciativa o situación, sino conocer sus acciones y los objetivos de su participación, como por ejemplo: los conjuntos de vínculos o de relaciones sociales que desarrollan dichos actores; la formación redes de acuerdo con sus valores, creencias, es decir, de acuerdo con sus intereses; y según sea la posición que los distintos actores ocupen en dichas redes, definirán su papel y comportamientos<sup>274</sup>.

La utilización del mapeo de actores, también llamado *sociograma*, ayuda a representar la realidad social en la que se intervendrá, comprenderla en su complejidad y diseñar estrategias de intervención con más elementos que únicamente el sentido común o la simple opinión de un informante calificado<sup>275</sup>.

274 MARTÍN, Pedro. "Mapas sociales: métodos y ejemplos prácticos". En: *Revista Diálogos: Educación y Formación de Personas Adultas*, No. 25, 2001, pp. 26-36.

275 POZO, Antonio. Mapeo de actores sociales. Lima: Universidad de Lima-Facultad de Sociología, 2007.



Permite en un contexto determinado, incluida las situaciones de conflicto, identificar los intereses que representa cada actor, su ubicación respecto a posiciones de poder en la toma de decisiones, las tensiones, contradicciones, alianzas y conflicto entre actores, la capacidad de incidencia de cada actor respecto a la situación en la cual se relaciona, su permanencia en el tiempo y en el escenario, con base en lo cual se logra:

1. Identificar los actores primarios, secundarios y claves respecto a la situación.
2. Valorar el nivel y la forma en que estos influyen en la situación.
3. Comprender la relación entre diferentes actores, incluyendo áreas potenciales de cooperación o conflicto.
4. Identificar los riesgos clave, tendencias y nuevas áreas de análisis.
5. Valorar y animar los niveles de participación por parte de los actores (principalmente actores primarios).

Son aspectos básicos para el análisis de las variables del mapa de actores e intereses en conflicto:

- Identificar el actor comunitario, ubicar su situación y capacidad de acción frente a la situación de conflicto, teniendo en cuenta todos los aspectos de su configuración sociocultural para el análisis (visión cultural, sentido de territorialidad, relaciones entre géneros, generaciones y familia, identidad étnica, relación con la naturaleza, sistema de derecho propio, autoridades tradicionales y autonomía).
- Identificar el conflicto de intereses que actúa como detonante de la situación a partir del análisis de los intereses.
- Identificar los distintos intereses que actúan en contra del actor comunitario actuando como factores que generan mayor riesgo y vulnerabilidad.
- Resaltar contradicciones principales entre distintos intereses y actores asociados con contradicciones principales.
- Determinar a partir de la naturaleza del actor las posibles vías existentes para dirimir el conflicto de intereses.
- Identificar actores secundarios dentro del conflicto.
- Identificar los distintos intereses y actores que actúan en favor del actor comunitario e identificar potencial de resolución del conflicto.

### 3. El Diálogo intercultural como mecanismo para la valoración de los daños, violación de DDHH y DIH e identificación de conductas delictivas en el caso de las comunidades afrodescendientes

El diálogo *intercultural* en los términos tanto del concepto general como de su dinámica, según lo expuesto en este documento, debe partir del acercamiento entre las autoridades, las institucionales definidas por la norma como las tradicionales reconocidas por el desarrollo de la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad. Este acercamiento deberá conducir a identificar la visión que tiene la comunidad del proceso de Justicia y Paz, su disposición para iniciar el proceso, su situación o condiciones respecto a las garantías de su participación durante el proceso, la existencia de antecedentes y situaciones que puedan o estén obstaculizando el acercamiento entre las entidades competentes y la comunidad, la existencia de actores externos a la comunidad que estén definiendo el quehacer de esta frente al proceso, tales como organismos no gubernamentales, asesores privados o públicos o la presencia de otros procesos que tengan relación con el proceso de Justicia y Paz.

