



El derecho de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera a la consulta y al consentimiento previo libre e informado

Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Colombia

Con el apoyo de:





El derecho de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera a la consulta y al consentimiento previo libre e informado

Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos

Segunda edición, 2015



Con el apoyo de:



Ejecutado por:
giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

INVESTIGACIÓN Y CONTENIDOS:

Libia Rosario Grueso Castelblanco

EDICIÓN:

Sol Espinosa

Equipo de participación y fortalecimiento organizativo - pueblos étnicos.

ACTUALIZACIÓN:

Libia Rosario Grueso Castelblanco

Equipo de participación y fortalecimiento organizativo - pueblos étnicos.

Martha Mosquera

Becaria programa ONU -DH

FOTOGRAFÍA:

Archivo fotográfico Proceso de Comunidades Negras –PCN–

Archivo ONU Derechos Humanos

Fotógrafos:

José Absalón Suárez Solís, Konty Bikila Cifuentes, Mario Angulo y Daniel Garcés Carabali

Comunidades negras que aparecen en el archivo fotográfico del PCN:

De los ríos Yurumangú, Raposo, Mallorquín, Calima, Anchicayá en el municipio de Buenaventura y del río Timbiquí, Guapi y Coteje en Cauca.

Fotos:

*Carlos Gómez Ariza
Darwin Moreno*

Diseño:

*Taller de Diseño
Patricia Díaz Vélez
disgraficopd@yahoo.com*

ISBN Obra independiente:

978-958-8558-06-6



Foto: Atrato, Carlos Gómez Ariza

AGRADECIMIENTOS

INSTITUCIONES

- Ministerio del Interior y de Justicia*
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dirección de Licencias, Trámites y Permisos Ambientales. Oficina de Educación y Participación.
- Defensoría del Pueblo, Defensoría Delegada para los Indígenas y las Minorías Étnicas.
- Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos.
- Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Dirección de Especialización en Derecho Ambiental.
- Universidad de Los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Cijus.

→
* Mediante la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011, se ordenó la escisión del Ministerio del Interior y de Justicia, para finalmente, el 11 de agosto de 2011, bajo el Decreto 2893, retomar El Ministerio del Interior.
Dirección de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS -NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES- Y ORGANIZACIONES QUE APORTARON A LA CONSTRUCCIÓN DE ESTA GUÍA:

- Consejos comunitarios de:
 - Río Anchicayá, Río Mallorquín, Río Raposo y Punta Soldado.
 - De las cuencas mayores de los Ríos Yurumanguí, Cajambre y Calima.
 - Bahía Málaga, Puerto España (Miramar), Ladrilleros y La Barra.
 - Veredales de la carretera vieja: veredas Limones, Río Aguaclara, Río Sabaletas y Guaimía.
- Organizaciones de la zona urbana de Buenaventura.
- Colectivo de Jóvenes, Red de Mujeres, Asociación Cultural y Pastoral Social.



- Organizaciones comunitarias del Norte del Cauca:
 - Juventud Afro, Asociación Juvenil Comunitaria (Ajuncom), Consejo Comunitario La Toma, Asociación Municipal de Mujeres de Buenos Aires (Asombalsa), Comité de DDHH, Consejo Comunitario Río Cauca – Buenos Aires y PCN Buenos Aires.
 - Equipo de Coordinación Regional del Palenque el Congal del Proceso de Comunidades Negras –PCN–.
- Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).
- Autoridades Indígenas de Colombia (AICO).

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	10
El enfoque basado en derechos humanos	10
El proceso de elaboración de la guía	12
1. PUNTOS DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS	15
1. Alcance y definición del concepto de comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-; de sus derechos y libertades fundamentales como grupo étnico	16
2. El derecho a la consulta previa, libre e informada ..	25
a) El objetivo de la consulta previa, libre e informada	25
b) Casos en que el Estado debe consultar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera	26
3. Consentimiento previo, libre e informado	29
4. Las características y los principios de la consulta ..	33
■ Buena fe	33
■ Informada	33
■ Libre	34
■ Previa	34
■ Procedimientos apropiados	34
5. Desafíos para llevar a cabo la consulta previa, libre e informada	38
2. LAS BASES DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA	41
1. Del reconocimiento internacional y del mandato constitucional de protección a la diversidad cultural	42
2. Del reconocimiento internacional de la diversidad cultural	43
3. De las demandas de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, por sus derechos	44
4. Del derecho propio: los reglamentos internos y los planes de uso y manejo de los territorios colectivos ..	45
5. De los tratados internacionales de los que Colombia es parte	47
6. De otros instrumentos internacionales relacionados ..	48
3. LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA COMO INSTRUMENTO DE LA PROTECCIÓN Y REALIZACIÓN DE DERECHOS	49
1. El derecho a la igualdad y el principio de la no-discriminación	53
2. El derecho a la identidad e integridad cultural	55
3. El derecho a conservar sus usos, costumbres y sus propias instituciones	56
4. El derecho a la participación	57
5. El derecho a decidir sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo	60
6. El derecho a la tierra, al territorio, a los recursos naturales y al medio ambiente	61
■ Alcance del derecho a la tierra y al territorio	62
■ Recursos naturales y del subsuelo	63
■ Medio ambiente	64
7. El derecho a utilizar, revitalizar, fomentar y transmitir su propio idioma	64
4. RUTA PARA UNA EFECTIVA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA	67
1. Tipos de consultas	68
a. Consulta sobre proyectos que requieren licencia ambiental	68

b. Consulta de proyectos que no requieren licencia ambiental	69	12. Caso: Integración de la instancia de participación con la cual se consultarán, en adelante, las medidas de amplio alcance que puedan afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Sentencia T-576 de 2014	120
2. Participantes de la consulta	69		
3. Procedimiento para el desarrollo de la consulta previa, libre e informada	70		
4. Aspectos operativos y metodológicos de la consulta previa libre e informada.	71		
5. ¿Cómo se toman las decisiones en el proceso de aplicación de la consulta?.	77		
5. REFERENCIA A CASOS EN RELACIÓN CON LA CONSULTA: LECCIONES APRENDIDAS.	79	6. PROPUESTAS PARA FORTALECER LA PERSPECTIVA DE DERECHOS EN LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.	129
1. Caso Consejo Comunitario de Cacarica Sentencia T-955 de 2003	81	Abordar el debate en torno al “desarrollo” y el derecho al “desarrollo propio” de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera	130
2. Caso Junta Distrital de Educación en Santa Marta Sentencia T-422 de 2003.	86	Fortalecer el papel de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- como sujetos de derechos específicos	131
3. Caso comunidad de pescadores de Salahonda, Nariño, derrame de crudo, 1996 Sentencia T-574 de 1996	90	Partir del plan de uso y manejo o de etnodesarrollo y los reglamentos internos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera como marco para el diálogo y la concertación.	131
4. Caso de la Ley General Forestal Sentencia C/030/08	95	Incluir la perspectiva de género y generación; diferenciar sectores al interior de los pueblos y sus comunidades que requieren atención especial	132
5. Caso del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 Sentencia C-461 de 2008	96	Fortalecer el papel del Estado como garante de derechos.	133
6. Caso del Estatuto de Desarrollo Rural -Ley 1152 de 2007- Sentencia C-175 de 2009.	97	Desarrollar procedimientos respetuosos de los derechos y libertades fundamentales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera en los procesos de consulta previa, libre e informada.	134
7. Población afrodescendiente en situación de desplazamiento: Auto 005 de 2009	98	Convertir el proceso de consulta en un verdadero diálogo intercultural en condiciones de igualdad y equidad	135
8. Caso proyecto minero Mande Norte, Sentencia T-769 de 2009	100	Fortalecer la responsabilidad empresarial	135
9. Caso comunidades afrocolombianas de la isla de Barú. Sentencia T 745/10	103		
10. Caso del Consejo Comunitario de La Toma. Sentencia T-1045A/10	107		
11. Caso de La comunidad negra de La Boquilla vs La Dimar –concesión al hotel Las Américas resort- Sentencia T- 376 de 2012.	111		





PRESENTACIÓN

La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), en su vigésima reunión desarrollada en París el 27 de noviembre de 1978, aprobó la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales. En su proclamación señaló, entre otros aspectos de viva preocupación, que:

El racismo, la discriminación racial, el colonialismo y el apartheid siguen causando estragos en el mundo bajo formas siempre renovadas, tanto por el mantenimiento de disposiciones legislativas y de prácticas de gobierno y de administración contrarias a los principios de los derechos humanos, como por la permanencia de estructuras políticas y sociales y de relaciones y actitudes caracterizadas por la injusticia y el desprecio de la persona humana y que engendran la exclusión, la humillación y la explotación, o la asimilación forzada de los miembros de grupos desfavorecidos.¹

Once años después, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a partir

del Convenio 169 de 1989, hizo un explícito reconocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, entre los que se incluyen las comunidades afrocolombianas negras, afrocolombianas, raizal y palenquera en el caso de Colombia.

Posteriormente, la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia aprobó en 2001 la Declaración y Programa de Acción de Durban. En esta Declaración figuran recomendaciones destinadas a reforzar el marco internacional de los derechos humanos empleado en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.

La Conferencia de Durban reconoció, por primera vez en un evento de esta naturaleza, que las víctimas de la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico podrían sufrir también formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo,

¹ Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales disponible en línea en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/raza.htm>

el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la posición económica, el nacimiento u otras condiciones.

Adicionalmente la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución número A/RES/68/237 proclamó el Decenio Internacional de los Afrodescendientes a partir del 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2024 con el lema “*Afrodescendientes: reconocimiento, justicia y desarrollo*”. La medida admite que a pesar de los esfuerzos realizados por los Estados, en la actualidad millones de personas aún son víctimas de racismo y discriminación racial.

El Estado colombiano está a la vanguardia de América Latina en el reconocimiento constitucional y legislativo de los derechos humanos de los grupos étnicos incluyendo a la comunidad negra. Sin embargo, circunstancias como el conflicto armado interno, el crimen organizado y el narcotráfico, patrones históricos de discriminación e intereses económicos, hacen indispensable que el Estado actúe eficaz y especialmente para proteger los derechos de las comunidades anegras, afrocolombianas, raizal y palenquera y crear los mecanismos necesarios para garantizarlos.

Por ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha reconocido en diversas oportunidades el carácter de grupo étnico de las comunidades afrodescendientes y ha resaltado la importancia de tal reconocimiento para asegurar su “*adecuada inserción en la vida política y económica del país*”.

Ha precisado la Corte² que la definición de los miembros de las comunidades afrodescendientes no puede fundarse exclusivamente en criterios tales como el “*color*” de la piel, o la ubicación de los miembros en un lugar específico del territorio, sino en:

(i) Un elemento ‘objetivo’, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales.

(ii) Un elemento ‘subjetivo’, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

Estos aspectos hacen de la comunidad negra un sujeto colectivo de derechos especiales y libertades fundamentales.

Uno de estos derechos es el de la consulta previa, libre e informada ante medidas legislativas y administrativas del mismo Estado, proyectos de educación y formación, proyectos económicos y de desarrollo, y la necesidad de traslado de sus tierras.

La experiencia en Colombia exige revisar constantemente la aplicación efectiva de este derecho con la activa participación de los grupos étnicos con iguales derechos.

Esta guía aporta una visión del derecho a la consulta y al consentimiento previo libre e informado con base en el marco normativo de Colombia y los estándares internacionales que reconocen los derechos colectivos de las comunidades negras, afro colombianas, raizal y palenquera como pueblos étnicos. De acuerdo dichos estándares, los pueblos también han expresado su visión de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado desde el derecho propio en un ejercicio apoyado por la Oficina durante el 2011-2012 cuyo consenso entre pueblos indígenas, afro descendientes y Rom ha sido plasmado en el documento “*Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*” publicado por ONU-. De igual forma, el documento se convierte en un punto de partida para la reflexión y el análisis del estado actual de implementación de este derecho y de su reflejo en los procedimientos vigentes colombianos.

TODD HOWLAND

Representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

² En su Auto 005 de 2009 sobre la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EN LENGUAS DE PUEBLOS AFRODESCENDIENTES EN COLOMBIA

Apartes de la Declaración de Derechos Humanos en lengua raizal –Creole–.³

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Aal di pipl or everibadi bawn fri ahn de da igual ina ihn digniti, ihn ga di seim rait ahn di seim risin ahn can-shan, dem shuda bihav faderli wan widanader.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Everibadi gat di seim rait fi liv, ihn gat rait fi bi fri ahn ihn gat rait fi dem protect im.

Artículo 4

Nadie será sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Nobadi shudabi submit anda slave-ri, nida slaveri ina grup, slaveri an

servant tritment da prohibit in aal ihn farm.

Apartes de la Declaración de Derechos Humanos en lengua palenquera –San Basilio de Palenque–.⁴

Artículo 2

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

To moná ten ma rerecho i ten ke tá sueto, asina kumo tá chitiá akí papé, andi to ma jende ten ke tá jundo, nke sendá ri uto koló, ri lum-balú, mo-chitiá, kuagro, changaina o moná, asina kumo tiela ri e nasé, burú ni ma uto kusa.

Artículo 7

1. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

To suto a sendá lo memo andi ma reggla, to suto ten ke tá jundo, ku rerecho lo memo ku reggla. To ané ten rerecho a lo memo, pa kelá po



Foto: San Basilio de Palenque, Corporación Jorge Artel

juela nú. Andi e kusa lo ki tá chitiá akí papé, pa sendá numano, numana ku to ma jende, ku botrokolo nú.

Artículo 17

Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

To ma jende ten rerecho a kusa ri ele, ele numá i to suto. To ma jende ten ke sendá suamo ri patte ele.

³ Traducción a lengua raizal realizada por Maura Watson Fox.

⁴ Traducción a lengua palenquera realizada por Jesús Pérez Palomino, Proceso de Comunidades Negras, Palenque Ku suto Karibe y Corporación Festival de Tambores y Expresiones Culturales de Palenque.

INTRODUCCIÓN



Desde la perspectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las comunidades afrocolombianas –negras, palenqueras y raizales–, esta guía tiene como objetivo contribuir a la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada y el goce efectivo de los derechos que ésta implica.

El documento está dirigido tanto a las comunidades negras y sus organizaciones, como a autoridades, funcionarios públicos y entes privados que actúan en asuntos o áreas relacionados con ellos.

La Guía está estructurada en cinco bloques temáticos:

- Un marco de definiciones conceptuales como puntos de partida para el análisis.
- El consentimiento previo, libre e informado como un derecho “finalidad” o un derecho “requisito” dentro del proceso de consulta previa.
- La consulta como instrumento para la realización de derechos y libertades fundamentales.
- Ruta y propuestas para la aplicación de un enfoque de derechos en el proceso de consulta previa, libre e informada.
- Referencias con relación a la consulta: lecciones aprendidas.
- Propuestas para fortalecer la perspectiva de derechos en la consulta previa, libre e informada.

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS

El enfoque basado en derechos humanos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que está cimentado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional se encuentra orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos.¹

Sus postulados fundamentales son:

- Las políticas y los programas del desarrollo tienen como objetivo la realización de los derechos humanos.
- Los titulares de derechos y los portadores de obligaciones son identificados procurando fortalecer la capacidad de los titulares de los derechos para reivindicar éstos y de los portadores de las obligaciones para cumplir con ellas.
- La atención a grupos en situación de vulnerabilidad, para lo que se requiere el empoderamiento de los actores.

¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo, Ginebra y Nueva York, p. 15. Documento disponible en línea en: http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/FAQ_sp.pdf

Sus principios son:

- Igualdad y no discriminación.
- Participación y no exclusión.
- Perspectiva diferencial (género, generacional, étnica, entre otras).
- Transparencia, rendición de cuentas y fortalecimiento del Estado de derecho.
- Integralidad: la universalidad de los derechos humanos, su indivisibilidad e interdependencia.

Sobre estas bases, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, y ha insistido en diversas decisiones que:

En virtud del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, las diferenciaciones fundadas en la identidad étnica o el origen racial, que generan una exclusión o restricción en el acceso a beneficios o servicios a las personas que las ostentan, se presumen inconstitucionales. Por otro lado, ha insistido en que dada la situación de histórica marginalidad y segregación que han afrontado los afrocolombianos, éstos deben gozar de una especial protección por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 superior.²



“Sobre ese tema de afros, negros afro colombianos o afro descendientes, yo creo que lo básico es que no importa la denominación que tenga, lo importante es que tenga una plena conciencia de que sus orígenes están en África, que hubo una situación histórica que fue la trata de esclavos y la esclavización que explica el hecho de que nosotros estemos ahora acá. Que nosotros hemos estado en este país, que hemos contribuido de una manera significativa, que hemos construido unos elementos culturales que son propios, eso a mi modo de ver es significativo. Para mí en particular yo soy un hombre negro, no importa que en un primer momento la palabra negro haya tenido una carga peyorativa, pero igual reconozco que otros compañeros tienen una construcción política alrededor del tema de los afro colombianos. Entonces yo me asumo como negro, pero cada vez que yo salgo de las fronteras de este país entonces me asumo como descendiente de la diáspora africana en América. Yo soy un hombre negro afro descendiente que por alguna razón casual estoy en Colombia, [...]”

Carlos Rosero, líder movimiento afro colombiano PCN.

Foto: Timbiquí, Cauca, Daniel Garcés

² Corte Constitucional, República de Colombia, Auto 005 de febrero de 2009, numeral 19.



Foto: San Basilio de Palenque, archivo PCN

Así, esta guía entiende la consulta previa, libre e informada no sólo como un derecho que va más allá de una mera obligación administrativa sino como la puerta de acceso a la realización de otros derechos humanos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera. La consulta está encaminada al cumplimiento pleno de los derechos tanto en el resultado como en los procesos y procedimientos.

EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA GUÍA

El proyecto sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada en pueblos indígenas y comunidades negras realizado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se desarrolló entre octubre de 2007 y mayo de 2008. Durante este período se propuso contribuir al fortalecimiento de las capacidades de las entidades responsables de promover y liderar el desarrollo de la consulta para cumplir con las normas establecidas en el Convenio 169 de la OIT, y a que las comunidades negras y afrocolombianas se fortalecieran en sus capacidades de participación y acción efectiva en el cumplimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Dentro de este marco, se contempló la producción de un instrumento de difusión sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada. Esta publicación se diseñó de forma participativa y tomó en consideración las experiencias y lecciones aprendidas de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera y sus organizaciones, así como de las entidades nacionales competentes.

Con este criterio, y con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia del entonces³, se definieron

como zona piloto los municipios de Buenaventura en el Valle del Cauca y de Buenos Aires en el departamento del Cauca. Esta zona, por sus características económicas, sociales y culturales, aportaría desde la perspectiva de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera lecciones aprendidas de situaciones críticas como de las buenas prácticas en torno a la consulta.