Así, en la aplicación del enfoque diferencial, una vez reconocida la pertenencia de la(s) víctima(s) a una comunidad negra como estrategia de acercamiento a esta, se debe:

- Recurrir a las autoridades legítimas de la comunidad. Son autoridades legítimas las elegidas en los procesos político-administrativos y las autoridades culturales<sup>276</sup>.
- Entablar contacto permanente con las autoridades legítimas con el fin de que aporten información sobre los individuos que componen la comunidad, especificando los daños y afectaciones individuales y colectivas; los usos, costumbres y prácticas particulares de su comunidad; la extensión del territorio ancestral.
- Orientar e instruir a la comunidad sobre el contenido, el alcance de los derechos exigibles y las obligaciones contraídas en el contexto de la Ley 975 de 2005, haciendo especial énfasis sobre los diferentes componentes que integran el proceso de reparación.

<sup>276</sup> Tener en cuenta que los consejos de mayores puede integrar la autoridad político-administrativa y, a su vez, constituir la autoridad cultural de la comunidad. En ocasiones pueden ser instancias separadas.



*iii. Participación de las autoridades tradicionales y las víctimas afrodescendientes como sujeto colectivo en la aplicación de herramientas para la construcción de un enfoque diferencial*

**1. Acuerdo sobre intervención y acción dentro del territorio colectivo mediante consulta previa**

Teniendo en cuenta que toda intervención institucional que se motive desde fuera del territorio o externa al sujeto colectivo y que le afecte directamente debe ser consultada, las acciones consideradas dentro del proceso de Justicia y Paz deben contemplar la opción de la consulta previa libre e informada, por cuanto no en todos los casos se prevé la solicitud expresa del sujeto colectivo, aun cuando sí de algunos de sus integrantes. Si las víctimas hacen parte de un consejo comunitario, el acercamiento a las autoridades étnicas deben considerar un diálogo en torno al desarrollo de la consulta previa<sup>277</sup>, con lo cual, tanto las instituciones concernidas a los procesos de Justicia y Paz, como la comunidad, pueden resolver de manera formal los procedimientos, los tiempos, la forma en que se actuará, los resultados esperados de la actuación institucional, teniendo en cuenta las particularidades socioculturales de la comunidad negra en cuestión. Este acuerdo previo a su vez debe ser consignado en un “acta de acuerdos” que formalice el inicio del proceso, ya sea para avanzar en los trámites para la consulta o para definir solo un proceso de concertación entre la comunidad y las instituciones.

El proceso de concertación se realiza entre la autoridad legítimamente constituida —en el caso de territorios colectivos formalizados con la junta del consejo comunitario, quien ostenta la autoridad delegada de la asamblea general como máxima autoridad—; acuerdos que deben registrarse mediante actas que formalicen el inicio y el proceso de evolución, finalización y seguimiento de los acuerdos. Bajo ninguna circunstancia, los acuerdos se pueden adelantar solo con el representante legal o con uno u otro integrante de la Junta del Consejo Comunitario o de la comunidad, considerando las funciones que ostentan cada una de las instancias.

La consulta previa, por su parte, como derecho y como procedimiento, debe llenar ciertos requisitos jurídicamente previstos. En términos generales, la consulta debe ser solicitada por la institución ya sea la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz o las instituciones que participen en el proceso de Justicia y Paz, al Ministerio de Justicia y del

---

277 Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo, artículo 6.

Derecho; debe ser acompañada por el Ministerio Público y su protocolización debe ser realizada por la Dirección de Etnias del Ministerio de Justicia y del Derecho correspondiente, en este caso, de la Dirección de Etnias para Asuntos de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Palenquera y Raizal.

Para ello, se recomienda realizar el siguiente procedimiento de acuerdo con el marco normativo que rige la consulta previa para proteger una posible afectación de los derechos<sup>278</sup> y la integridad cultural de las comunidades étnicas:

- a. Acercamiento previo para definir la viabilidad de una consulta previa con la comunidad, a través de sus autoridades político-administrativas —consejo comunitario—; a través de sus autoridades tradicionales —consejo de mayores— o a través de sus líderes —organización étnico territorial reconocida por la comunidad—. En las comunidades constituidas en consejo comunitario y donde existen las tres instancias, el acercamiento se realiza a través de la junta del consejo comunitario.
- b. Solicitud e inicio del proceso de consulta previa (Ministerio de Justicia y del Derecho) de acuerdo con los procedimientos de la consulta, esta debe ser solicitada por la institución o instituciones —preferiblemente por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz— al Ministerio de Justicia y del Derecho a través del Grupo de Consulta Previa y la Dirección de Etnias para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Palenquera y Raizal.
- c. Realización y formalización de la consulta previa. Una vez presentada por la comunidad su versión de los hechos, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz puede comparar el mapa de actores preliminar elaborado en el análisis de contexto, con la perspectiva de la comunidad sobre los actores intervinientes (identificar a las víctimas dentro de la comunidad, que no necesariamente están concentradas dentro del mismo territorio, por cuestiones del conflicto o ajeno a este).

278 OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *El derecho de las comunidades afrocolombianas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde una perspectiva de los derechos humanos*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011. Véase: Capítulo 3: “La consulta Previa libre e informada como instrumento de protección y realización de derechos”. La consulta previa protege los siguientes derechos: el derecho a la igualdad y al principio de la no discriminación, el derecho a la identidad e integridad cultural, el derecho a conservar sus usos, sus costumbres y sus propias instituciones, el derecho a la participación, el derecho a la tierra, al territorio, a los recursos naturales, y a un ambiente sano, el derecho a utilizar, revitalizar fomentar y transmitir su propio idioma”.



- d. Resultado esperados de la consulta: acuerdos, consignados en acta, sobre los procedimientos para definir el mapa de actores, la participación de la comunidad durante todo el proceso (voceros, comunicación, presencia, etcétera), procedimientos como exhumaciones, construcción del acervo probatorio dentro del territorio de la comunidad y demás procedimientos de ser el caso.

#### ***iv. Identificar la dimensión del daño***

Conociendo y partiendo de la perspectiva del sujeto colectivo en su calidad de víctima, se recomienda tomar la información acumulada en el análisis de contexto —identificación de la comunidad negra a la que pertenece la víctima, la calidad de esta, el mapa de actores preliminar— y determinar, a partir de la información, los siguientes criterios de análisis para consolidar la dimensión del daño sufrido por el sujeto colectivo en su calidad de víctima:

- a. *Categoría de la violación.* Comprende de un lado los delitos cometidos e investigados —como causa de la violación del derecho o derechos— y, del otro, los derechos que han sido violados de acuerdo con los delitos investigados<sup>279</sup>. Con este criterio se busca determinar la magnitud y complejidad de la afectación de derechos o violaciones sufrida por la víctima teniendo en cuenta que los daños sufridos por esta podrían ser causados por uno o varios delitos, y podría tener como bienes jurídicos tutelados uno o varios derechos.
- b. *Calidad de la víctima.* Como ya se definió, comprende la condición personal, familiar y de sujeto colectivo de la víctima, su género, su pertenencia a un territorio, determinado grupo, colectivo o comunidad.
- c. *Condición de riesgo o de especial vulnerabilidad de la víctima.* Valorar la condición de mayor o especial vulnerabilidad en el momento del daño permite identificar el impacto y la afectación a los derechos de la comunidad negra como sujeto colectivo, el alcance y la gravedad de la afectación padecida como despojo, privación, invasión de sus tierras tradicionales, desplazamiento forzado de sus territorio estando en condiciones críticas alimentarias, amenaza de líderes, debilidad organizativa, si se trata de mujeres cabeza de hogar, mujeres menores de edad, entre otros factores de vulnerabilidad.