En este proceso se efectuaron dos talleres locales que facilitaron el intercambio de visiones y experiencias sobre el derecho a la consulta. En las actividades participaron las comunidades negras con tres organizaciones regionales y 18 locales de los departamentos del Valle del Cauca y del Cauca, con 78 delegados, además de líderes invitados de otras regiones.

Los resultados de este ejercicio, que recogió situaciones de los municipios de Buenaventura (Valle) y Buenos Aires (Cauca), fueron llevados a conversatorios de análisis y discusión sobre los mandatos y la normatividad del derecho a la consulta. En estos encuentros participaron las entidades responsables: la Dirección para la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal del Ministerio del Interior y de Justicia del entonces⁴; la Dirección de Licencias, Trámites y Permisos Ambientales y la Oficina de Educación y

³ Actualmente Ministerio del Interior por Decreto 2893 de Agosto 11 de 2011.

⁴ Actualmente Ministerio del Interior por Decreto 2893 de Agosto 11 de 2011.

Participación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. De los organismos de control participaron la Defensoría del Pueblo con el Defensor Delegado para los pueblos indígenas y minorías étnicas y la Procuraduría General de la Nación con la Procuraduría Delegada para la prevención en materia de derechos humanos y asuntos étnicos.

Estos espacios incluyeron un ejercicio académico introductorio y recomendaciones resultantes de los debates, de las que se destacan los aportes de la Dirección de la Especialización en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario⁵ con una gran experiencia en el tema de consulta previa, libre e informada. El Centro de Investigaciones Sociojurídicas –Cijus– de la Universidad de los Andes también contribuyó al tema con su conocimiento sobre iniciativas legislativas.

Los intercambios entre actores institucionales y líderes de procesos organizativos nacionales se realizaron en tres conversatorios con la participación de las oficinas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Cali, Medellín y Bucaramanga.

Los contenidos de la guía se desarrollaron con base en los estándares internacionales y los tratados relativos

a los derechos y libertades fundamentales de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, de los cuales Colombia forma parte, además de la Constitución Política, las normas nacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional. También se tuvieron en cuenta las recomendaciones del Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de los grupos de trabajo de las Naciones Unidas sobre la discriminación y sobre la situación de la población de ascendencia africana constituidos por la Conferencia Mundial contra el racismo.

Bajo esta perspectiva se analizaron los insumos del proceso participativo descrito anteriormente y los casos recopilados, tanto de experiencias directas en el terreno con las comunidades negras y afrocolombianas de Buenaventura (Valle) y Buenos Aires (Cauca), realizados por los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial sobre 17 casos considerados emblemáticos entre ellos los de la comunidad negra de Cacarica, la Junta Distrital de Santa Marta y el derrame de crudo de Salahonda (Nariño).

Las recomendaciones hechas en esta guía están encaminadas a apro-



Foto: Archivo PCN

vechar las capacidades encontradas en cada uno de los actores que forman parte en el proceso de la consulta, identificar las dificultades halladas para su realización efectiva y proponer un camino para su superación.

Esta cartilla cuenta con una actualización normativa que comprende sentencias del 2009 al 2014 relacionadas con la consulta previa. Es importante anotar que dicha actualización se realizó teniendo en cuenta el impacto y el aporte de nuevos elementos de la discusión a temas como el consentimiento previo, libre e informado, territorio y participación de los pueblos.

⁵ Gloria Amparo Rodríguez, Directora e Investigadora de la Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.



1

PUNTOS DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS



◀ Foto: Isla Grande del Archipiélago de las Islas del Rosario, Cybèle Haupt

1. ALCANCE Y DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZAL Y PALENQUERA DE SUS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES COMO GRUPO ÉTNICO



Foto: Encuentro de Utinaya en San Francisco, sobre el río Naya, Carlos Gómez Ariza

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT ¹ (en adelante el Convenio 169) define en su artículo 1 a los pueblos tribales como aquellos:

Cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

El artículo 1 añade a la definición tradicional el elemento subjetivo de auto identificación:

En este sentido la “Guía para la Aplicación del Convenio 169”, elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático argumenta que el Convenio de la OIT no establece una definición estricta de quiénes son pueblos indígenas y quiénes son tribales, la norma se enfoca en describir que pueblos pretende proteger².

A partir de esta definición, la Corte Constitucional colombiana desarrolló el tema de la identidad cultural de los afrodescendientes en su Sentencia C-169 de 2001:

En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término “tribal” difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una “tribu” (...) Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio... los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante.

La Corte Constitucional anota, adicionalmente, respecto a quienes aplica el Convenio 169 de 1989 de la OIT:

Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios:

¹ Adoptado el 7 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, entró en vigor en Colombia el 6 de agosto de 1992 en virtud de la Ley 21 de 1991. Convenio disponible en línea en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

² Organización Internacional del Trabajo, Publicaciones, 30/11/2011, pág. 6 último acceso 10/11/2014 http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_126163/lang-es/index.htm

(i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales.

(ii) Un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

Con base en ello, la Corte Constitucional afirma:

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado (169 de la OIT).³

En este sentido, la Corte mediante la sentencia T-955 de 2003 inspirada en la definición de pueblos indígenas –alternativa– de la Comisión Interamericana para los Derechos Humanos reconoce a las comunidades negras la categoría de pueblos en los siguientes términos:

A lo anterior debe agregarse la contribución de la comunidad internacional al proceso 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–.

Se entiende, entonces, que los elementos objetivos de la definición de pueblo en el caso de las comunidades negras están dados por:

- Descendencia histórica de pueblos esclavizados traídos de África.
- Sector de población no dominante en la configuración del Estado-nación.
- Elementos culturales que los distinguen de otros grupos sociales.

Elementos subjetivos de la definición:

- Auto-identificación entendida como identidad.
- Identificación como distintos de otros sectores de la sociedad.
- Voluntad de preservar su cultura.

La Ley 70 de 1993, en el artículo 2, numeral 5, precisa:

Comunidad negra: es 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.

La Corte Constitucional precisa que esta definición no sólo está referida a la cuenca del Pacífico, ya que reconoce la diversidad de la comunidad negra definida en la Ley 70 de 1993 y su carácter de grupo étnico:

(...) El término “comunidades negras”, como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados.

Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas “comunidades negras”, para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico

³ Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, Caso Junta Distrital de Educación de Santa Marta.

4 “Las comunidades negras como grupos étnicos”. Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, numeral 3.2.2.

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

6 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.

7 “La población afrodescendiente y su referencia como sujeto de derechos: punto de partida para definir niveles de reconocimiento y compensación”. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, 2007; “Plan Nacional Integral de Largo Plazo para la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019”, Capítulo 4.



“Para nosotros el territorio es todo, la vida, la comida, el trabajo, el sustento, es donde hemos crecido, donde esta nuestra familia, el monte, los animales, el río, donde somos felices, sin el territorio no tenemos nada, sin el territorio es como volver a ser esclavos”

Intervención de Mama Cuama, Río Mayorquin, municipio de Buenaventura.

Foto: Taller sobre el territorio, marzo de 2000, archivo PCN

común en las raíces africanas que fueron trasplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. Sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero).⁴

Además de las comunidades negras de las zonas ribereñas, los valles interandinos, los territorios nacionales y la comunidad raizal, se reconoce a la comunidad palenquera como un grupo especial dentro de la comunidad negra:

Aun cuando existe evidencia de la existencia de otros palenques,⁵ 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 palenque⁶ 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 2005.⁷

La población afrocolombiana se describe en el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, 3310 como aquella que se encuentra “dispersa en campos y ciudades de nuestra geografía que se encuentra en condiciones de marginalidad, exclusión e inequidad socioeconómica”⁸ y se le diferencia de la comunidad negra en tanto lo afro está asociado más a una condición racial de ascendencia común africana y una historia común integrada a la nación colombiana que a la diferencia étnica.

La definición de la comunidad negra y afrocolombiana como grupo étnico⁹ en contextos tanto urbanos como rurales está basada en los aspectos objetivos que se expresan en prácticas y costumbres que los diferencia del conjunto de la sociedad colombiana y los aspectos subjetivos en tanto sus integrantes tienen conciencia de sí como grupo; lo que implica el reconocimiento de derechos colectivos territoriales, culturales, económicos y sociales.

La Corte mediante la Sentencia T-576 de 2014 en la que se discuten los espacios de representatividad de las comunidades establece que “el reconocimiento formal de una comu-

nidad por parte del Estado contribuye a demostrar su existencia, pero no la determina. El hecho de que una comunidad no aparezca en un registro institucional o en un censo no descarta que “exista”, pues la identidad colectiva parte de un ejercicio de reconocimiento propio que los interesados pueden contrastar materialmente, en caso de duda, a través de los estudios etnológicos y las demás pruebas que resulten pertinentes para el efecto.”¹⁰

En esta Sentencia la Corte argumenta que el factor racial debe ser evaluado junto a otros factores sociales y culturales para poder determinar la existencia de una comunidad étnica. Así mismo, en razón de la autonomía de los pueblos establece que “no son las autoridades administrativas ni judiciales las llamadas a establecer si una comunidad étnica “existe”, si es “étnicamente diversa” o si determinando individuo pertenece o no a ella. Tal estipulación debe ser efectuada por las propias comunidades, en ejercicio de su autonomía, por ser la conciencia de identidad el elemento que define, en los términos del Convenio 169 de 1989, si un sujeto colectivo puede ser considerado como titular de los derechos especiales que allí se contemplan”¹¹.



Foto: Isla de San Bernardo. Cybèle Hauptert

⁸ Documento Conpes 3310: “Política de acción afirmativa para la población negra o afrocolombiana”. Disponible en línea en: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3310.pdf

⁹ “La categoría afrodescendiente se refiere a la población que mantiene los rasgos fenotípicos de la persona de origen africano esclavizada en América y cuyos rasgos han sido heredados y que mantienen o reconocen como parte de su identidad valores, prácticas y símbolos como raza y/o como grupo étnico. No se asume en esta categoría a la población mestiza cuyos rasgos de raza y prácticas no se corresponden con la herencia africana”. Grueso, Libia (2007). Documento propuesto para la formulación del plan integral de largo plazo población negra/afrocolombiana, palenquera y rai-zal, 2007-2019. Disponible en línea en: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_Portadas/DOC_EJEC_FINAL_PLAN_INTEGRAL.pdf

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-576/2014, pág. 92

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-576/2014, pág. 92



Las comunidades no son consultadas y por ende las iniciativas están fuera de contexto. Como en Bellavista la Nueva (allí fueron reubicados los pobladores de Bellavista la Antigua, Bojayá) donde se construyó un acueducto que funciona con energía eléctrica, lo desconcertante del asunto es que allí no hay energía. Absurdo, inconcebible....no en vano los desplazados por aquel doloso hecho que la historia debe recordar afirman que, “vivíamos mejor en el antiguo pueblo”.

Bitácora por el Atrato, El Espectador.com, junio 29 de 2008.

Foto: Carlos Gómez Ariza

LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZAL Y PALENQUERA COMO TITULARES DE DERECHOS Y DE LOS ESTADOS COMO PORTADORES DE OBLIGACIONES.

a. Derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera

En su condición de grupo étnico, las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, los afrodescendientes como individuos son titulares de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los diversos instrumentos internacionales sin obstáculos ni discriminación.¹²

En este sentido la Corte Constitucional colombiana llama la atención en tanto que:

Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su estatus en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.¹³

En desarrollo del mandato constitucional –artículo transitorio 55– se expidió

la Ley 70 de 1993 que contempla diferentes disposiciones en favor de las comunidades negras, que en tanto grupo étnico tienen derecho entre muchas otras garantías territoriales, a:

- La propiedad colectiva de las tierras que han venido ocupando tradicionalmente (artículos 3 a 18).
- Implementación de mecanismos para asegurar los usos sobre la tierra y la protección de los recursos naturales sobre las áreas a las que se refiere la Ley (artículos 19 a 25).
- La protección y participación de las comunidades negras frente a la explotación de recursos naturales no renovables (artículos 26 a 31).¹⁴

De igual forma, la ley contempla diferentes mecanismos para el desarrollo de la identidad cultural de dichas comunidades, entre otros:

- El derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales (artículo 32).
- Al cumplimiento de la obligación del Estado de sancionar y evitar “todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras” (artículo 33).
- A que se adopten “medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones,

¹² Artículo 3.1. del Convenio 169.

¹³ “Las comunidades negras como grupos étnicos”. Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001.

¹⁴ Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, Sentencia 025 de 2004, numerales 17–19.

especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las leyes” (artículo 37).

■ El derecho de disponer de “medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos”, los cuales “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras” (artículo 38).

■ Al cumplimiento del deber del Estado de apoyar “mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural” (artículo 41).

Las comunidades negras e individuos son reconocidos como sujetos de derechos colectivos e individuales.

Por su parte, distintos artículos constitucionales enfatizan en el amparo reforzado del que deben gozar no sólo las personas afrodescendientes como individuos, sino las comunidades a las que pertenecen. Es decir, que de acuerdo con la Constitución, hay una protección especial tanto individual, como colectiva, en relación con los afrodescendientes.¹⁵

La Corte en la Sentencia T-376 de 2012 confiere el derecho de consulta previa a la comunidad negra de la Boquilla y deja sin efecto la Resolución expedida por la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena (Dimar) donde se concedió un área de 8.194 mts² de playa en el sector de la Boquilla en Cartagena a la empresa Inversiones Talarama y Compañía S.A.. Uno de los argumentos para tomar esta decisión fue el hecho de que los integrantes de dicha comunidad llevaban a cabo actividades de pesca, celebraciones tradicionales y prestaban servicios turísticos. La Corte ordena realizar de nuevo el proceso y llevar a cabo la consulta previa en la debida forma. Así mismo se aclara que, en la eventualidad de que se decida otorgar dicha concesión, se deberá cumplir con los siguientes requisitos: “(i) Que se definan de forma precisa el alcance y los límites de la concesión; (ii) que no se altere la calidad de espacio público de la playa, transgrediendo la prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada; (iii) que se preserve todo uso tradicional que la comunidad de la Boquilla efectúe sobre el sector de Cielo Mar; y (iv) que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad.”¹⁶ Uno de los puntos novedosos de esta Sentencia es el hecho



“Si no tenemos el espíritu preparado para resistir, sencillamente seremos víctimas pasivas del enemigo, que nos viene a la casa, nos saca de la casa, nos la destruye y nos asesina...”
Manuel Zapata Olivella

Foto: Río Raposo, archivo PCN

¹⁵ Corte Constitucional, Auto 005 de febrero de 2009. Protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004. “Mandatos constitucionales específicos”, artículo 13.

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia T-376/12, Decisión



Foto: Cybèle Hauptert

de que el Consejo Comunitario de la Boquilla “no existía” al momento de la concesión.

Aquí la Corte primero realizó un análisis de las características sociales y culturales de esta comunidad para concluir que, a pesar que el Consejo fue constituido tiempo después del proceso de concesión, dicha comunidad cumplía con todos los requisitos para ser considerada sujeto colectivo objeto de protección constitucional. Esta Sentencia además reiteró que “la existencia de una comunidad indígena o afro descendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas, sino de los hechos constitutivos de su diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo”. Continúa diciendo:

*“Aunque el reconocimiento estatal contribuye a demostrar la existencia de la comunidad, no puede valorarse como un hecho constitutivo de su derecho a la identidad cultural, pues sería un contrasentido que el reconocimiento del Estado creara comunidades originarias que materialmente han habitado su territorio. Como la existencia de una comunidad étnica es una cuestión material y puramente fáctica, puede probarse por cualquier medio que resulte adecuado para forjar la convicción del juez, en virtud del principio de libertad probatoria”.*¹⁷

En este mismo sentido la Sentencia T-172/13 aborda el tema de afectación directa de un proceso en el que

efectivamente se realizó consulta previa para la construcción de un puerto multipropósito en la isla de Barú, pero donde no se convocó a todas las comunidades afectadas. En este caso el accionante argumenta que se les vulneró el derecho fundamental a la consulta previa dado que dicha obra afecta directamente a todas las comunidades en la zona de influencia. En esta ocasión la Corte, además de conceder amparo al derecho fundamental de la consulta previa a favor del consejo comunitario de la comunidad negra que habitaba en la zona de la Unidad Comunera de Gobierno de Barú, ordenó que se tomaran en un plazo perentorio las medidas necesarias para llevar a cabo una consulta previa que asegurara además evitar todo daño perjudicial contra la comunidad por la construcción del puerto y que se incluyera toda acción compatible con los “usos y costumbres” de esta comunidad.¹⁸ Adicionalmente la Sentencia T-823 de 2012 fue instaurada por Hoovert Eladio Carabalí Playonero, Representante Legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga en contra de la Gobernación del Valle del Cauca porque que esta última entidad se negó a convocar a los consejos comunitarios a la elección de los representantes ante las comisiones consultivas departamentales de comunda-

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia T-376/12, Decisión

¹⁸ Corte Constitucional Sentencia T-172/13, Decisión.

des negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras previstas en el Decreto 3770 de 2008. Esta Sentencia ordenó amparar “los derechos fundamentales a la libre determinación o autonomía y a la participación del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga” y ordenó no aplicar por inconstitucional la Resolución No. 121 del 30 de enero de 2012, la cual convocaba a los consejos comunitarios de las comunidades negras y los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a elegir a los delegados que actuarían transitoriamente como cuerpo de representación en el nuevo mecanismo de participación de estas comunidades. Esto con fundamento en que dicha resolución violaba de manera clara el derecho de participación que les asiste a los pueblos. Se destaca que dicha Sentencia reitera que no se puede definir a la “comunidad negra” haciendo uso exclusivo de los términos incluidos en la Ley 70 de 1993¹⁹.

En el marco de estos derechos como etnia, hay que tener en cuenta la necesidad de atención especial a:

Los derechos de las mujeres afrodescendientes:

Estamos convencidos de que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de

intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, y pueden ser factores que llevan al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y la limitación o denegación de sus derechos humanos.

*Reconocemos la necesidad de integrar una perspectiva de género en las pertinentes políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de hacer frente a las formas múltiples de discriminación.*²⁰

Derechos de la niñez perteneciente a un grupo étnico:

Tanto en la Declaración de la Conferencia de Durban como en el Convenio 169 de la OIT hay especial mención de los derechos de la niñez a la educación, al idioma propio y a su bienestar.²¹

*Reconocemos que a un niño que pertenece a una minoría étnica, religiosa o lingüística o que es indígena no debe negársele el derecho, individualmente o en comunidad con otros miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su idioma.*²²

Otros grupos

La Declaración de Durban insta a los Estados sobre la importancia de prestar especial atención a las nuevas ma-



“La educación puede servir tanto para preservar como para eliminar las desigualdades. Asimismo, como cumple dos funciones contradictorias, puede dar lugar a dos resultados opuestos. La educación puede reforzar o mitigar desigualdades.”