---

279 CNRR, op. cit., p. 58.

- d. *Forma en que se produjo la violación e índice en su gravedad.* La magnitud del daño sufrido por la víctima, así como el tipo e intensidad del sufrimiento o pérdida padecida, que involucra delitos como desaparición forzada, secuestro, tortura, violaciones sexuales, ejecuciones extrajudiciales, trato cruel, humillante o inhumano, entre otras vejaciones.
- e. *Alteración de las condiciones de existencia de la víctima y del proyecto de vida cómo sujeto colectivo o como integrante de este.* Es uno de los más importantes indicadores que relaciona el daño con la afectación de los derechos, es el tránsito en la relación causal daño-afectación de derechos colectivos. Entre estos se valora la potencialidad futura de la víctima como integrante y como sujeto colectivo, y la manera en que se truncan posibilidades del proyecto o plan de vida, estos daños incluyen la afectación al tejido social de la comunidad, la pérdida de conocimientos, roles, valores y oficios asociados con la desaparición o desplazamiento forzado de las autoridades tradicionales, líderes, integrantes claves para la dinámica social y organizativa de la comunidad. Se destacan entre estos los casos de violaciones de derechos de las mujeres, los niños y las niñas.
- f. Aspectos como la alteración del proyecto de vida deben ser valorados teniendo en cuenta los procesos y dinámicas en que venía la comunidad antes de sufrir los daños. Ejercicios como la formulación de los planes de etnodesarrollo, planes de vida, planes de ordenamiento ambiental y territorial dan cuenta de los propósitos y aspiraciones que han sido truncados a la comunidad negra como sujeto colectivo de derechos en calidad de víctima.
- g. *Pérdidas patrimoniales.* Como alteraciones graves de las calidades y las estructuras del territorio colectivo representado en las viviendas, los componentes del patrimonio cultural material de la comunidad y de los recursos naturales que la componen.

#### v. *Identificar las afectaciones a los derechos colectivos*

Es importante resaltar que las afectaciones al derecho colectivo se dimensionan a partir de los impactos que genera el daño ocasionado por el delito cometido en el proyecto de vida o plan de vida y etnodesarrollo de la comunidad negra; derechos fundamentales como el derecho al territorio, a la administración, al uso y manejo de los recursos naturales, a la calidad ambiental del territorio, a un desarrollo propio, a la participación, a las instituciones y estructuras propias de gobierno, hacen parte del plan de vida y de etnodesarrollo de la comunidad negra.



La importancia de aplicar un enfoque diferencial para tipificar los hechos delictivos cometidos por miembros desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, en el marco del proceso de Justicia y Paz, radica en que: 1) los delitos vulneran los derechos especiales que amparan a las comunidades como sujetos colectivos; 2) los delitos generan un daño y afectación diferente a la que un individuo, que no hace parte de un sujeto colectivo o grupo especial protegido, pueda sufrir.

Determinar las afectaciones de derechos consiste en realizar el análisis causal a partir de los criterios señalados para determinar el impacto que el delito —daño— ha causado en la víctima. Con ello se busca aportar a la formulación de las imputaciones adecuadas del caso con enfoque diferencial y con miras a garantizar una reparación que tome en cuenta la existencia y el derecho del sujeto colectivo con la identificación de las distintas medidas de reparación que serían declaradas u ordenadas por la respectiva autoridad judicial<sup>280</sup>.

#### *vi. Facilitar el acceso a la justicia de las mujeres afrocolombianas víctimas de la violencia*<sup>281</sup>

Como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es indispensable para la erradicación del problema de la violencia contra las mujeres que los Estados actúen con la debida diligencia frente a este grave problema de derechos humanos. Sin embargo, es evidente que las mujeres víctimas de violencia frecuentemente no obtienen un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos al denunciar los hechos sufridos, permaneciendo la gran mayoría de estos incidentes en la impunidad y, por consiguiente ,quedando sus derechos desprotegidos<sup>282</sup>.

La Comisión Interamericana ha constatado desafíos particulares que pueden enfrentar las mujeres afrodescendientes al intentar acceder a instancias de protección judicial. La población afrocolombiana ha padecido una historia de discriminación, exclusión, invisibilización y desventaja social, y esta se ha visto agravada en el caso de las mujeres. En el caso particular de las mujeres afrocolombianas, su sexo ha implicado para ellas discriminación no solo por ser afrocolombianas, sino también por ser mujeres, dentro y fuera de sus comunidades<sup>283</sup>.

280 CNRR, op. cit., p. 59.

281 Sección elaborada con base en: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 de enero, 2007.

282 *Ibid.*, párr. 2.

283 *Ibid.*, párr. 6.

La Comisión Interamericana y la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana indican que en el caso particular de las mujeres afrocolombianas, su condición de mujeres añade a su vida otro factor de discriminación y vulnerabilidad y las expone a mayores abusos por parte de los actores del conflicto. El impacto en las mujeres afrocolombianas es significativo, y se manifiesta de distintas formas debido a su cosmovisión, cultura y tradiciones, identificación con su territorio y su condición como mujeres<sup>284</sup>. Así, la Comisión considera que un análisis del acceso a la justicia para las mujeres afrodescendientes implica considerar la gama de diferencias que subsisten en esta población, las cuales están asociadas con su cosmovisión, sus tradiciones y cultura, su posición económica y geográfica, entre otras cuestiones<sup>285</sup>.

Para la Comisión Interamericana, las mujeres afrodescendientes ubicadas en zonas rurales marginadas, cohesionadas en grupos sociales pequeños, que aún mantienen sus idiomas, tradiciones y costumbres, y en ocasiones sus propios sistemas de justicia, deberán enfrentar problemas de accesibilidad geográfica, de falta de comunicación con los operadores judiciales en sus propios idiomas, de manejo del contexto, así como de falta de recursos económicos, similares a los que deben enfrentar las mujeres indígenas, y que en ocasiones pueden configurar una doble discriminación, por ser mujeres y por ser afrodescendientes. Esta situación no dista de la que deben sufrir las mujeres afrodescendientes ubicadas en zonas urbanas, donde las dificultades para acceder a remedios judiciales efectivos están asociadas con su situación de marginalidad económica y con el color de la piel. Consecuentemente, en aquellos espacios donde el factor económico y de marginación social ha sido superado, las dificultades generalmente están relacionadas con el color de piel. Así mismo, entre otros desafíos verificados por la Comisión Interamericana que enfrentan las mujeres afrodescendientes, se encuentran la violencia institucional perpetrada por autoridades judiciales que no comprenden su cosmovisión, tradiciones y cultura<sup>286</sup>.

En este sentido, es vital proporcionar y facilitar el acceso a la justicia de las mujeres afrocolombianas víctimas de la violencia. Un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe solo a la existencia formal de re-

284 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 18 de octubre, 2006, párr. 107-121. Para la Comisión Interamericana, las mujeres afrodescendientes pierden la posibilidad de continuar con sus prácticas culturales, como por ejemplo, velar por sus muertos, realizar ritos fúnebres y compartir su vida en comunidad. Se destaca cómo una de las afectaciones más arduas del conflicto en las mujeres afrocolombianas es el desplazamiento forzado y sus consecuencias.

285 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Acceso a la justicia”, op. cit., párr. 212.

286 *Ibid.*, párr. 213-215.



curso judicial, sino también a que estos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas. En este sentido, una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales, de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad<sup>287</sup>.

## ► Conclusiones

- El Estado social de derecho y el principio del pluralismo jurídico garantizan el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos étnicos, fundado en el respeto por la dignidad de todos los habitantes del territorio, independientemente de la etnia a la que pertenezcan o de la cosmovisión que defiendan.
- La Ley 70 de 1993 reconoce el carácter étnico de la comunidad negra (artículo 2, numeral 1). En igual sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que el reconocimiento de los grupos étnicos, como colectividades reconocibles, permite reivindicar con claridad el derecho de las comunidades negras a ser tenidas como *pueblos*, conforme a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia.
- A partir del reconocimiento de la comunidad negra como pueblo y como sujeto colectivo de derechos especiales, se reconocen sus autoridades, tales como el consejo de mayores máxima autoridad cultural, la asamblea del consejo comunitario como máxima autoridad político-administrativa en el territorio, su sistema de derecho y justicia propios, y se propone un diálogo intercultural entre los dos sistemas de justicia como estrategia para la resolución del conflicto interno que afecta a las comunidades y territorios étnicos. El diálogo intercultural como estrategia permitiría avanzar en procesos de Justicia y Paz que incorporen la visión cultural de las comunidades negras y su participación efectiva no solo como víctima, sino como autoridad étnica en correspondencia con el reconocimiento constitucional de la pluralidad jurídica de la nación.

---

287 *Ibid.*, párr. 5.