“El racismo y la educación”

*Katarina Tomasevski, 2005
(Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación 1998-2004)*

Foto: Archivo PCN

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T 823 de 2012.

²⁰ Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 2001. “Conferencia de Durban”, Art. 69.

²¹ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, artículos 26, 27 y 29.

²² Declaración Conferencia de Durban, Art. 73.



“La diversidad como valor choca con la tendencia de ‘asimilación’ en la mayoría de los sistemas educativos mediante la enseñanza de un solo idioma, de una sola versión de la historia y la geografía, así como una visión única del futuro”.

Katarina Tomasevski.

Foto: San Basilio de Palenque, Corporación Jorge Artel

nifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia a las que pueden estar expuestos los jóvenes y otros grupos vulnerables y a prestar atención prioritaria a los derechos y a la situación de las personas menores de edad y los jóvenes que son víctimas de esas prácticas; llama la atención sobre el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, como Internet, con fines contrarios al respeto de los valores humanos, la igualdad, la no discriminación, el respeto por los demás y la tolerancia.²³

De igual forma, la Declaración invita a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que considere la posibilidad de elaborar una convención internacional integral y amplia para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas discapacitadas, que comprenda especialmente disposiciones para abordar las prácticas y tratos discriminatorios que las afectan.

La Declaración de Viena²⁴ advierte que es menester prestar especial atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad.²⁵

Estos sectores de población vulnerable –jóvenes, adultos mayores,

discapacitados– deben ser tomados en cuenta de manera especial en el proceso de consulta previa, libre e informada.

b) Obligaciones del Estado

El Convenio 169 de la OIT exige que los gobiernos lleven a cabo acciones coordinadas y sistemáticas con el fin de proteger los derechos de los pueblos [comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] y garantizar el respeto de su integridad.²⁶

Para materializar esta obligación desarrolla las siguientes medidas:

a) Asegurar a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.

b) Promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

c) Ayudar a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas [afrodescendientes] y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.²⁷

²³ Conferencia de Durban, artículos 72, 91, 97, 120, 121, 123, 216 y 217.

²⁴ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, Artículo 22.

²⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena, Artículo 22.

²⁶ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Art. 2.1.

²⁷ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Art. 2.2.

2. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

La consulta previa, libre e informada es un derecho y un instrumento para la participación²⁸ en las decisiones sobre todos los asuntos que les conciernen a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera.

La Guía para la aplicación del Convenio 169 recopilada por la OIT establece la consulta previa como la piedra angular del Convenio²⁹. Esta guía reitera que es importante que los pueblos participen en todos los niveles de las decisiones. Así mismo el derecho a la consulta previa va más allá del derecho a reaccionar que les asiste a los pueblos, implica además el derecho a proponer estrategias de participación³⁰.

La consulta contribuye a la protección de los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- cuando entran en riesgo frente a las demandas y requerimientos de sociedades numéricamente mayoritarias y con mayor poder de decisión en las esferas de lo público y lo privado.³¹

El Convenio 169 establece la aplicación de la consulta como una obligación de los gobiernos.³²

La Corte Constitucional colombiana ha afirmado que “el derecho funda-

mental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad”.³³

Al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconoce el derecho de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera a la autonomía y el autogobierno, a la cultura propia y a decidir sus propias prioridades en el proceso de desarrollo.³⁴

a. El objetivo de la consulta previa, libre e informada

El Convenio 169 señala que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse (...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.³⁵

En el caso específico de los recursos naturales, el Convenio establece que se realiza la consulta:

A fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.³⁶



Foto: Carlos Gómez Ariza

²⁸ Convenio 169, artículos 2.1. y 6.b, c.

²⁹ Organización Internacional del Trabajo, Publicaciones, 30/11/2011, pág. 59 último acceso 10/11/2014 http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_126163/lang-es/index.htm

³⁰ *Ibid.*, pág. 60

³¹ Conclusión del conversatorio institucional sobre consulta previa realizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en marzo de 2008.

³² Convenio 169, artículo 6.

³³ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997, Derechos Fundamentales de Comunidad Indígena, Titularidad, p. 1.

³⁴ Convenio 169, artículos 2.b, 5, 7.1., Declaración artículo 4.

³⁵ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Art. 6.2.

³⁶ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Art.15.2.



Foto: Carolina Acosta.
ONU Derechos Humanos

Y en el caso en que la educación de la niñez afrodescendiente –de la comunidad raizal y palenquera– en su propia lengua no sea posible, se emprenderán acciones “con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo”.³⁷

b. Casos en que el Estado debe consultar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera

Según el Convenio 169 de la OIT:

Medidas legislativas: cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, (artículo 6.1.a).

Recursos naturales: con relación a la prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, (artículo 15.2).

Enajenación (transmisión) de tierras: “(...) Siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”, (artículo 17.2).

Programas de formación profesional: “Cuando los programas generales de formación profesional no correspondan a las necesidades especiales de las comunidades negras, afrocolombianas, palenquera y raizal, deberán ser consultados sobre

los programas especiales en cuanto a su organización y funcionamiento”, (artículos 22.1 y 22.2).

Mediante procesos de consulta previa, libre e informada se garantiza la participación de la comunidad en la construcción de un proceso educativo que permita:

b.1) Una educación de las niñas y los niños de la comunidad raizal y palenquera en su propia lengua

Al disponer que “siempre que sea viable deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua [...] o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan”, el Convenio establece la consulta “cuando ello no sea viable (...) con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo”.³⁸

b.2) Una educación pertinente de acuerdo con sus particularidades culturales de comunidad negra, afrocolombiana, palenquera y raizal

En lo que atañe a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, dichos mandatos constitucionales fueron desarrollados en la Ley 70 de 1993, la cual dispone que el Estado colombiano: “reconoce y garantiza a las comunidades negras el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales”, siendo su obliga-

³⁷ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Art. 28.1.

³⁸ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, art. 28.1.



“La Empresa de Energía del Pacífico EPSA, el 21 de julio de 2001 abrió las compuertas de la hidroeléctrica que está ubicada en cabecera del río Anchicayá, derramando 5.000 m cúbicos de lodos almacenados por más de 40 años, afectando la dinámica ecológica y cultural del territorio, y por ende, la calidad de vida de la población”. Muelle del río Anchicayá Consejo Comunitario Mayor del río Anchicayá Palenque Regional El Congal.

Foto: Archivo PCN

ción adoptar “las medidas necesarias para que en cada uno de los niveles educativos, los currículos se adapten a esta disposición”, (art. 32).

La Corte Constitucional reafirma lo dispuesto en el Convenio 169 y además señala la obligatoriedad de la consulta en los siguientes casos:

■ Cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales [comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] de sus tierras tradicionales a otro lugar.³⁹

■ En la erradicación de cultivos para uso ilícito: se ha establecido que las comunidades indígenas y tribales [comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] deben ser consultadas, sobre el programa de erra-

dicación de cultivos ilícitos que las entidades accionadas adelantan en sus territorios, “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”.⁴⁰

Sin embargo, la medida no se aplica a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera quienes en algunas localidades han desarrollado iniciativas propias de erradicación de cultivos para usos ilícitos sin protección de las entidades gubernamentales.

■ Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas, pero habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras.⁴¹

A su vez, la Corte Constitucional reitera que la Ley 70 de 1993 establece que:



³⁹ El Convenio 169 establece la obligación del Estado de no trasladar las comunidades negras, afrocolombianas de las tierras que ocupan. (Art. 16.1.). En casos excepcionales “sólo deberán efectuarse con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa”. Art. 16.2. La consulta puede ser un medio para obtener este libre consentimiento.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, capítulo 2: “Consideraciones y fundamentos” 6.2.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, capítulo 2: “Consideraciones y fundamentos” 6.2.



“Las manifestaciones culturales de San Basilio de Palenque permanecen ligadas al conocimiento profundo del entorno ecológico; todos los seres naturales tienen vida y la conducta humana se explicita con mecanismos de adaptación a la naturaleza, diálogo, respeto y de mantenimiento del equilibrio con el todo natural. El territorio se concibe como origen de la vida en todas sus expresiones; como espacio vital de la cultura donde se origina se recrea y se mantiene”.

*Dorina Hernández, Directora de Etnoeducación Dpto. de Bolívar.
Publicado en “El Universal”.*

Foto: San Basilio de Palenque, Corporación Jorge Artel

La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

La Ley 70 de 1993 prevé además la realización de consultas a las comunidades negras en tres situaciones:

■ En la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales, (artículo 22).

■ En la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades, (artículo 38).

■ En la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos, (artículo 58).

Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que:

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.

3. EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

El Artículo 6 Numeral 2 del Convenio 169 de la OIT establece como finalidad de la consulta “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” y en el Artículo 16 señala que “cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.” (Negritas fuera de texto original) En aplicación de esta política la Corte Interamericana estableció que en caso de mega proyectos que pudieran significar traslados poblacionales u otros riesgos para la subsistencia o modo de vida de los pueblos, el Estado requería no sólo la consulta sino el consentimiento de dichos pueblos.⁴² Y con relación al impacto que la presencia de megaproyectos pueda traer sobre el uso y apropiación del territorio bajo esta misma política, la Corte Interamericana estableció en el caso Saramaka vs Surinam, que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la

obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. (...)”⁴³ De ahí, que la Comisión Interamericana señale que es un estándar del sistema interamericano la exigencia del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos antes de que el Estado pueda efectuar un traslado del lugar de origen de dichos pueblos.⁴⁴ Con base en este estándar, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-769 de 2009 aborda por primera vez la figura del consentimiento previo, libre e informado como un elemento fundamental a considerar por parte del Estado al momento de tomar decisiones frente al futuro de los pueblos.

“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profun-



Foto: Quibdó - Santiago Arboleda

⁴² Corte IDH Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172 Véase: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha técnica, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/PuebloSaramaka>.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010): Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales OEA/Ser L/V/II Doc 56/09,



Foto: Carlos Gómez Ariza

dos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.⁴⁵

Posteriormente mediante la Sentencia T-129 de 2011 la Corte Constitucional consolida la jurisprudencia con relación al tema del consentimiento cuando define los casos en los que dicho consentimiento será indispensable sin importar la escala de afectación y sin por ello restringirlo a dichos casos:

“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:(...) VIII. Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento de que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desapariciamiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.”⁴⁶ (Negritillas por fuera de texto original)

Considerando éste un tema fundamental la Corte en la parte resolutive de la sentencia decide *“exhortar al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación”⁴⁷*

En la Sentencia T-576 de 2014 en la que la Corte Constitucional colombiana reitera la importancia de la obtención del consentimiento previo libre e informado en respuesta a la demanda por el derecho a la participación a través de la consulta y el consentimiento previo libre e informado de las organizaciones de base de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera; en dicha Sentencia entre otros argumentos la Corte afirma:

“De todas maneras, los organismos de control y de interpretación del Convenio 169 han considerado que la necesidad de que las consultas terminen con un acuerdo o con

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-129 de 2011

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T- 129 de 2011

*el consentimiento de las comunidades afectadas debe establecerse a partir de la gravedad de las posibles consecuencias que la medida objeto de consulta pueda traerles. Una medida que amenace la subsistencia de una comunidad indígena o tribal no podría implementarse, en consecuencia, sin haber obtenido su consentimiento.*⁴⁸

Por último, señala la Corte, *"debe tenerse en cuenta que el consentimiento al que deben conducir las consultas debe ser libre, previo e informado. Esto implica que deba conseguirse sin recurrir a ningún tipo de coerción, intimidación o manipulación; que deba buscarse con suficiente antelación y que involucre el suministro de información suficiente y veraz."*⁴⁹

En la Declaración de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, cuya aplicación se extiende en el caso de Colombia a todos los pueblos étnicos, incluyendo las comunidades negras, afrocolombianas, palenquera y raizal, seis de sus artículos prevén exigencias explícitas del derecho al consentimiento:

■ **El artículo 10** establece que *no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados.*

■ **El artículo 11** establece la obligación de los Estados de *proporcionar reparación por medio de mecanismos eficaces cuando se haya privado de bienes a dichos pueblos sin ese consentimiento.*

■ **El artículo 19** obliga a los Estados a celebrar consultas con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado *antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten.*

■ **El párrafo 2 del artículo 29** establece que los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que *no se almacenen ni se eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.*

■ Por último, **el artículo 32** establece, en términos más generales, que los Estados deberán celebrar consultas con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado *antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios o recursos.*

De otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general N° 21, subrayó que **los Estados partes deben respetar el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los asuntos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos** (E/C.12/GC/21, párr. 37). En este contexto, el Comité se remitió al apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT y al artículo 19 de la Declaración. El

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha instado a los Estados a que obtengan el consentimiento de los pueblos indígenas *en relación con proyectos de las industrias extractivas.*⁵⁰

Algunos órganos de tratados internacionales de derechos humanos, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD/C/RUS/CO/19, 20, párr. 24) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también han aclarado que, **de conformidad con las obligaciones del Estado demandantes de los tratados correspondientes, es necesario obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.**⁵¹

⁴⁸ Corte Constitucional Sentencia T- 576 de 2014

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Naciones Unidas; Consejo de Derechos Humanos Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones; Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Tercer período de sesiones A/HRC/EMRIP/2010/2

⁵¹ Véanse E/C.12/1/Add.100, párr. 12; E/C.12/1/Add.74, párr. 12 y CERD/C/62/CO/2).

Por su parte la Corte Constitucional colombiana ha señalado que **el consentimiento es abordado explícitamente en diversas disposiciones, asociadas a** (i) la prohibición de desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios sin consentimiento expreso y un acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa cuando no sea posible el regreso; ⁵² (ii) la obligación de reparar adecuada y eficazmente a los pueblos indígenas por la privación de bienes “culturales, intelectuales, religiosos y espirituales”, sin su consentimiento libre, previo e informado, o por la privación de tierras y territorios tradicionalmente poseídos y ocupados por los pueblos originarios (Artículo 28), privilegiando en ambos casos las medidas de restitución; (iii) la prohibición de almacenar o eliminar materiales peligrosos en tierras indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado. ⁵³

En el Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones, el mecanismo de expertos señala que:

“A pesar de la claridad de la norma que prevé el consentimiento libre, previo e informado, las consultas no siempre se han llevado a cabo de esa manera y han sido manipuladas como instrumentos de relaciones públicas para apoyar propuestas relativas a

proyectos de desarrollo, citando observaciones irrelevantes y restando importancia a las voces disidentes para demostrar el supuesto apoyo de la comunidad”.

Y el Comité agrega:

Con el fin de evitar semejante manipulación, algunas comunidades han establecido protocolos claros para garantizar que cualquier consulta que se celebre con ellas se base en la norma del consentimiento libre, previo e informado. Este criterio ha dado resultados satisfactorios en algunas circunstancias, y es necesario que se proporcione a las comunidades indígenas acceso a la formación que les permita seguir elaborando protocolos culturalmente apropiados y procedimientos de consulta que sean pertinentes para sus comunidades.”⁵⁴

En este sentido la Oficina de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, ha impulsado y asesorado la construcción de protocolos para el ejercicio del derecho a la consulta previa y al consentimiento previo libre e informado con pueblos indígenas y comunidades negras con base en un protocolo marco resultado del consenso entre pueblos plasmado en el documento *“Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado.”*⁵⁵

⁵² Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

⁵³ Artículo 29. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. || 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. || 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

⁵⁴ Naciones Unidas; consejo de Derechos Humanos. Ob.p.cit.

⁵⁵ Ob.p.Cit.

4. LAS CARACTERÍSTICAS Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONSULTA

La consulta previa libre e informada debe realizarse teniendo en cuenta los siguientes principios:

BUENA FE

“Las consultas (...) en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe”.⁵⁶

¿Qué significa que las consultas deben de realizarse de “buena fe”? De acuerdo con lo previsto en la Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT,

Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales [comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera]. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s).⁵⁷

Un ejemplo de ello es la consideración realizada por la Corte Constitucional sobre la aplicación de la buena fe en el caso de la comunidad negra del Río Cacarica en el departamento del Chocó al norte del Pacífico:

(...) se consulte a las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, de buena fe y con el objeto de llegar a un acuerdo, la reglamentación sobre el aprovechamiento forestal de sus bosques colectivos, teniendo presente que dichas comunidades son las propietarias del recurso, y tendrán que ser las beneficiarias directas de la explotación, y ésta deberá permitirles avanzar y consolidar su proceso cultural.⁵⁸

INFORMADA

En el caso del traslado excepcional de las comunidades negras de sus tierras, el Convenio establece que el consentimiento de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera debe ser adquirido “con pleno conocimiento de la causa”.⁵⁹

En general, hoy es aceptado que la consulta debe realizarse de manera informada. Esto requiere que las comunidades deben contar con todos los elementos necesarios para tomar una decisión.

La Corte Constitucional⁶⁰ señala que la comunidad debe tener:

Un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen,

así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

“Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera en que la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política”.

⁵⁶ Convenio 169, Art. 6.2.

⁵⁷ Organización Internacional del Trabajo OIT, “Pueblos indígenas y Tribales, Guía para la aplicación del Convenio num.169 de la OIT”.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-955 de 2003.

⁵⁹ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Art. 16.2.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-891 de 2002

LIBRE

En la disposición general sobre la consulta, el Convenio señala que los gobiernos deben:

*Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones (...) que les conciernen.*⁶¹

En el ya citado caso de excepcionales traslados de pueblos indígenas y tribales (comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera) de sus tierras, el Convenio desarrolló el concepto del “consentimiento dado libremente”.⁶²

Además, la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009⁶³ retoma la Sentencia C-208 de 2007, en la que expresó frente al libre consentimiento:

*Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.*⁶⁴

PREVIA

El Convenio 169 establece la consulta “cada vez que se *prevean* medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.⁶⁵ Es decir, la consulta debe ser anterior a la adopción y la aplicación de las mismas.

También puntualiza en su artículo 15 sobre el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales en sus tierras, que:

Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados (...) antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

PROCEDIMIENTOS APROPIADOS

Se deben adoptar procedimientos apropiados para la consulta y ésta debe realizarse a través de las instituciones representativas⁶⁶ de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera.

Las consultas deben emprenderse con organizaciones instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas.

Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organi-

⁶¹ OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Art. 6.1.b)

⁶² OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Art. 16.2.

⁶³ Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, “Protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004”.

⁶⁴ Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, “Protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004”.

⁶⁵ Convenio 169 OIT Artículo 6, 1.a. Declaración, art 19.

⁶⁶ Convenio 169, artículo 6.1.a.

zaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias.⁶⁷

En relación con el procedimiento para la consulta previa, la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009 para la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado, expresó que:

El proceso consultivo que las autoridades gubernamentales tienen que llevar a cabo ante los grupos étnicos para adoptar una decisión que afecte sus intereses, “deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”.

A este respecto dijo en esta misma providencia que:

El Estado colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas [o comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera], pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6 y en el artículo 7 de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas [y tribales], respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.⁶⁸

El Gobierno debe acordar con las comunidades los procedimientos,



“En muchos países pobres donde poderosos grupos locales, a menudo en complicidad con los gobiernos, subordinan a los miembros de grupos más débiles, los inversores extranjeros se suelen beneficiar indirectamente de estas prácticas discriminatorias.”

Julio Faundez, Las dimensiones del racismo, OACNUDH

Foto: Carlos Gómez Ariza

tiempos, espacios y contenidos de la consulta, garantizando que escojan a sus representantes de manera autónoma; construir la metodología culturalmente adecuada y en conjunto con las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera.

En términos de apropiación, las modalidades técnicas de la consulta necesitan contemplar claramente los diversos niveles de la misma, a fin de impulsar los mecanismos propios de las comunidades en la búsqueda de capacidades de negociación y acuerdos.⁶⁹

⁶⁷ OIT, “Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT”.

⁶⁸ Corte Constitucional, Auto 005 de 2009.

⁶⁹ Manual para la integración de la participación y derechos de los pueblos en las políticas y cooperación al desarrollo humano. Sistema de las Naciones Unidas Guatemala, Guatemala 2006, p. 53

La cultura y cosmovisión de las comunidades negras y afrocolombianas deben ser respetadas y la consulta debe atender el derecho de dichas comunidades de aplicar sus propios usos y costumbres para establecer reglas y principios del proceso.

El Convenio 169 en su artículo 5 indica que al aplicar sus disposiciones:

- a) *Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.*
- b) *Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.*
- c) *Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a **allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.***



“La gente de los bancos no ha entendido como es que vivimos nosotros, ellos no nos quieren prestar la plata porque dicen que no tenemos fiadores y no tenemos propiedades, pero ellos no han entendido que mi fiador es el manglar, yo sé cuanto puedo sacar conchando, yo sé cuanta concha me da el manglar, ese es el seguro que yo tengo, el manglar”.

Líder conchera en el conversatorio sobre la concha, organizado por WWF en Tumaco, Nariño, 2003. Comunidad de pescadores del Secadero.

Foto: Río Raposo, Buenaventura, 2008, archivo PCN

Como reitera la Corte Constitucional en la sentencia SU-383 de 2003:

También se le exige a los gobiernos que, al aplicar las leyes y reglamentos nacionales e imponer las sanciones penales, tengan debidamente en cuenta las características sociales, económicas y culturales de los pueblos indígenas y tribales [comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-]. Estos pueblos, según el artículo 12, deberán poder iniciar procedimientos legales para asegurar la protección de sus derechos, y deberán tomarse medidas para que puedan comprender y hacerse comprender en dichos procedimientos. A tal fin, los gobiernos deberán adoptar servicios de interpretación u otros medios efectivos.

El Ministerio del Interior interpreta los principios de la consulta de la siguiente manera:⁷⁰

⁷⁰ Ministerio del Interior y de Justicia (2006). La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: Compendio de Legislación, jurisprudencia y documentos de estudio.

Buena fe: principio rector, actuar con la verdad, ser rectos y transparentes.

Procedimientos apropiados: bajo la coordinación del Gobierno acordar con las comunidades los procedimientos, tiempos, espacios, y contenidos de la consulta, garantizando que autónomamente escojan a sus representantes, asimismo y en conjunto, deberán construir la metodología culturalmente adecuada.

Información previa suficiente y adecuada: las comunidades consultadas deben tener un conocimiento pleno sobre el proyecto que se propone realizar en su territorio.

Legitimidad: el proceso debe ser coordinado por el Gobierno. Se realiza con la participación de las autoridades legítimas de las comunidades.

Comunicación intercultural y bilingüismo: debe existir un diálogo fluido entre las partes y se deben adoptar formas propias de difusión del conocimiento. Siempre que sea necesario y posible se debe garantizar la traducción a la lengua de las comunidades consultadas (artículo 2 del Convenio).

Oportunidad: la consulta debe realizarse antes de adoptar las medidas o emprender o autorizar el proyecto (artículo 15 del Convenio, Sentencia SU-039 de 1997).

Pluralismo jurídico: los principios y procedimientos del derecho propio de la comunidad por consultar, hacen parte de las reglas aplicables al proceso.

Hacen parte de los principios los reconocidos por los mismos pueblos en sus sistemas culturales y de justicia en el ejercicio de su autonomía, dichos principios son reconocidos por el derecho internacional y nacional en la materia, en especial el convenio 169 de la OIT, la Declaración de pueblos indígenas y los avances jurisprudenciales.

En este sentido y de acuerdo con establecido por el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT108, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos adelantó entre los años 2011 Y 2013 un proceso de 82 diálogos regionales con pueblos indígenas, comunidades negras, afro colombianas palenqueiras y pueblo Rom en los que éstos establecieron en consenso la visión de los pueblos sobre la consulta previa acordando principios, criterios meteorológicos y recomendaciones desde sus leyes de origen y derecho propio lo que se encuentra plasmado en la publicación “Voces y Palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y el consentimiento previo libre e informado”.⁷¹

⁷¹ Documento de trabajo “Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina en Colombia - , pág. 45-48.

5. DESAFÍOS PARA LLEVAR A CABO LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA



Foto: Carlos Gómez Ariza

El cumplimiento cabal de los principios de la consulta previa constituye parte central de las garantías para la protección de derechos a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera. La verdad, la buena fe, la información suficiente y adecuada, la pluralidad, la comunicación en las lenguas tradicionales y el respeto del derecho propio son parte fundamental en la consulta.

Sin embargo, estos principios no garantizan por sí solos la plena libertad

en la toma de decisiones. La situación en que se encuentran los pueblos puede actuar como condicionante de dicha libertad, limitando de manera significativa la autonomía de los pueblos. La extrema pobreza, el conflicto social y armado son algunos de esos condicionantes.

La relación entre capacidades y libertades en la toma de decisiones fueron señaladas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su informe sobre el desarrollo humano 2007-2008. Allí se advierte:

|| Cuando hablamos de desarrollo humano, hablamos de personas; hablamos de expandir sus opciones reales y las libertades fundamentales -las capacidades- que les permiten vivir la vida que valoran. La posibilidad de elección y la libertad en el desarrollo humano significan algo más que una mera ausencia de restricciones.

Las personas cuyas vidas se ven asoladas por la pobreza, una salud deficiente o el analfabetismo no tienen ninguna posibilidad significativa de escoger la vida que valoran. Tampoco la tienen las personas a quienes se les niegan los derechos civiles y políticos necesarios para influir en las decisiones que afectan sus vidas.⁷²

⁷² PNUD (2007), "Informe sobre desarrollo Humano 2007-2008".

La consulta previa, libre e informada puede llegar a ser un instrumento eficaz para impulsar el desarrollo humano sostenible de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, y de los demás sectores de población que habitan la región.

El desarrollo enfrenta desafíos que se expresan en una alta conflictividad social y la imposición de intereses de sectores poderosos. La obligación del Estado es intervenir para conciliar los diferentes intereses considerando y protegiendo especialmente los intereses vitales de sectores de las poblaciones que sufren situaciones de desventaja, discriminación y vulnerabilidad.

Para superar estos desafíos es necesario promover por parte del Estado y

de la sociedad diálogos interculturales basados en el respeto de los derechos humanos de todos los grupos y personas afectadas y promover las medidas necesarias para alcanzar mayor equidad social.

De la misma manera, la construcción y profundización de la democracia aportan elementos importantes a la consulta como por ejemplo el respeto a las minorías, la aceptación de los disensos y, en consecuencia, la búsqueda de consensos.

La consulta previa, libre e informada a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, puede convertirse en un mecanismo que posibilite avanzar tanto en el desarrollo, como en la democracia y la equidad, siempre y cuando se plantee y se lleve a cabo adecuadamente.



Foto: Isla Fuerte - Cybèle Hauptert



BILLAR'S
JHOED

ICBF
INTERNATIONAL
COMMISSION
ON BLOOD
FACTORS

Ally

7E

4

NIKE

2

LAS BASES DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

¿De dónde y por qué surge el derecho de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- a la consulta previa, libre e informada? ¿Cómo se expresa este derecho?



1. DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL



Foto: Río Atrato, Carlos Gómez Ariza

La Constitución Política colombiana reconoce los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera regulados por leyes y acuerdos internacionales. Además la Corte Constitucional ha emitido una amplia jurisprudencia, parte de la cual se cita en esta guía.

Dice la Constitución específicamente:

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, (artículo 7).

Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, (artículo 68).

Colombia cuenta con una gran diversidad de grupos étnicos e importantes avances en el reconocimiento de sus derechos. Su realización, sin embargo, demanda un compromiso social activo liderado por el Estado.

Las tensiones y antagonismos entre la visión cultural de estos grupos étnicos y las dinámicas de la economía de mercado, exigen en un contexto democrático la búsqueda de mecanismos que contribuyan al respeto de la diferencia y de visiones alternativas del desarrollo, al reconocimiento de la diversidad cultural y a la protección

de las culturas tradicionales frente a las tendencias predominantes a la asimilación dentro del contexto sociocultural, económico y político del Estado-nación. Esto sin menoscabo de la calidad de vida y el bienestar de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, según su visión cultural, hace parte del ejercicio de la democracia.

La consulta previa, libre e informada como proceso y diálogo contribuye al fortalecimiento de la interculturalidad.

La diversidad cultural en Colombia se configuró históricamente a partir de los pueblos de originarios, los esclavizados de origen africano, los inmigrantes europeos y el mestizaje.

Los derechos reconocidos internacionalmente a los pueblos indígenas y tribales en Colombia, más allá de los pueblos originarios, también se le reconocen a los demás grupos étnicos: las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera y al pueblo Rom.

El reconocimiento alcanzado y la protección de la diversidad cultural tienen también soporte en los tratados internacionales de los que Colombia es parte, y en otros instrumentos como Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, Declaración y Programa de Acción. Durban.



La población que se autorreconoce como afro es de 4'316.592 -10,3% de la población-. (DANE 2005)



Los pueblos indígenas cuentan con una población de 1.378.884 personas -3,3% de la población-. (Censo DANE 2005)



Pueblo ROM: Su población en las distintas kumpeniyi es de 4.832 personas, es decir, 0,012% del total de la población-. (Censo DANE 2005)

2. DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

La universalidad de los derechos humanos parte de la esencial igualdad de todos los seres humanos. La Declaración de Viena enriquece esta visión común de los Estados, añadiendo que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”.⁷³

En 2001, la Unesco aprobó la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural destacando que:

*La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad.*⁷⁴

La diversidad cultural es valorada por esta Declaración como fuente de intercambios, de innovación y de creatividad. Sostiene que “la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos”.⁷⁵

⁷³ Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), New York, p. 32, numeral 5.

⁷⁴ Unesco (2001). *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*. Artículo 1. La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad.

⁷⁵ Unesco (2001). *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*. Artículo 1. La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad.



Finca Tradicional, Río Timbiquí, Cauca;
Cortesía Daniel Garcés Carabali

Además, está considerada como un factor de desarrollo en cuanto amplía las posibilidades de elección para las personas tanto en el sentido económico, como intelectual, espiritual y moral.⁷⁶

La Declaración concluye que los derechos humanos son garantes de la diversidad cultural y que su defensa es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. De igual forma, hace especial mención de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas que pertenecen a minorías y a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera.⁷⁷

3. DE LAS DEMANDAS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZAL Y PALENQUERA, POR SUS DERECHOS

Es un hecho que los avances en los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera es un resultado de sus propios esfuerzos por el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales como grupo étnico.

En este proceso, líderes afrodescendientes han estado ante los foros internacionales como la Conferencia de Durban contra la discriminación racial (2001), en los eventos preparatorios de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo y en convocatorias específicas de las Naciones Unidas sobre los derechos de las minorías y también ante sus instancias por el derecho a la no discriminación y a la educación. La declaración de la Conferencia de Durban es uno de los más importantes resultados de estos esfuerzos.

Un resultado destacable de estos procesos es el reconocimiento de derechos a la comunidad negra, afrocolombiana -negra palenquera y raizal- como grupo étnico en la Cons-

titución Política de 1991 y el posterior desarrollo de la Ley 70 de 1993, lo que marcó un nuevo escenario en las relaciones entre el Estado y las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera como sujetos de derechos específicos.⁷⁸

Las recientes demandas de organizaciones de comunidades negras, pueblos indígenas y de organizaciones no gubernamentales exigiendo el derecho fundamental a la participación y a la consulta previa, libre e informada ha dado como resultado la declaración de inequidad por parte de la Corte Constitucional a medidas administrativas y legislativas como el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, la Ley Forestal y el Estatuto de Desarrollo Rural.⁷⁹

⁷⁶ Unesco (2001). *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*. Artículo 1. La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad. Artículos 1 y 3.

⁷⁷ Unesco (2001). *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*. Artículo 1. La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad. Artículo 4.

⁷⁸ Constitución Política de Colombia (1991). Artículos 7, 16, 71, 246, 286, 329 y 330, entre otros.

⁷⁹ El detalle de los casos y sus respectivas sentencias son tratados más adelante.

4. DEL DERECHO PROPIO: LOS REGLAMENTOS INTERNOS Y LOS PLANES DE USO Y MANEJO DE LOS TERRITORIOS COLECTIVOS

El derecho propio en las comunidades negras se expresa en los reglamentos internos y en el plan de uso y manejo que orienta su proyecto de vida o del buen vivir como también la relación con los actores externos.

El Plan de Manejo es una estrategia de carácter político organizativo que la comunidad negra ha obtenido y debe mantener para ordenar y planificar aspectos sociales, culturales, económicos, políticos y organizativos en el territorio.

Asimismo, esta propuesta conjuga el saber ancestral y técnico desde nuestra manera de ver y sentir y vivir el mundo, con el fin de planificar el uso, manejo, control y defensa de nuestro territorio ancestral en función del bienestar colectivo.

En el plan de uso y manejo se debe re-conceptualizar profundamente el modelo de desarrollo a través del cual se han venido planificando los procesos en estas comunidades y plantearse un modelo acorde con nuestra cosmovisión y lógica cultural, concentrándose en una perspectiva más humanística y ecosistémica donde el centro de todo sea el ser humano,

como parte integral de la naturaleza y en una relación de adaptación y de respeto hacia ella.

De igual forma el enfoque del plan de uso y manejo debe fortalecer la toma de decisiones desde la perspectiva de género y generación, posibilitando que el papel histórico que juega la mujer en este contexto cultural se visibilice, valore y fortalezca, en función de la apropiación territorial y del bienestar colectivo.

De la misma manera deben potenciarse las relaciones entre niños, jóvenes y adultos, entendiendo que las dinámicas transgeneracionales posibilitan y mantienen los conocimientos de toda cultura para satisfacción de sus necesidades y convivencia armónica. Desde esa perspectiva consideramos que un enfoque de planificación territorial, debe partir de reafirmar los derechos que sobre el territorio las comunidades negras tienen.⁸⁰

⁸⁰ Palenque, El Congal (2004). Proceso de Comunidades Negras –PCN– de Buenaventura (Valle del Cauca).

⁸¹ Lidoro Hurtado, líder del Consejo Comunitario del Bajo Mira y Frontera municipio de Tumaco (Nariño), integrante del Palenque Kurrulao Proceso de Comunidades Negras –PCN–.

DEFINICIÓN

El Reglamento Interno recoge el saber tradicional y las costumbres, es el manual para el respeto de la vida, el respeto por los mayores como portadores de la sabiduría del pueblo negro, donde se organiza la vida de la comunidad de acuerdo con lo que somos, con lo que hemos sido, pero también con lo que se quiere a futuro; es una guía para las relaciones con los de afuera –que son los que actualmente generan más presiones y daños sobre el territorio–; el reglamento interno es un manual de convivencia según nuestras costumbres y creencias y al mismo tiempo un manual de relacionamientos hacia afuera, para que se reconozca y se respete la autoridad tradicional que es el consejo de mayores, el gobierno propio que es la junta del Consejo Comunitario y la organización política que es la madre de todos estas autoridades: la organización étnico-territorial que luchó por la Ley 70.⁸¹

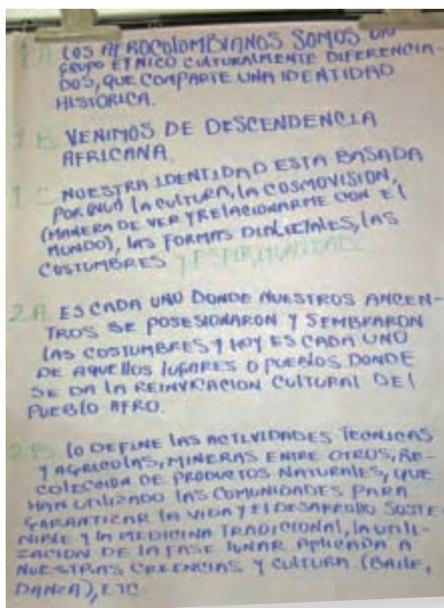


Foto: Sébastien Coquoz.
ONU Derechos Humanos

En el Convenio 169 OIT, artículo 8 se reconoce que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos.

El artículo 9 del Convenio ahonda en el reconocimiento de los métodos tradicionales para la represión del delito cometido por los miembros de los pueblos indígenas (comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera) exigiendo su respeto en la medida que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos.

En el artículo 330 de la Constitución Política se reconoce la institucionalidad indígena, la ley indígena, derecho mayor o ley de origen, como sus instancias de autoridad y gobierno (aplicable a la comunidad negra y afrocolombiana por mandato de la Corte Constitucional, sentencias T-955/03 y C-030 de 2008).

Esta diversidad jurídica hace necesario un diálogo intercultural para garantizar plenamente el respeto de los

derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera que debe estar bajo la responsabilidad del Estado como garante de los derechos fundamentales de todos sus ciudadanos.