- ▶ El derecho propio y la administración de justicia de las comunidades negras encuentran su principal sustento en los denominados *mecanismos alternativos de solución de conflictos*. A partir de estos mecanismos de justicia informal, las comunidades negras, dentro de sus prácticas culturales, han establecido formas propias de resolución de conflictos y han desarrollado un sistema de valores que otorga a los mayores un papel dentro de la administración de justicia interna.
- ▶ Las mujeres negras afectadas por el conflicto padecen una doble afectación y un impacto desproporcionado sobre sus vidas por su condición étnica y como mujeres, lo que suma mayores dificultades para superar por sí mismas las condiciones extremas de pobreza y ruptura con el tejido sociocultural de sus comunidades, a causa del desplazamiento forzado generado por el conflicto armado interno. Otro sector vulnerable y especialmente afectado por el conflicto son los jóvenes negros o afrodescendientes, cuyo reclutamiento forzado ha conducido a profundas rupturas con sus entornos culturales y sociales, poniendo en riesgo la existencia del sujeto colectivo. De ahí que el enfoque diferencial étnico articule en su interior criterios diferenciales de género y generación por ser estos sectores los de mayor riesgo y vulnerabilidad.
- ▶ Las comunidades negras poseen particularidades históricas específicas y características socioculturales propias, las cuales deben ser analizadas a la luz del contexto del conflicto colombiano, para la identificación de la dimensión de los daños y afectaciones de sus derechos fundamentales.
- ▶ El conflicto armado interno genera daños y afectaciones a los derechos y libertades fundamentales de las comunidades negras. El daño, que puede ser individual o colectivo, se diferencia de las afectaciones, pues estas están relacionadas con la violación de las garantías y libertades fundamentales reconocidas a dichas comunidades. Ambas categorías deben ser valoradas para determinar el impacto diferenciado que genera la comisión de delitos sobre las comunidades negras y sus integrantes.
- ▶ Como estrategia de construcción de paz en Colombia, se propone la implementación de *procesos de justicia transicional* donde la jurisdicción ordinaria y la justicia tradicional de las comunidades negras ejerzan una labor conjunta y complementaria en la investigación y sanción de los delitos cometidos en contra de las comunidades afrodescendientes y sus miembros, permitiendo así una valoración adecuada de los daños y afectaciones ocasionadas por las conductas delictivas.



- ▶ Las herramientas propuestas para la identificación de factores causales, como por ejemplo, de los intereses y actores involucrados en los hechos en los cuales se han victimizado a las comunidades negras como sujeto individual y colectivo, hacen parte de las estrategias sugeridas a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz para adelantar procesos de investigación que conduzcan a la identificación de los delitos contra el sujeto colectivo, de acuerdo con la afectación de sus derechos fundamentales y el daño al patrimonio cultural y natural de las comunidades negras en su calidad de grupo étnico.
- ▶ Los aportes conceptuales y metodológicos propuestos para la aplicación de un enfoque diferencial étnico en los procesos de Justicia y Paz con víctimas afrocolombianas tienen como propósito la protección de la integridad cultural y la diversidad étnica de la nación en cumplimiento de los mandatos constitucionales.
- ▶ Al valorar esta propuesta, es importante tener en cuenta que tanto las poblaciones étnicas como los contextos son diversos, y, por tanto, cada caso es particular. Las herramientas propuestas para la indagación de contextos y mapeo de actores para la tipificación de delitos, daños y afectaciones a derechos étnicos son por ello componentes metodológicos que deben ajustarse a las particularidades de cada escenario y actores.
- ▶ La propuesta de aplicación del enfoque diferencial étnico con comunidades negras se constituye en herramienta para el trabajo de investigación penal, al incorporar a dicho proceso variables que dan cuenta de las particularidades socioculturales de la población afrocolombiana, y permite una lectura de los contextos en los cuales se han cometido los delitos que han afectado los derechos y han generado un daño al patrimonio de este grupo étnico.
- ▶ Se espera que este enfoque diferencial en el tratamiento a las víctimas afrocolombianas contribuya a otros propósitos en la agenda pública de la justicia transicional, como también a la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional frente a las víctimas del conflicto armado y sus impactos desproporcionados en las poblaciones étnicas.

De esta manera, el proyecto ProFis-GIZ espera contribuir a la protección de la diversidad cultural de la nación colombiana en los procesos de acceso y aplicación de la justicia a través del fortalecimiento de la capacidad institucional de las entidades encargadas de adelantar el proceso de Justicia y Paz, y de las autoridades étnicas, en el tratamiento diferencial étnico para las comunidades negras.