Según el Palenque el Congal, el derecho propio se hizo visible a partir de los desarrollos de la Ley 70 de 1993 y se expresa en los reglamentos internos y los planes de uso y manejo del territorio que rigen el quehacer de las comunidades negras de acuerdo con su visión cultural, sus prácticas tradicionales y sus aspiraciones de etnodesarrollo y futuro como grupo étnico de ascendencia africana y como integrantes de la nación colombiana.⁸²

El trabajo realizado con las comunidades evidencia la necesidad de impulsar al interior de éstas la elaboración de instrumentos propios de gobierno o instrumentos de gobernabilidad de los pueblos. Dichos instrumentos deben contar entre otros, con planes de vida los cuales son distintos al plan de salvaguarda y ley de origen o sistema de autoridad y justicia, este plan pretende definir quiénes son las autoridades y cuál es su papel. Qué tipo de castigos se establecen. Si es un tercero cómo se aborda. De aquí se fundamenta la jurisdicción especial. En Colombia el eventual interlocutor por parte del Gobierno es la Casa de Justicia.

⁸² Palenque El Congal (2001). "Documento de principios y criterios para los reglamentos internos de los Consejos Comunitarios de Yurumanguí, Raposo y Mayorquín", Buenaventura, departamento del Valle del Cauca, República de Colombia.



Foto: Santiago Arboleda



WELCOME...





3

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA COMO INSTRUMENTO DE LA PROTECCIÓN Y REALIZACIÓN DE DERECHOS

“La erradicación de la discriminación implica que la diversidad deje de ser un concepto con carga histórica e ideológica para transformarse en un valor –el pluralismo– que enlace la diversidad y la unidad de forma dialéctica.

El pluralismo expresa en su sentido más profundo, tanto el reconocimiento como la protección debidos a las especificidades étnicas, culturales o espirituales, así como la aceptación de estos valores”.

*Doudou Diene
(Relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia 2002-2008).*

Foto: Socabón. Río Timbuiquí, archivo PCN



La consulta previa, libre e informada contribuye a la protección y realización de los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera. Y, al mismo tiempo, los derechos de estas comunidades orientan tanto los contenidos como los procedimientos de la consulta.

De esta manera, la consulta previa está orientada a asegurar los derechos de los pueblos afrodescendientes a su territorio, a la protección de los recursos naturales que hacen parte de éste y a los valores culturales, sociales y económicos asociados a

su uso y manejo. En este contexto la consulta previa, libre e informada es de gran importancia.

La Ley 99 de 1993⁸³ establece en su artículo 76 que:

La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

⁸³ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA), y se dictan otras disposiciones.

En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “la situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas” del 20 de octubre del 2000 enfatiza que la no discriminación y la participación de todos los ciudadanos en las medidas económicas como estrategia de superación de la pobreza, y sobre este principio planteó el requerimiento a un desarrollo democrático en coherencia con una participación incluyente en todos las esferas de la vida pública incluyendo la esfera económica.

La Corte Constitucional reafirma la aplicación de la Consulta Previa como un derecho fundamental cuya demanda ha sido objeto de protección mediante la declaración de “un estado de cosas inconstitucional” (Auto 005 de 2009, Sentencia 025 de 2004).

En tanto grupo étnico, en la jurisprudencia constitucional se ha insistido en que las comunidades afrocolombianas son titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.⁸⁴

En este sentido la Corte ha adoptado importantes decisiones para garantizar a las comunidades afrodescendientes sus derechos constitucionales. Así, entre otras, en la Sentencia C-461 de 2008⁸⁵ condicionó la exequibilidad de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010:

[En el] entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional.

En la Sentencia C-030 de 2008⁸⁶ este Tribunal declaró inconstitucional la Ley 102 de 2006 “por la cual se expide la ley forestal”, porque en la discusión y aprobación de la misma no se había consultado previamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar de que sus disposiciones afectaban directamente a estas comunidades.⁸⁷

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. A este respecto, en la Sentencia T-549 de 2006. MP. Jaime Araújo Rentería, puntualmente se expresó: “Por consiguiente, no cabe duda en relación con que las comunidades negras reconocidas y protegidas especialmente por el propio Constituyente en el artículo 176 de la Constitución Nacional, lo mismo que en la Ley 70 de 1993, expedida en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 55 transitorio de la Carta Política, son titulares calificadas de una serie de derechos fundamentales, derivados directamente de la obligación estatal de respetar y garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación”.

⁸⁵ Corte Constitucional, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁶ Corte Constitucional, MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁷ A este respecto, señaló la Corte: “En este caso, no obstante el carácter general de la ley –no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales–, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto –el bosque– que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida. A partir de las anteriores consideraciones, concluye la Corte que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtir el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6º del convenio 169 de la OIT.



“Todo Estado respetuoso de los derechos humanos e interesado en un desarrollo democrático y eficaz se construye sobre la igualdad y no discriminación de sus habitantes, y la plena incorporación de los mismos en la vida pública, social y económica, aprovechando y desarrollando sus valores humanos, culturales y organizativos. Así lo reconocen la Carta de la Organización de Estados Americanos y los instrumentos interamericanos de derechos humanos al afirmar, entre otros, que: ‘los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral.’ CIDH. Foto: Minga para el corte de caña. Río Yurumanguí. 2006, archivo PCN

En la Sentencia T-955 de 2003⁸⁸ la Corte tuteló los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades afrocolombianas de la Cuenca del

Río Cacarica, amenazados por la indiscriminada explotación forestal en el territorio colectivo de los accionantes.

Por su parte, en la sentencia T-574 de 1996,⁸⁹ la Corte concedió la tutela a los miembros de una comunidad afrocolombiana, dedicada al oficio de la pesca, frente a la contaminación generada por vertimientos de petróleo en el mar. En dicha providencia la Corte insistió en que la explotación de los recursos naturales no puede hacerse en desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades afro e indígenas.

Por tanto, el Gobierno en la toma de decisiones de tipo legislativo y administrativo que afecten a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, debe desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una labor coordinada con el fin de proteger sus derechos de participación y garantizar el respeto de su integridad.⁹⁰

Los siguientes derechos tienen una relación esencial con la consulta previa, libre e informada:

⁸⁸ Corte Constitucional, MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁸⁹ Corte Constitucional, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-382 de 2006 y SU-039 de 1997 citado por la Procuraduría General de la Nación en concepto 4614 sobre la inexequibilidad de la Ley 1152 de 2007 o Estatuto de Desarrollo Rural.

“La función de las leyes, tanto nacionales como internacionales es trasponer el principio de la no discriminación a las normas obligatorias o las reglas por las que se rige nuestra conducta. En primer lugar, esta normativa cumple la función de brindar una protección jurídicamente vinculante, así como reparar los daños sufridos por quienes hayan sido víctimas de la discriminación.”
Las dimensiones del racismo, OACNUDH.

Foto: Barequiando, Río San Miguel, Cauca, archivo PCN



1. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE LA NO-DISCRIMINACIÓN

La diversidad cultural, vista como diferencia entre las formas de vida en una sociedad ha sido y es todavía origen de la discriminación. La consulta previa, libre e informada puede ser un mecanismo efectivo para superar la discriminación y exclusión de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera.

La Constitución Política en su artículo 13 lo ratifica y agrega que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados y marginados”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 2 expresa:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.⁹¹

⁹¹ Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2, además los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos, artículo 2 común, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.



Foto: Río Atrato, Carlos Gómez Ariza

El Convenio 169 en sus artículos 2.a y 3.1 reitera el derecho a la igualdad con los demás miembros de la población y el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos y discriminación.

La Declaración de la conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia expresa:

Reconocemos el valor y la diversidad de las culturas y el patrimonio de los pueblos, cuya singular contribución al desarrollo y pluralismo cultural de la sociedad y cuya plena participación en todos los aspectos de la sociedad, en particular en te-

mas que les preocupan, son fundamentales para la estabilidad política y social y para el desarrollo de los Estados en que viven (numeral 40).

Reconocemos que los afrodescendientes han sido durante siglos víctimas del racismo, la discriminación racial y la esclavización, y de la denegación histórica de muchos de sus derechos, y afirmamos que deben ser tratados con equidad y respeto de su dignidad, y que no deben sufrir discriminación de ningún tipo. Por lo tanto, se deben reconocer sus derechos a la cultura y a la propia identidad; a participar libremente y en igualdad de condiciones en la vida política, social, econó-

mica y cultural; al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones y costumbres; a tener, mantener y fomentar sus propias formas de organización, su modo de vida, cultura, tradiciones y manifestaciones religiosas; a mantener y usar sus propios idiomas; a la protección de sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural y artístico; al uso, disfrute y conservación de los recursos naturales renovables de su hábitat y a participar activamente en el diseño, la aplicación y el desarrollo de sistemas y programas de educación, incluidos los de carácter específico y propio; y, cuando proceda, a las tierras que han habitado desde tiempos ancestrales (numeral 34).

El Plan de Acción de Durban en su numeral 15 insta a los Estados a:

a) Que adopten o sigan aplicando, en concierto con ellos, medidas constitucionales, administrativas, legislativas y judiciales y todas las disposiciones necesarias para promover, proteger y garantizar el ejercicio por los pueblos indígenas [las comunidades afrocolombianas negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] de sus derechos, así como para garantizarles el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales sobre la base

de la igualdad, la no discriminación y la participación plena y libre en todas las esferas de la sociedad, en particular en los asuntos que les afectan o interesan.

b) Que promuevan el conocimiento y el respeto de las culturas y el patrimonio indígena [de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera]; y celebra las medidas ya adoptadas por los Estados a este respecto.

En su numeral 16 pide a los Estados que:

c) Consulten a los representantes indígenas [comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] en el proceso de adopción de decisiones relativas a las políticas y medidas que les afecten directamente.⁹²

Un avance legislativo importante que se dio en el país fue la promulgación de la ley 1482 de 2011 llamada Ley Antidiscriminación. Dicha ley en principio pretendía penalizar el racismo pero realmente impone sanciones de tipo económico y penal para cualquier tipo de discriminación. Esta ley tiene como objeto *“Garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que sean vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.”*⁹³ En este orden de ideas las personas que incurran en actos de discriminación

por razón de *“raza, etnia, nacionalidad, sexo u orientación sexual”* sufrirán drásticas sanciones tanto penales como económicas. Es además importante anotar que el artículo de 134 de dicha ley establece como agravante de la acción que *“la conducta se ejecute en lugares públicos, se realice a través de medios masivos de comunicación, se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor, o esté orientada a negar o restringir derechos laborales”*.⁹⁴



Después de la minga; mujer de la organización de mujeres productoras de caña del Río Yurumanguí. Marzo de 2006, archivo PCN

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD CULTURAL

La perspectiva del Convenio 169 corrige el planteamiento del Convenio No. 107 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes de 1957 y abandona totalmente la posición de la asimilación.

El derecho a la identidad e integridad cultural se deduce del término *“pueblo”*, que reconoce una colectividad con identidad y organización propia, cultura, creencias, así como una relación especial con la tierra.⁹⁵

⁹² Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Conferencia de Durban: numerales 39, 40 y 42.

⁹³ Ley 1482 de 2011.

⁹⁴ Ley 1482 de 2011.

⁹⁵ Convenio 169, Introducción de Enrique Brú Bautista, Director de Área para Centroamérica de la OIT, ed. Costa Rica, 2002, p. 6.

El derecho mencionado está basado en el reconocimiento de la permanencia histórica de las comunidades afrocolombianas negras, afrocolombianas, raizal y palenquera en sus aspiraciones de “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco del Estado en que viven”.⁹⁶

En relación con la consulta previa, libre e informada, el respeto y la protección del derecho a la identidad e integridad cultural son esenciales, pues:

■ Orientan el procedimiento de la consulta.

■ Influyen en el contenido de las disposiciones que el Estado y el sector privado deben prever y considerar en la realización de los proyectos y de otras medidas que afectan a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera y los pueblos indígenas.

⁹⁶ Convenio 169, preámbulo.

⁹⁷ El artículo 9 del Convenio 169 se refiere a las regulaciones y métodos indígenas para la represión del delito.

En la realización de los derechos humanos, especialmente, como destaca el Convenio 169 en su artículo 2.b), de sus derechos económicos, sociales y culturales, los gobiernos con la participación de los pueblos indígenas y tribales [las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] deben promover su plena efectividad “respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”.

El derecho a la identidad e integridad cultural es desarrollado en la Decla-

ración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que incluye el derecho a no sufrir la asimilación forzada (artículo 8) y el derecho de pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres”, (artículo 9).

La Constitución Política en su artículo 70, establece que 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”.

3. EL DERECHO A CONSERVAR SUS USOS, COSTUMBRES Y SUS PROPIAS INSTITUCIONES

Este derecho está estrechamente relacionado con lo anterior y ahonda en el aspecto de la forma en la que las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, resuelven los conflictos, arreglan sus asuntos familiares y comunales y a través de qué instancias. Se refiere al uso del derecho consuetudinario, así como al derecho de conservar sus creencias, prácticas religiosas y su espiritualidad.

Con este propósito, la Ley 70 de 1993 en su artículo 35 plantea que:

El Estado debe reconocer y garantizar el derecho de las comunidades negras a crear sus propias instituciones de educación y comunicación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas establecidas por la autoridad competente.

El Convenio 169 en su artículo 8 expone que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.⁹⁷

Los procesos de la consulta previa, libre e informada, deben respetar la institucionalidad de la comunidad afrocolombiana, -negra, palenquera y raizal- así como las prácticas en la aplicación del derecho propio.

El Convenio 169 en su artículo 5 también dispone que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos”.

Igualmente, debe tomarse en cuenta la argumentación de las autoridades tradicionales de la comunidad afrocolombiana, -negra, palenquera y raizal- como los consejos de mayores, basada en su espiritualidad dando un significado propio a las propuestas de la consulta y a sus consecuencias para los pueblos.



“San Basilio de Palenque es el resultado del movimiento de insurrección esclavista más sobresaliente en Colombia; se inicia con 37 personas negras entre mujeres y hombres, orientado por Benkos Biohó, ex monarca de un estado africano”.

Hernández Palomino, Gabino y Biojó, Luis Antonio, El negro en la historia de Colombia. Foto: San Basilio de Palenque, archivo PCN

4. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

Las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera tienen derecho a participar en la toma de decisiones que les conciernen y de participar en la vida política, económica, social y cultural del Estado.⁹⁸

La consulta previa, libre e informada es un instrumento para garantizar este derecho.

En su artículo 6.c el Convenio dice que los Estados deben “establecer medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

El derecho a la participación abarca varias dimensiones. Específicamente, según el Convenio 169 de la OIT, las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera tienen derecho a participar:

⁹⁸ Convenio 169, artículo 6b y artículos 5 y 18 de la Declaración.



“Porque me ves el cutis
del color de la tinta
¿Acaso crees que es negra
también el alma mía?...
En eso te equivocas;
¡Las piedras más bonitas
en el carbón, a veces,
se hallan escondidas!...”

Candelario Obeso

Foto: San Basilio de Palenque,
archivo PCN

■ En los “planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”, (artículo 7.1).

■ En la utilización, administración y conservación de los recursos naturales en sus tierras, (artículo 15.1).

■ En la elaboración de programas de formación profesional especiales, (artículo 22.1).

La Constitución observa el derecho a la participación en sus artículos 286, 287 y 329.

Por su parte, la Ley 70 establece en el artículo 49 que:

El diseño, ejecución y coordinación de los planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social que adelanta el gobierno y la Cooperación Técnica Internacional para beneficio de las comunidades negras de que trata esta ley, deberá hacerse con la participación de los representantes de tales comunidades, a fin de que respondan a sus necesidades particulares, a la preservación del medio ambiente, a la conservación y cualificación de sus prácticas tradicionales de producción, a la erradicación de la pobreza y al respeto y reconocimiento de su vida social y cultural. Estos planes, programas y proyectos deberán reflejar las aspiraciones de las comunidades negras en materia de desarrollo.

Parágrafo. Las inversiones que adelanten el sector privado en áreas que

afecten a las comunidades negras de que trata esta ley deberán respetar el ambiente, el interés social y el patrimonio cultural de la Nación.

En este orden de ideas La Corte Constitucional, por su parte se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la importancia que reviste el ejercicio del derecho a la participación para los pueblos. En este sentido la Sentencia C-175 de 2009 consagra que, uno de los puntos de partida de la consulta previa es el derecho a la participación específicamente el tema de participación democrática se refiere a que los gobiernos deben asegurar una “*interacción efectiva y constante entre ciudadanos y la actividad del Estado*”, continua diciendo que las decisiones adoptadas por las instituciones públicas solo se hacen legítimas cuando los interesados han sido parte de un proceso deliberativo donde dichos interesados obtienen espacios de participación efectivos y concretos.⁹⁹

Adicionalmente la Sentencia C-175 de 2009 llama la atención sobre algunas previsiones constitucionales que ponen de manifiesto la doble obligación que tiene el Estado frente a los pueblos; esto es la de garantizar espacios de participación democrática de las comunidades indígenas y afrodescendientes así como el reconocimiento de la necesidad de preservar la identidad

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-175/09, fundamento jurídico 6.

de las comunidades tradicionales. Siendo así, tanto las comunidades indígenas como las comunidades afrodescendientes deben tener acceso a espacios de participación en la toma de decisiones que les afecten. Una participación democrática de los pueblos evitaría que se afecte la identidad como grupo diferenciado durante el ejercicio del poder político.¹⁰⁰

Luego la Sentencia C-366 de 2011 que recapitula la Sentencia C-030 de 2008 pone de manifiesto dos modalidades de participación en favor de indígenas y afrodescendientes: por un lado afirmando que las comunidades diferenciadas cuentan con los mismos derechos que el resto de la población al momento de participar en las decisiones de las políticas estatales. Y por otro establece que la participación de estas poblaciones diferenciadas se debe hacer de acuerdo con las particularidades de los pueblos.¹⁰¹

En la Sentencia T-769 de 2009, uno de los argumentos que se usó para tutelar los derechos de las comunidades fue que “se les vulneró el derecho de participación a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, a las comunidades indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó del municipio de Carmen del Darién, y a las del resguardo de Chageradó Turriquitadó del municipio



“El desarrollo y la recreación de nuestra visión cultural requieren como espacio vital el territorio. No podremos ser, si no tenemos el espacio para vivir de acuerdo a lo que pensamos y queremos como forma de vida. De ahí que nuestra visión de territorio sea la visión de hábitat, es decir, el espacio donde el hombre negro y la mujer negra desarrollan colectivamente su ser, en armonía con la naturaleza... Este principio reafirma nuestro derecho a tener un territorio, como el espacio donde desarrollamos nuestra vida comunitaria familiar y personal, desde nuestras propias lógicas y tradiciones.”

*PCN Proyecto LASA -
“Otros Saberes” 2007*

Foto: Carlos Gómez Ariza

de Murindó, en los departamentos del Chocó y Antioquia, y de los consejos menores de las comunidades, en coordinación con los consejos mayores (f. 20 ib.), pues no se tuvo en cuenta a tales comunidades, ni se realizó consulta.¹⁰²

La sentencia concluye que los pueblos que habitan dicho territorio no pudieron participar de manera directa en la decisión que terceros habían tomado de explorar y explotar su territorio. La ausencia de participación les negó a los pueblos la posibilidad a definir sus “propias prioridades”.¹⁰³



¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-175/09, fundamento jurídico 8

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia C-366/11, fundamento jurídico 11

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia T-769/09

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09

5. EL DERECHO A DECIDIR SUS PROPIAS PRIORIDADES Y ESTRATEGIAS PARA EL DESARROLLO

Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre el desarrollo, este es un:

Proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan.¹⁰⁴



Cuando yo era niña sembrábamos el arroz y lo pilábamos, era cafecito, con cascarita y quebrado, le decíamos el arroz costeño, y también decían que era el arroz de los pobres, de nosotros los negros. Con el desarrollo llegó el arroz calilla, más blanco y sin cascarita que traían del interior; el arroz costeño fue desapareciendo. Ahora grande, un día fui al supermercado y me encontré que estaban vendiendo un arroz igualito al costeño, al arroz de los negros y los pobres y resulta que dizque es el mejor para la nutrición y más caro que el arroz calilla.

Entonces no entiendo eso del desarrollo, yo ya no sé si el desarrollo está atrás o adelante”

Mama Cuama, líder del Consejo de Mayores del Palenque El Congal.

Foto: Buenaventura, archivo PCN

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable que se ejerce individual y colectivamente.

El Estado tiene el deber de crear condiciones favorables para el desarrollo.

El Convenio 169 en su artículo 7.1 dispone que los pueblos tribales (las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera) tienen “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo”.

La Declaración reafirma lo establecido en el Convenio 169 y agrega en su artículo 20 el derecho a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo y el derecho a la reparación justa y equitativa cuando son desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo.

Desarrollo humano sostenible: la persona humana está en el centro del desarrollo, es el sujeto del desarrollo. Este cambio de perspectiva se refleja en el término del “desarrollo humano”.¹⁰⁵ Debido a la esencial relación entre los seres humanos y la naturaleza, fuente de la riqueza, medio en que vivimos, el desarrollo debe ser realizado con respe-

¹⁰⁴ Naciones Unidas, Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986. Preámbulo.

¹⁰⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Informe de Desarrollo Humano, 1992.

to al medio ambiente y bajo condiciones de su sostenibilidad. En consecuencia, el desarrollo debe ser sostenible.

El mismo artículo 7 del Convenio 169 agrega elementos importantes para el procedimiento de la consulta y el objeto de los proyectos de desarrollo:

■ Artículo 7.2. “El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados con su participación y cooperación deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

■ Artículo 7.3. “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.¹⁰⁶

Hay otras directrices internacionales importantes que deben guiar la acción de los Estados en materia del desarrollo, y la realización de los derechos humanos y libertades fundamentales. Éstas son,

por ejemplo, la Declaración del Milenio (2000), la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible en Johannesburgo, Sudáfrica (2002), y el documento final de la Cumbre Mundial (2005).¹⁰⁷

La Declaración del Milenio¹⁰⁸ reafirma los compromisos de los Estados con el desarrollo humano sostenible, entre otros, con los valores éticos de la igualdad, la libertad, el respeto de la diversidad, la tolerancia así como la nueva ética hacia el medio ambiente. Relaciona el desarrollo con la erradicación de la pobreza extrema y la disminución del hambre a la mitad hasta el 2015 y se propone garantizar la sostenibilidad ambiental.¹⁰⁹

¹⁰⁶ En relación con lo anterior también es importante señalar el contenido del artículo 2.2 b del Convenio 169 que se refiere a que los gobiernos “deberán asumir la responsabilidad del desarrollo con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática (...) b) promueven la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”.

¹⁰⁷ Las Naciones Unidas A/RES/60/1.

¹⁰⁸ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/55/ 2 del 8 de septiembre 2000.

¹⁰⁹ Los otros objetivos del milenio son: lograr la educación básica universal, promover la equidad de género y la autonomía de la mujer, reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud reproductiva, combatir el VIH/SIDA, malaria y dengue, y fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

¹¹⁰ Convenio 169, Art. 14.

6. EL DERECHO A LA TIERRA, AL TERRITORIO, A LOS RECURSOS NATURALES Y AL MEDIO AMBIENTE

Las tierras y los territorios ancestrales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, y sus recursos naturales, son la fuente de sus vidas, de su existencia y subsistencia; forman parte de su concepción sobre sí mismos como grupo étnico.

Esto conlleva a que el derecho a la propiedad, la posesión y el uso de las tierras y los territorios que tradicional-

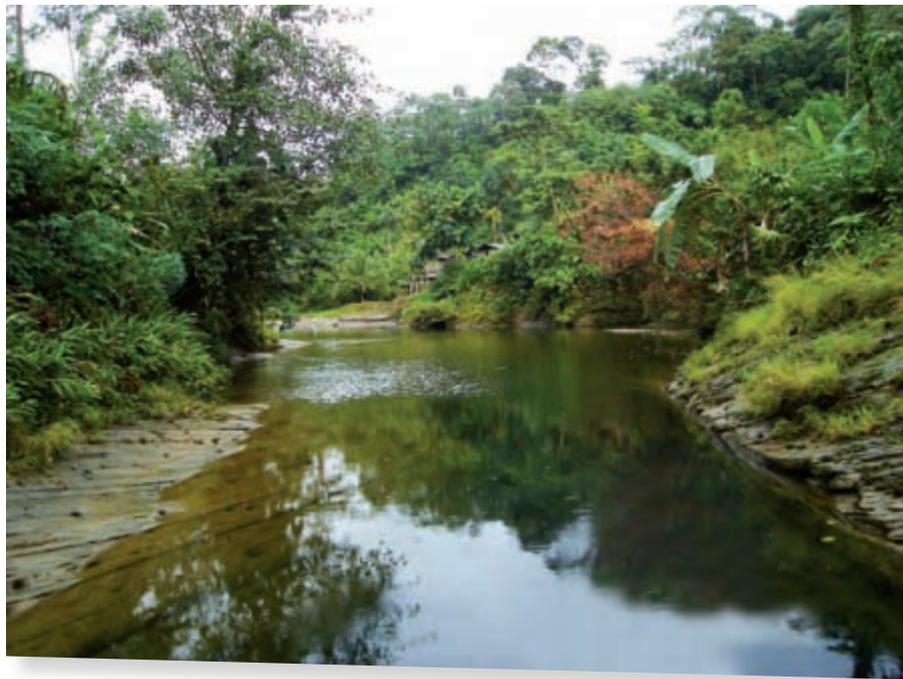
mente ocupan de forma colectiva sea fundamental para su permanencia y supervivencia.¹¹⁰

En consecuencia, el Convenio 169 en su artículo 13.1 establece que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”.

ALCANCE DEL DERECHO A LA TIERRA Y EL TERRITORIO

En la definición del alcance del derecho a la tierra y el territorio el artículo 14.1 del Convenio 169 señala que:

Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...) deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.



“El más grande templo o lugar sagrado que mantuvieron los esclavizados citareños fue la selva. En ella encontraban la mayoría de objetos litúrgicos necesarios para comunicarse con sus deidades. Este lugar era muy similar al mismo que habían dejado en África Central y Occidental y les era fundamental para recrear el alma africana. Por eso en la selva se internaban cuando huían de la esclavitud, a ella también se iban en muchos casos siendo ya libres y definitivamente en ella se quedaron cuando fueron definitivamente libres”. “Visiones de la espiritualidad afrocolombiana”. Sergio A. Mosquera.

Foto: Río Timbiquí, Cauca, archivo PCN

Además en el artículo 13.2 señala que: “La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”.

La determinación sobre cuáles son las tierras y territorios indígenas y de los grupos tribales (comunidades negras,

afrocolombianas, raizal y palenquera) es responsabilidad del gobierno (artículo 14.2.) que debe tomar las medidas necesarias para ello garantizando “la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

La Constitución Política refleja esto en su artículo 63 en que declara, entre otros, las tierras comunales de los grupos étnicos y las tierras de res-

guardo de pueblos indígenas como inalienables, imprescriptibles e inembargables.

La ley 70 de 1993 en el capítulo tercero, art. 6, se establece la adjudicación colectiva de los suelos y los bosques, así como las excepciones en las adjudicaciones colectivas. El numeral g del artículo puntualiza que ‘con respecto a los suelos y los

bosques incluidos en la titulación colectiva, la propiedad se ejercerá en función social y le es inherente una función ecológica”.

Y en el artículo séptimo establece que “en cada comunidad, la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable”.

En el mismo capítulo, agrega:

Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquél u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas.

RECURSOS NATURALES Y DEL SUBSUELO

El derecho a las tierras y territorios adquiere especial importancia en relación con la exploración y explotación de los recursos naturales y del subsuelo.



“En los últimos años, además, el desplazamiento forzado ha afectado desproporcionadamente a los afro, que representan casi la cuarta parte de la población desplazada. Esto se explica porque sus territorios ancestrales no sólo son espacios estratégicos en la guerra, sino que son ambicionados para la realización de proyectos energéticos, como bien lo resalta el reciente Auto 05 de 2009 de la Corte Constitucional, que da órdenes al Gobierno para amparar los derechos de esta población.”

Rodrigo Uprimny

La discriminación racial en Colombia. El Espectador, Mayo 25 2009

Foto: Yurumanguí, Buenaventura, archivo PCN

El Convenio 169 en su artículo 15.1 declara especial protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales (las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera) a los recursos naturales en sus tierras: “Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

El artículo 15.2. señala en relación con los recursos del subsuelo la consulta “a fin de determinar si los intereses de

esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

Este artículo además dispone la participación de los pueblos indígenas y tribales (las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera) en el beneficio de las actividades mineras, siempre que sea posible, y percibir una indemnización equitativa al daño como resultado de esas actividades.

La Constitución en su artículo 330, parágrafo, dispone que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La Corte Constitucional reconoce este derecho a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera.¹¹¹

MEDIO AMBIENTE

En relación con el medio ambiente el Convenio 169 establece en su artículo 7.4 como obligación general de los gobiernos que estos “deberán tomar medidas en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

7. EL DERECHO A UTILIZAR, REVITALIZAR, FOMENTAR Y TRANSMITIR SU PROPIO IDIOMA

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

De igual manera, la Constitución Política de Colombia en su artículo 10 reafirma el derecho al idioma propio y reconoce el país como pluriétnico y multicultural, oficializa las lenguas de los grupos étnicos en sus territorios, establece el derecho de los grupos étnicos con tradiciones lingüísticas propias a una educación bilingüe, institucionaliza la participación de las comunidades en la dirección y administración de la educación y establece el derecho que tienen a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.



Foto: Río Yurumanguí, archivo PCN

Y la Ley general de educación –115 de 1994– define que:

En sus respectivos territorios, la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística propia será bilingüe, tomando como fundamento escolar la lengua materna del respectivo grupo, sin detrimento de lo dispuesto en el literal c. del artículo 21 de la presente Ley.

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencias T-955 de 2003 y C-030 de 2008.



*La autonomía de San Basilio de Palenque fue reconocida por la Corona española, convirtiéndose en el primer pueblo libre de América.
Foto: San Basilio de Palenque, Corporación Jorge Artel*



4



RUTA PARA UNA EFECTIVA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA⁸³



⁸³ Insumos Universidad del Rosario y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia.

1. TIPOS DE CONSULTAS

Si bien es cierto que en la práctica se ha venido unificando los procedimientos a partir de la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha desarrollado a partir del Convenio 169 de OIT y que la Directiva presidencial 10 de 2013 reafirma, la normativa no ha revocado la existencia del decreto 1320 que establece un procedimiento normativo para los proyectos que requieren licencia ambiental. En este sentido se puede afirmar que aun se aplican dos tipos de consulta:

A. CONSULTA SOBRE PROYECTOS QUE REQUIEREN LICENCIA AMBIENTAL

La Ley 99 de 1993 define la competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en relación a las consultas de proyectos que requieren licencia ambiental.

El Ministerio convoca a la protocolización del proceso de consulta sobre el procedimiento, cuando se requiera expedir licencia ambiental. El proceso ha sido acompañado en todas sus etapas anteriores por el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Asuntos de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (Decreto 1320 de 1998).

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional T-652 de 1998, T-955 de 2003 y T-880 de 2006, este decreto no siempre tiene viabilidad cuando se trata de proteger la integridad cultural de los pueblos afectados:

Para efecto de la consulta no sobra recordar que en la Sentencia T-652 de 1998, esta corporación ordenó a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente abstenerse de aplicar el Decreto 1320 de 1998, y que el Consejo de Administración de la OIT solicitó al Gobierno nacional la modificación de dicho decreto, por quebrantar el espíritu del Convenio 169 que el decreto en mención dice reglamentar. De modo que las consultas que en esta providencia se ordenan se adelantarán consultando el sentir de las comunidades interesadas, y en consideración a las situaciones de hostigamiento que las mismas afrontan."

Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

Los aspectos criticados en torno al Decreto 1320 son, especialmente:

■ Que no incluye indicadores ni procedimientos sobre posibles impactos culturales.

■ Los tiempos previstos en los procedimientos.

■ Los mecanismos de información a la comunidad.

■ El hecho de que el decreto establece que si los representantes de las comunidades se niegan a participar, u omiten dar respuesta dentro de los términos previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación.

■ La aplicación indistinta del decreto, a pesar de haber sido declarado no viable para los casos que afectan derechos culturales de las comunidades étnicas, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional (T-955 de 2003 y T-880 de 2006). La aplicación del decreto debe limitarse a algunos proyectos que requieren licencia ambiental (concepto 1.708 de 2008 del Consejo de Estado)

■ Según la definición que el decreto hace sobre "territorio", conlleva que la consulta sólo se aplica para resguardos o al área titulada y no al territorio ancestral o tradicional.

B. CONSULTA DE PROYECTOS QUE NO REQUIEREN LICENCIA AMBIENTAL

En estos casos la consulta se rige por la Ley 21 de 1991 que ratifica y reproduce el Convenio 169 de la OIT y el Decreto 200 de 2003.

Todo este proceso de consulta es adelantado con el acompañamiento y bajo la orientación del Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Estos casos pueden tener acciones asociadas para la protección del ambiente como los planes de uso y manejo.

La Corte mediante Sentencia T-547/10 concede a los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, como manifestación del derecho a la participación en las decisiones que los afectan; a la diversidad étnica, social, cultural y religiosa; a la autonomía y al debido proceso. En razón de la licencia ambiental a la empresa Brisa S.A. para el proyecto denominado "Construcción y Operación de la Fase 1 del 'Puerto Multipropósito de Brisa', localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, departamento de la Guajira"

otorgada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dado que dicha licencia fue otorgada en un territorio considerado ancestral por los pueblos anteriormente mencionados. Así mismo la Corte en este caso ordena "suspender las actividades del proyecto y conmina al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y al entonces Ministerio del Interior y Justicia a llevar a cabo un proceso de consulta previa apropiado.



Foto: Esperando el bus en Providencia, Cybèle Hauptert

2. PARTICIPANTES DE LA CONSULTA

A partir del Convenio 169, la Corte Constitucional ha definido los siguientes actores¹¹²:

■ Los pueblos directamente afectados; sus autoridades, líderes y organizaciones representativas definidas de manera autónoma.

■ La Dirección de Asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia, cuya obligación es coordinar y garantizar el cumplimiento de las condiciones adecuadas para el desarrollo de la consulta.

■ El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial cuando se trata de una consulta para proyectos que requieran licencia ambiental.

■ El Ministerio Público: la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Personería Municipal, ejercen funciones de control al vigilar la legalidad y transparencia del proceso de consulta previa, libre e informada.

■ La empresa privada o pública interesada en el proyecto, que cumple con el deber de informar a las instituciones y a la comunidad afrocolombiana-negra, palenquera o raizal- afectada sobre todo lo concerniente al proyecto de manera previa, clara y suficiente.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-323 de 2003.

En los casos previstos para erradicación de cultivos para los que se presumen usos ilícitos, la consulta se realiza con la participación de:¹¹³

- La Dirección de Asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del Ministerio del Interior, en representación del gobierno nacional.
- Las comunidades asentadas en los territorios donde existen cultivos para los cuales se presumen usos ilícitos.
- La Dirección Nacional de Estupefacientes como entidad responsable de las políticas para erradicación de cultivos de uso ilícito.

■ La Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional como ejecutora de los mecanismos de erradicación de cultivos para uso ilícito.

■ Los organismos de control: Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Personería.

3. PROCEDIMIENTO PARA EL DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Cuando el proyecto, obra o actividad que se pretende desarrollar afecte a la comunidad afrocolombiana -negra, palenquera y raizal- y sus territorios –estén éstos titulados o no–, se debe proceder a la realización de una consulta previa, libre e informada.

El procedimiento a cumplir y el papel que las entidades, así como las comunidades y organizaciones de los pueblos afectados, deben jugar, responde a las siguientes funciones, para lo cual se propone tener en cuenta algunos comentarios.¹¹⁴

■ **Corresponde al Ministerio del Interior** certificar la presencia de comunidades negras, afrocolombianas,

raizales y palenqueras, su representación y ubicación geográfica.

Las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras afectadas tienen derecho a participar en el diseño de los procedimientos más adecuados para su reconocimiento e identificación.

Esta observación está respaldada por la Sentencia T-737 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis:

El Estado colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa, libre e informada no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todas las comunidades (...) El proceso consultivo que las autoridades realicen ante las comunidades para tomar una

decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo.

■ **Corresponde al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoдер–** certificar sobre la existencia de territorio legalmente constituido.

Las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras tienen

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003.

¹¹⁴ Los organismos de control y la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos identificaron en los talleres realizados sobre el derecho a la consulta previa los aspectos que siguen como observaciones para tener en cuenta durante el desarrollo de los procedimientos y desempeño institucional según sus competencias.

derecho a participar en la identificación de sus territorios no titulados afectados por la obra o actividad, para ser consultados sobre el uso de los mismos.

■ **Corresponde a las autoridades ambientales competentes** (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y las corporaciones ambientales regionales) certificar la presencia de estas comunidades, en caso de existir discrepancia.

El término para expedir las certificaciones (Decreto 1310) es dentro de los quince (15) días hábiles siguientes

a la radicación de la solicitud de la consulta emitida por las empresas, entidades ejecutoras del gobierno o de los mismos pueblos, de acuerdo con el derecho a la autodeterminación contemplado en el Convenio 169.

La certificación de la presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras debe realizarse teniendo en cuenta sus usos y costumbres dentro de sus hábitats naturales y culturales. Un territorio en uso u ocupación por comunidades afrodescendientes tendrá con frecuencia

una gran adaptación al medio natural. De allí que su presencia no sea fácilmente identificable. Es por ello que los procedimientos de verificación deben partir del conocimiento y estudios previos sobre dichos pueblos, su cultura, prácticas y costumbres. Debe ser realizado por profesionales idóneos y preferiblemente con el apoyo institucional especializado como el Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología y en todos los casos con la participación de los líderes y autoridades tradicionales de las mismas comunidades involucradas o afectadas.

4. ASPECTOS OPERATIVOS Y METODOLÓGICOS DE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

La entonces Dirección de Etnias advirtió con base en su experiencia, que no existe una sola forma o metodología en la realización de la consulta previa;¹¹⁵ por cuanto las particularidades culturales de cada pueblo son distintas, se requiere realizar ajustes que garanticen el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de los pueblos consultados.

En este sentido y de acuerdo con establecido por el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT¹¹⁶, la Oficina del Alto

Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos adelantó un proceso de 82 diálogos regionales con pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas palenqueras y pueblo Rrom en los que éstos establecieron en consenso la visión de los pueblos sobre la consulta previa acordando principios, criterios metodológicos y recomendaciones desde sus leyes de origen y derecho propio.¹¹⁷

Por su parte, el Gobierno a través del Ministerio del Interior en reiteradas



¹¹⁵ Ministerio del Interior y de Justicia; 2006 "La consulta previa a pueblos indígenas y tribales: compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio", p. 581.

¹¹⁶ OIT 1989; Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo- OIT, Artículo 6.

¹¹⁷ Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina en Colombia; 2013 "Voces y Palabras Mayores de los Pueblos Étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado." Documento de trabajo.



“La exclusión social se podría definir como la denegación de los derechos humanos, pero se evita la expresión derechos humanos y se propicia el uso de términos como desventaja, privación o vulnerabilidad.”
 Katharina Tomasevski. Foto: Archivo PCN

¹¹⁸ Ministerio del Interior y de Justicia 2006; publicación “La consulta previa a pueblos indígenas y tribales; compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio. “Cuarta parte: El proceso desarrollado por la Dirección de Etnias, Capítulo II, subtítulo Fases del proceso de consulta, Págs. 582— 583; y Ministerio del Interior y de Justicia 2009; publicación “La consulta previa a grupos étnicos en Colombia; compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de Estudio”. Tomo II, Cuarta Parte: La consulta previa: el proceso desarrollado por la Dirección de Etnias, Subtítulo 2. El procedimiento de la consulta previa; Págs. 637-639.

¹¹⁹ Presidencia de la República de Colombia; 2010 Directiva Presidencial 10 del 7 de noviembre de 2010. “Guía para la realización de la consulta previa en comunidades étnicas”.

¹²⁰ *Ibíd.* Etapa tres.

ocasionen ha construido guías para la realización de la consulta previa¹¹⁸ y ha establecido etapas para su ejecución; la más reciente disposición sobre los aspectos operativos de la consulta previa es la Directiva Presidencial número 10 de 2013, con el objetivo de alcanzar una coordinación interinstitucional para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno.¹¹⁹ Esta guía establece cinco etapas durante la consulta:

1. Certificación de la presencia de comunidades: En esta etapa “se determina si en el área de un proyecto,

obra o actividad se certifica o no la presencia de una comunidad étnica según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas. A partir de la información suministrada por el solicitante, la Dirección de Consulta Previa debe certificar si existe o no la presencia de comunidades étnicas según lo que registren las bases de datos de la Dirección y/o los resultados de una visita de verificación en campo, cuando sea necesaria.”¹²⁰

Comentario

Sobre el estándar del autoreconocimiento la presencia de las comunidades en un territorio debe ser parte de la consulta a dicho pueblo. Las autoridades tradicionales son las indicadas para conceptualizar acerca de la pertenencia y ubicación en un territorio determinado, tal como fue determinado por la Corte Constitucional mediante el Auto del 18 de mayo de 2010 en el caso Jiguamiandó – Curvaradó.

2. Coordinación y preparación: En esta etapa las acciones están orientadas a “identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el proyecto, obra o actividad (POA) que se consultará, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación.

En el objeto de esta fase el Gobierno establece que se debe “coordinar y diseñar estrategias para facilitar el proceso de consulta; identificar si el proceso de consulta requiere consentimiento previo, libre e informado, según si se configura alguna de las tres hipótesis que lo requieren, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

a) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades.

b) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas.

c) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma.” (Negrillas por fuera de texto original).

Comentario

El Gobierno nacional hace explícita por primera vez la aplicación del consentimiento previo libre e informado según el estándar establecido por la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs Surinam* en el que se reconoce este derecho a los pueblos además del derecho a la consulta previa, libre e informada.



“Resultan inocultables los torrentes de sangre derramados por parte de algunas personas para que con su dolor, y muerte, sobrevivan otros. Esa gente, de cuyas heridas aún siguen manando sangre, al mismo tiempo ha construido su propia historia, que desde luego las academias no la juzgan “oficial”.

*Visiones de la espiritualidad afrocolombiana
Sergio A. Mosquera*

Foto: Río Yurumanguí, archivo PCN

Los pueblos en su ejercicio autónomo han planteado mediante el documento *“Voces y palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo libre e informado”*¹²¹ que el consentimiento corresponde a una decisión autónoma emitida mediante pronunciamiento de sus autoridades y

por tanto no puede ser reglamentado desde afuera.

3. Pre-consulta: Esta etapa tiene por objeto “Realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el pro-



¹²¹ *Ibíd.*



Foto: Carlos Gómez Ariza

pósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del Proyecto, Obra o Actividad (POA), y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas.”¹²²

4. Consulta Previa: Cuyo objeto es “la realización de un diálogo entre el Estado, el Ejecutor y las Comunidades Étnicas, para que la Dirección de Consulta Previa cumpla con el deber de garantizar su participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones sobre (Proyectos, Obras o Actividades) POAs que puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.”¹²³

Comentario

Las comunidades negras, afrocolombianas, palenquera y raizal, tienen derecho a la información previa, plena y adecuada incluida la información sobre el derecho a la consulta. Se debe tener especial cuidado de dar cumplimiento a los principios.

La comunidad del pueblo afrodescendiente consultado debe tener los espacios y tiempo suficientes para analizar y comprender la información recibida para la toma de decisiones. El respeto y la protección de la integridad cultural exigen que los tiempos y los procedi-

mientos deben ser concertados con la comunidad negra, afrocolombiana, palenquera o raizal antes de proceder con la información o socialización del proyecto.

La información proporcionada estará referida a todos los aspectos relacionados con el proyecto, obra u actividad.

Los pueblos étnicos adicionalmente tienen derecho a la participación en la elaboración de los estudios de impactos –sociales, culturales, ambientales u otros específicos– generados por el proyecto, obra o actividad, según el artículo 73 del Convenio 169. En esta parte se deben tener en cuenta los estudios de caracterización social, económica, política y cultural de los pueblos que elabora la **Dirección de asuntos de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras** del Ministerio del Interior.

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos revisó y analizó 17 casos de procesos existentes en los archivos del Ministerio del Interior, y en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en los cuales, los estudios de impacto ambiental fueron realizados por expertos contratados por la empresa y externos a las comunidades y pueblos afectados, que pocas veces conside-

¹²² Ob.p.cit.

¹²³ Ibíd.

raron las otras categorías sociales de la misma forma que el impacto ambiental. Socializaron sus resultados en una sola jornada de trabajo, generalmente en castellano, sin traducción a la lengua o lenguaje propio de los pueblos. Por lo general, en esta misma jornada se procede con la concertación de acuerdos, casi siempre en ausencia del acompañamiento estatal. Las entidades estatales regularmente hacen presencia en la jornada de protocolización. Es durante esta etapa del proceso donde por lo general se presentan serias irregularidades con respecto al mandato normativo.¹²⁴

Se recomienda aplicar los principios de buena fe, información suficiente y previa, y procedimientos adecuados, dando espacio para el diálogo intercultural y el pluralismo jurídico.

5. Seguimiento de los acuerdos:

Tiene por objeto “asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas”.¹²⁵

Comentario

Los pueblos étnicos, incluidas las comunidades negras, afrocolombianas, palenquera y raizal tienen derecho al registro y memoria de los asuntos que los afectan o en los que ellos toman parte. El seguimiento debe realizar-

se con la plena participación de los pueblos y las comunidades afectadas, en el cumplimiento de los acuerdos establecidos para las medidas de mitigación de los impactos naturales, económicos, sociales y culturales, o con referencia a los reglamentos interculturales concertados.

Se deben establecer indicadores culturales para el seguimiento de los impactos y las medidas de contingencia en esta área. Cuando los estudios se refieren a la exploración de yacimientos se recomienda que el seguimiento incluya información sobre el resultado de los mismos.

La presencia del Estado es requerida durante todo el proceso como ente portador de obligaciones y garante de la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos que participan en procesos de consulta.

El seguimiento de los acuerdos debe estar acompañado del Ministerio Público como garante del proceso. Los pueblos dentro del derecho a la autonomía pueden solicitar la presencia de otros organismos no gubernamentales como garantes.



Foto: Carlos Gómez Ariza

¹²⁴ Por ejemplo, los pueblos afrodescendientes- comunidades negras, afrocolombianas, palenquera y raizal- son convocados a la consulta sin haber recibido la capacitación sobre el derecho a la consulta, función que le corresponde a la Dirección de pueblos étnicos (Decreto 200/2003, art 16)

¹²⁵ *Ibíd.*



Foto: Carlos Gómez Ariza

Crterios y subreglas para la aplicacin de la consulta previa.

La Corte Constitucional recapituló sobre los criterios de aplicacin para la consulta previa en la Sentencia T-376 de 2012 sobre el Caso de la comunidad negra de la zona turística de la Boquilla que se revisara más adelante. En esta la Corte señala los siguientes criterios:

- (i) El objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.);
- (ii) El principio de buena fe debe guiar la actuacin de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto, para la eficacia de la consulta;
- (iii) Por medio de las consultas se debe asegurar una participacin activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participacin sea activa significa que no equivale a la simple notificacin a los pueblos interesados o a la celebracin de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisi3n que adopten las autoridades concernidas;
- (iv) La consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente,
- (v) La consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

En cuanto a las reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicacin de la consulta, la Corte hace hincapié en las siguientes:

- (i) La consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeaci3n e implementaci3n de la medida;
- (ii) Es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre- consulta o consulta de la consulta);
- (iii) Debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y,
- (iv) En caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad;
- (v) Cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.¹²⁶

¹²⁶ Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

5. ¿CÓMO SE TOMAN LAS DECISIONES EN EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA?

El proceso de consulta debe atender la Sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional, donde se establece que: “La decisión final debe ser, en la medida de lo posible, concertada”.

De acuerdo con el artículo 6 numeral 2 del Convenio 169 la consulta debe conducir a la obtención del consentimiento previo, libre e informado del pueblo consultado.¹²⁷

Según el Decreto 1320 de 1998 –aún vigente para proyectos que requieren licencia ambiental–:¹²⁸ En este se plantea la toma de decisiones por acuerdo:

- Si existe acuerdo entre las partes se elabora el acta y se firma (protocolización).
- Si no existen acuerdos respecto de las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, se dará por terminada la reunión dejando en el acta constancia expresa de tal hecho, y la autoridad ambiental competente decidirá.

Comentario:

La recomendación de la Corte Constitucional –especialmente la relacionada con la objetividad– conlleva a valorar la situación en la cual se encuentran las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, y sus capacidades para decidir libremente acerca de los impactos que los proyectos, las obras o actividades generan sobre sus comunidades y territorios.

Dicha valoración implica un estudio previo en torno a la situación de cuatro variables relacionadas con los derechos y las libertades fundamentales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera:

- Las opciones y prioridades de la comunidad negras, afrocolombianas, raizal y palenquera consultada frente al tema del desarrollo.
- La autonomía de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera en la toma de decisiones que les afectan.
- La participación libre, previa e informada.
- Las garantías existentes para que las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera consultadas establezcan el diálogo con la empresa en condiciones de igualdad y respeto por la diferencia.



“Desterrar significa: “Arrancar de la tierra, desenraizar del paisaje, romper el paisanaje; hacer que nos reguemos los que llevamos el mismo paisanaje por dentro, los paisanos. Es también cortar la savia, arrancarnos del árbol que nos une y da sentido a nuestra existencia, porque nosotros somos como un tronco con todas sus ramas y se nos está matando la posibilidad de los renacientes.”

*Líderes comunitarios rurales del Pacífico
Tomado de “Conocimientos ancestrales amenazados y destierro prorrogado: la encrucijada de los afro colombianos”.
Santiago Arboleda Quiñones*

*Foto: Consejo comunitario, río Timbiquí.
Cauca, archivo PCN*

¹²⁷ Este tema se trata en el capítulo 3 subtítulo 3 de esta cartilla

¹²⁸ El Consejo de Estado, en el concepto 1.708 de 2007 –caso U’wa–, establece que el Decreto es útil para orientar la consulta en proyectos que requieren licencias ambientales y específicamente en los impactos de tipo ambiental haciendo la salvedad de que para impactos culturales se debe acudir a la Ley 21 de 1991 en el espíritu establecido en el Convenio 169 de 1989 de la OIT.



REFERENCIA A CASOS EN
RELACIÓN CON LA CONSULTA:
LECCIONES APRENDIDAS

5





*Regresando de la rocería de la caña; mujeres productoras del río Yurumanguí, 2006.
Foto: Archivo PCN.*

129 Por el cual el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de la facultad conferida por la Ley 790 de 2002, y de lo previsto en la Ley 489 de 1998, determina “los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, y se dictan otras disposiciones”. Actualmente Ministerio del Interior conservando las mismas funciones con relación al registro de las organizaciones étnico-territoriales y culturales de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

La consulta previa, libre e informada es un tema que evidencia las tensiones existentes entre las diferentes visiones de desarrollo nacional, incluidas las visiones de desarrollo propio de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, la protección y el respeto de los derechos humanos de las mismas comunidades.

Esta tensión se refleja en el siguiente párrafo de la Sentencia T-055 de 1997 de la Corte Constitucional, caso Cacarica:

Entre los puntos coincidentes resulta pertinente destacar la obligación adquirida por el Estado colombiano de proteger, ‘especialmente’, los derechos de los pueblos indígenas y tribales a ‘los recursos naturales existentes en sus tierras’ (artículo 15); obligación ésta que el artículo 330 de la Carta hace descansar en la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten al respecto, a fin de asegurar que la explotación de los recursos en sus territorios se hará sin desmedro de su integridad cultural, social y económica.

En virtud de lo anterior agrega la Corte:

*Compete a esta Dirección, entre otras funciones, atinentes a la protección de la diversidad étnica y cultural nacional, además de llevar el registro de los Consejos Comunitarios y organizaciones de base de las comunidades negras, “promover la resolución de conflictos por razón de propiedad colectiva, usufructo, explotación de tierras, o recursos naturales y ejercicio de prácticas tradicionales de producción conforme a las disposiciones legales sobre la materia”, como también “coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos de conformidad con la ley” –artículo 16, Decreto 200 de 2003–.*¹²⁹

(...) Lo expuesto en razón de que el Convenio 169 de la OIT, varias veces citado, comprende los derechos de los pueblos (...) al territorio, a la participación, a la educación, a la cultura y al desarrollo, enmarcados dentro de la guarda de su identidad cultural; y a que el mecanismo de la consulta, prevista y regulada en el instrumento internacional a que se hace mención, obliga a los Estados partes a considerar el parecer de los pueblos (...) antes de proferir las decisiones legislativas y administrativas que pueden afectarlos, a fin de permitir a estos pueblos asumir el control de sus instituciones y de sus formas de vida, y decidir lo atinente a su desarrollo económico.¹³⁰

Los avances en el autorreconocimiento de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera como grupo étnico, de sus derechos y libertades fundamentales, han contribuido a la participación de las mismas en los asuntos que les afectan.

Así, a partir de tutelas interpuestas para proteger los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera frente a exploraciones o explotaciones de recursos naturales o decisiones legislativas, la Corte Constitucional ha fallado a favor del derecho fundamental a la consulta previa, permitiendo así la aclaración jurídica del procedimiento, la ruta, el alcance, el contenido y el carácter de la consulta previa, libre e informada como derecho y como instrumento de protección y exigibilidad.

Las decisiones de la Corte Constitucional se han referido a los principales temas en discusión sobre los derechos humanos y los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera, por esto representan un avance importante.

Se tratarán aquí las principales lecciones aprendidas desde la perspectiva de los derechos y libertades fundamentales vulnerados en diferentes circunstancias a partir del no reconocimiento del derecho a la consulta previa.

1. CASO CONSEJO COMUNITARIO DE CACARICA SENTENCIA T-955 DE 2003

Resumen

Los integrantes del Consejo Comunitario “en nuestra condición de representantes legales, y miembros de la Junta Directiva del Consejo Mayor de la Cuenca del Río Cacarica”, demandan la protección transitoria de “nuestros derechos fundamentales a la integridad étnica, social, económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, así como los derechos a la Participación y Debido Proceso”, que están siendo quebrantados por los accionados al tolerar, permitir y adelantar la explotación de madera en su territorio colectivo.

Para fundamentar sus pretensiones, además de relacionar algunos de los hechos referidos en esta providencia, los accionantes sostienen:

■ Que para expedir las resoluciones que otorgan permisos de explotación forestal en sus territorios, Codechocó no ha consultado a las comunidades negras, i) Porque las personas que han solicitado o autorizado los permisos no las representan “y en caso de tener dicho mandato, ha sido ejercido con abierto

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-955/03.

desconocimiento del sentir interno de las comunidades". ii) Debido a que Codechocó "confunde el derecho a la consulta con el acto de notificación o información por medio de la publicación de avisos", y iii) En razón a la legitimidad para representar a las Comunidades que radica en la Junta del Consejo Comunitario, "quien desde luego sólo puede autorizar la explotación de recursos naturales en sus territorios, previa consulta con sus comunidades (...)".

LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En su decisión del 17 de octubre de 2003, en la Sentencia T-955, la Corte destaca entre otros aspectos los siguientes:

La jurisprudencia constitucional tiene definido que las organizaciones que agrupan a los pueblos indígenas y tribales, y quienes pertenecen a éstos [negras, afrocolombianas, raizal y palenquera], están legitimados para invocar su derecho a la subsistencia e integridad cultural, puesto que:

¹³¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹³² Jaime Arocha y Nina S. de Friedemann, Marco de referencia histórico-cultural para la ley sobre derechos étnicos de las comunidades negras en Colombia, en América Negra 5, 1993.

(...) el derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las Organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes: i) Debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) A causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas y tribales [comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iii) Porque el juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales [negras, afrocolombianas, raizal y palenquera] la conservación de su derecho fundamental a la diferencia artículos 7, 286, 287, 329 y 330 C.P.¹³¹

(...) Resulta preocupante, por consiguiente, que, además de las dificultades externas generadas por el desplazamiento y por los hostigamientos de que fueron y siguen siendo víctimas, las comunidades negras, que han venido ocupando las zonas ribereñas de la cuenca del río Cacarica, asistan al quebrantamiento de su etnografía otrora caracterizada por el entendimiento, la solidaridad, y la reciprocidad con propios y extraños, características que han permitido presentar el corredor selvático del occidente colombiano (...) como laboratorio de paz donde la ciencia social quizás pueda llegar a dar cuenta de los orígenes, desarrollo y consolidación de interacciones dialogantes como el compadrazgo, el intercambio de labores agrícolas, sistemas de diagnóstico y tratamiento de enfermedades y comercio.¹³²

De manera que el Estado no puede permanecer impasible ante lo que ocurre en el territorio colectivo que han venido ocupando las comunidades negras de la Cuenca del río Cacarica, como quiera que fue la identidad de éstas, asociada con sus prácticas de producción la que les permitió acceder al reconocimiento constitucio-

nal, de modo que el entendimiento que la Sala echa de menos resulta esencial para que puedan avanzar en su conocimiento y consolidación cultural, porque “la identidad étnica no es simplemente una recuperación del pasado de un grupo, sino también un reto al futuro de la nación”.¹³³

En este sentido procede recordar que de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales [incluyendo a las comunidades negras, afrocolombianas, raizal y palenquera], y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta.

Ahora bien, este carácter, reconocido alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras, así algunas disposiciones constitucionales atinentes al tema nombren únicamente a los primeros, porque los artículos 5, 13, 16, 63, 68, 70, 72, 79 y 176 del mismo ordenamiento reconocen en igualdad de condiciones a todas las culturas existentes en el territorio nacional, y propenden igualmente por su conservación, investigación, difusión, y desarrollo.

Que el sustrato del Estado Social de derecho pluralista radica en la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan.

Está claro que los pueblos que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas de las Cuenca del Pacífico tienen derecho a la delimitación de su territorio, y que ésta comporta el derecho de las comunidades negras a utilizar, conservar y administrar sus recursos naturales, no sólo porque las previsiones del Convenio 169 de la OIT, a las que se ha hecho referencia, así lo indican, sino porque el artículo 55 Transitorio de la Carta reconoce en estos pueblos, de antemano, la conciencia de identidad tribal, criterio fundamental, aunque no único, para que opere dicho reconocimiento, en los términos del artículo 1 del instrumento internacional.



Movilización, Foto: Archivo PCN

¹³³ Peter Wade, Respuesta a los comentarios de Orlando Fals Borda, en *América Negra* 6, University of Liverpool, septiembre de 1993.



La finca tradicional en el río Mayorquín, base para la seguridad alimentaria. 2008.

Foto: Archivo PCN

En otros apartes la Corte además señala que:

■ El Congreso Nacional acogió, la comprensión de los bosques y suelos en la propiedad colectiva que la Carta Política les reconoce a las comunidades negras, reafirmando la función social y ecológica de dicha propiedad.

■ En este sentido la Sala observa que las explotaciones forestales que se adelantan en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico:

- No han sido consultadas a las comunidades negras de la región, como lo disponen el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 55 transitorio y 330 de la Carta Política.
- Que dichas explotaciones no benefician real y verdaderamente a las comunidades de la región.
- Que no se ha expedido la reglamentación que deberá regular los aspectos que les permitirán a dichas comunidades extraer de manera sustentable los productos de sus bosques sin desmedro de su identidad cultural.

Por lo tanto, la Sala define:

■ Se tutelaré el derecho de los accionantes a la propiedad colectiva de

sus suelos y bosques, de manera que las entidades accionadas ordenarán que se suspenda la extracción a que se hace mención, y dispondrán lo necesario para que tan pronto como el Ministerio del Interior y Justicia defina el asunto de la representación legal de su Consejo Mayor, se consulte a las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, de buena fe y con el objeto de llegar a un acuerdo, la reglamentación sobre el aprovechamiento forestal de sus bosques colectivos, teniendo presente que dichas comunidades son las propietarias del recurso, y tendrán que ser las beneficiarias directas de la explotación, y ésta deberá permitirles avanzar y consolidar su proceso cultural –Leyes 21 de 1991 y 70 de 1993–.

■ Para efecto de la consulta no sobra recordar que en la Sentencia T-652 de 1998,¹³⁴ esta Corporación ordenó a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente abstenerse de aplicar el Decreto 1320 de 1998, y que el Consejo de Administración de la OIT solicitó al Gobierno Nacional la modificación de dicho Decreto, por quebrantar el espíritu del Convenio 169 que el Decreto en comento dice reglamentar.¹³⁵ De modo que las consultas que en esta providencia se ordenan se adelantarán consultando el sentir de las comunidades interesadas, y en consi-

¹³⁴ Corte Constitucional, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁵ GB.282/14/3. Ginebra, noviembre de 2001, reunión número 282. En igual sentido GB.282/14/4. Sobre el punto puede consultarse la Sentencia SU-383 de 2003.

deración a las situaciones de hostigamiento que las mismas afrontan.

En este sentido la Corte concluye que habida cuenta del reconocimiento constitucional a la identidad cultural de estas comunidades, el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y la Corporación Autónoma para el desarrollo sostenible del Chocó, Codechocó, deberán:

■ Ordenar la suspensión de las explotaciones forestales que se adelantan en el territorio colectivo de la Cuenca del Río Cacarica y disponer lo necesario para iniciar el proceso de consulta.

■ Consultar con los representantes de las comunidades los mecanismos que se utilizarán para adelantar dicho proceso, con el propósito de reglamentar el aprovechamiento de los suelos y bosques comunitarios de las zonas rurales de los ríos de la Cuenca del Pacífico, con pleno respeto de la identidad cultural asociada al río y a los bosques pantanosos maderables.

■ Regular y ejecutar, previa concertación con las mismas comunidades, mecanismos de asesoría, capacitación y acompañamiento que les permitan a aquellas beneficiarse efectivamente de prácticas sustentables de explotación forestal y consolidar simultáneamente su proceso cultural.

“El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha denunciado los efectos nocivos que tiene la concentración de la tierra en pocas manos para la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y ha recomendado a los Estados partes asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.¹³⁶ En territorios con conflicto armado interno, el Comité ha llamado la atención sobre la importancia de una equitativa distribución de la riqueza y la tierra como garantía de paz social: “quedan por atajar las causas últimas del conflicto armado, por estar afincadas en disparidades socioeconómicas muy profundas y en una desigual distribución de la tierra según un sistema casi feudal caracterizado por la discriminación de las poblaciones indígenas y rurales”.¹³⁷

Lecciones aprendidas en el Caso Cacarica

Consideraciones que le permiten a la Sala concluir:

■ Que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional.

■ Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de

¹³⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), sexto período de sesiones, doc. E/1991/23/1991, citado por Comisión Colombiana de Juristas (2006). Revertir el destierro forzado: protección y restitución de los territorios usurpados obstáculos y desafíos para garantizar el derecho al patrimonio de la población desplazada en Colombia.

¹³⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Guatemala, Consejo Económico y Social, 26º período de sesiones, doc. E/C.12/1/Add.3, 28 de mayo de 1996, párr. 10. Cita por Comisión Colombiana de Juristas.

las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, y de acuerdo con las limitaciones legales –Parte VII, Título II, D. 2811 de 1974–.

■ Es decir que desde el año de 1967, en los términos de la Ley 31, a las comunidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques, esto último, por ministerio de la ley o previa autorización de la autoridad ambiental, en los términos del Código de Recursos Naturales.

2. CASO JUNTA DISTRITAL DE EDUCACIÓN EN SANTA MARTA SENTENCIA T-422 DE 1996



Mujeres de comunidades negras
Foto: Carlos Gómez Ariza

Resumen

Mediante la Resolución 507 de septiembre 22 de 1995, el Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y el Director del Departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital (Dased) determinaron la composición de la Junta Distrital de Educación (JUDI) de Distrito de Santa Marta.

Dicha junta está conformada, entre otros, por:

Un (1) representante de las Comunidades negras, si las hubiere, escogido por las respectivas organizaciones.

En carta de octubre 26 de 1995, el Coordinador de la Asociación Nacional Cimarrón, Santa Marta, solicitó al Alcalde Mayor de Santa Marta que designara a un profesional de educación, como representante de las Comunidades negras, ante la Junta Distrital de Educación del Distrito de Santa Marta. En la citada comunicación, manifiesta que es “de vital importancia, pues, permite el reconocimiento de las razas y etnias que son los troncos y raíces, desde hace 500 años, de la formación étnica y cultural, de la historia y desarrollo de nuestra nacionalidad”.

Mediante oficio No. 20 del primero de febrero de 1996, el Director del Departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital de Santa Marta le informó a Germán Sánchez Arregocés, del movimiento Cimarrón la negativa a su petición. Se expresa en esta comunicación que:

■ *Analizados como fueron por esta Secretaría en su conjunto los artículos 156, 159 y 160 de la Ley 115 de 1994, entendemos que en dichas juntas deben participar, representantes de las comunidades negras o raizales, de las comunidades indígenas o campesinas, si las hubiere, de conformidad con los textos de la propia Ley, de los cuales se colige que esta representa-*

ción depende de las características raciales o étnicas y de las comunidades que identifican cada sector o entidad territorial.

■ *Que se sepa, en la ciudad de Santa Marta no existen grupos raciales de características negras, de tal manera que se hace injusta la Ley, cuando en la Junta Distrital de Educación no tiene asiente un representante de las comunidades indígenas o campesinas, siendo que por un hecho histórico mundialmente conocido, en la ciudad de Santa Marta tienen asiente grupos indígenas desde antes del siglo.*

■ *Por tal razón, en el acto de creación de la Junta Distrital de Educación se le dio preferencia al representante de las comunidades indígenas, pues no se tienen antecedentes históricos en esta ciudad de que en ella tengan asiento comunidades negras.*

En oficio No. 014, el Personero Delegado para los Derechos Humanos le manifiesta al Coordinador de Cimarrón para Santa Marta:

En respuesta a su oficio calendario febrero 23 del presente año, le manifiesto que en visitas realizadas por esta Personería Delegada a los diferentes sectores de este Distrito hemos podido observar la existen-

cia de comunidades compuestas en su gran mayoría por personas de la raza negra, especialmente en los barrios de Cristo Rey y la Paz, comunidades estas que se dedican a las actividades de ventas ambulantes especialmente la venta de alegría y dulces por las calles del sector turístico, elaboración de trencitas a los turistas que visitan nuestras playas y al empleo doméstico en muchos hogares samarios. Dichas comunidades están formadas por inmigrantes de los departamentos de Bolívar y Chocó. También es de reseñar la existencia de pequeños grupos de esta raza en el barrio San Martín y sectores aledaños.

Dados los antecedentes, Germán Sánchez Arregocés, Coordinador de la Organización Cimarrón Santa Marta, interpuso acción de tutela contra el Departamento Administrativo de Servicio Educativo Distrital –Dased–, por considerar violados sus derechos a la igualdad, a la libertad de conciencia, de asociación y derecho a la cultura.

Señala que Dased carece de competencia para “conceptuar, ni tiene funciones (...), para considerar (...) que en Santa Marta no existe comunidad negra, (...)”. Y de otra parte, considera que Dased ha desconocido el espíritu pluriétnico y multi-

*cultural de la nación colombiana, y el carácter participativo que ha conducido al reconocimiento de derechos a las comunidades negras, plasmados en la misma Carta y en la Ley 70 de 1993.*¹³⁸

La decisión de la Corte Constitucional en el caso Junta Distrital de Educación en Santa Marta, Sentencia T-422 de 1996.

Frente a la respuesta del Dased, la Corte señala en su Sentencia T-422 de 1996:

■ Contrasta la levedad de la prueba con la exigencia de la noción de comunidad que adopta la Sentencia. El requisito de que se trate de “una raza sin mezclas o con el menor número de ellas”, ignora que la idea de una ‘raza pura’, aparte de no ser sostenible históricamente, no puede ser decisiva en la configuración de un grupo étnico como colectividad que se inserta en un complejo social de mayor extensión.

■ El factor racial es tan sólo uno de los elementos que junto a los valores culturales fundamentales y a otros rasgos sociales, permiten distinguir

e individualizar a un grupo étnico. De otra manera, se desvirtuaría el concepto de tolerancia y fraternidad que sustentan el principio constitucional del pluralismo étnico y cultural.

■ La condición de que la comunidad tenga una determinada base espacial a fin de “diferenciarla especialmente de otros grupos”, no parece de recibo si se aplica a grupos que han sufrido en el pasado un trato vejatorio y que han sido objeto de permanente explotación y persecución.

■ La ‘unidad física socio-económica’, como condición adicional para que un grupo humano califique como comunidad, “que se manifiesta por agrupaciones de viviendas, donde viven familias dedicadas principalmente a la agricultura”, puede ciertamente en algunos casos permitir identificar una comunidad.

■ Sin embargo, con carácter general, no puede sostenerse que sea un elemento constante de una comunidad, la que puede darse independientemente de la anotada circunstancia siempre y cuando converjan pautas culturales y tradiciones con suficiente fuerza y arraigo para generar la unidad interna del grupo y su correlativa diferenciación externa.

■ Tampoco es necesario para que se conforme una comunidad, como lo su-

giere el Tribunal, que el lazo que une a sus miembros tenga una específica traducción jurídico-formal a través de una asociación o forma similar.

■ La identidad grupal puede tener manifestaciones implícitas que por sí solas sirvan para exteriorizar la integración de sus miembros alrededor de expresiones que los cohesionen en un sentido relevante para la preservación y defensa de sus rasgos culturales distintivos.

■ (...) No obstante que en relación con la población negra, la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ese origen no pueda ser objeto de medidas de protección general que puedan adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la C.P.

■ En este caso, el concepto de “comunidad negra”, no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el artículo 55 transitorio de la Carta. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de una especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional.

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1996. Diferenciación positiva para comunidades negras. Disponible en línea en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-86260_Archivo_pdf1.pdf

■ En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural.

■ Sólo en estos términos resulta admisible una ley que tome en consideración el factor racial pues, como se sabe, la raza no puede generalmente dar pie a un tratamiento distinto en la ley. Pero, como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional.

Decide entonces la Corte:

Amparar el derecho a la igualdad de Germán Sánchez Arregocés y de la población negra que reside en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta. En consecuencia, se ordena al Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y al Director del Servicio Educativo Distrital de Santa Marta, proceder a designar, como se indica a continuación, un representante de la comunidad negra del mencionado distrito.



“La inclusión del enfoque étnico en las fuentes de datos demográficos y sociales, como censos de población, encuestas de hogares y registros de salud, forman parte de las nuevas demandas tendientes a una ampliación de la ciudadanía, para buscar una mayor participación basada en la diferencia y el pluralismo cultural. Es decir, ampliar la ‘titularidad de derechos’ a los pueblos indígenas y afrodescendientes requiere, entre otros asuntos, disponer de información relevante, confiable y oportuna, vista ésta como una herramienta técnica y política”.

*CEPAL: Colección Documentos de proyectos
Los pueblos indígenas y afrodescendientes en las fuentes de datos. 2006.*

Foto: Carlos Gómez Ariza

Lecciones aprendidas en el caso de la Junta Distrital de Educación en Santa Marta

■ Obsérvese, señala la Corte Constitucional, que las acciones de afirmación positiva, a diferencia de las medidas legislativas que se originan en el mandato del artículo 55 transitorio de la Constitución Política y de otras del mismo género, no se orientan a preservar la singularidad cultural de

un grupo humano. En aquellas el dato socio-económico pone de presente una situación de debilidad manifiesta o de asimetría en relación con el resto de la sociedad. En este sentido, la ley se propone integrar dicho grupo humano a la sociedad de una manera más plena.

■ De ahí que la función de la norma sea la de suprimir barreras que se opongan a la igualdad material y enfrenar las causas que la generan,

sin eliminar –desde luego–, los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad.

■ En ocasiones, sin embargo, la discriminación aplicada a un grupo se expresa a través de la invisibilidad que los miembros de éste adquieren para el grupo dominante y que expli-

ca que se puedan negar hechos que son públicos y notorios, como son la presencia negra en la costa atlántica del país y su significativo aporte a la cultura colombiana.

■ No se trata de fomentar el racismo. Por el contrario, la participación negra en el indicado organismo esti-

mula la integración social y el pluralismo cultural, y a esos fines cabalmente apunta la ley educativa. La omisión de la administración local frustró la plena operatividad de una medida legislativa de diferenciación positiva y, por consiguiente, incurrió en una clara y flagrante violación del artículo 13 de la C.P.

3. CASO COMUNIDAD DE PESCADORES DE SALAHONDA, NARIÑO, DERRAME DE CRUDO, 1996 SENTENCIA T-574 DE 1996



Contaminación. Derrame de crudo costa nariñense. Foto: Archivo PCN

Resumen

En el expediente radicado bajo el No. 100774, en la tutela instaurada contra Ecopetrol por un centenar de personas de la comunidad de Salahonda, y por Felisa Granja de Filoteo, quien solicita:

Que la empresa Ecopetrol pague al Municipio los daños y perjuicios ocasionados tanto en la economía como en la ecología, y a los pescadores que viven y subsisten de la pesca y que se garantice con investigaciones científicas de personas expertas en el ramo ecológico que el mar se encuentra completamente descontaminado, porque deprime el daño “que nos ha traído el derramamiento del crudo

(petróleo), ya que es de conocimiento público que nuestra comunidad es eminentemente pescadora”.

Las otras cien personas de Salahonda piden en la tutela “cualquier diligencia” a su favor, “por la gran preocupación que nos deprime por la perjudicación (sic) que nos ha traído el derramamiento del crudo”; ya que son pescadores y el oficio “ha sido fuertemente afectado”.

En la investigación adelantada por Corponariño se hace mención de un informe de inspección realizado precisamente por la Armada Nacional el 13 de mayo de 1996, en las playas de Salahonda, según el cual:

Se verificaron las condiciones de polución, se realizaron 13 excavaciones de 20 a 30 centímetros de profundidad encontrando un avanzado grado de contaminación por crudo de hidrocarburo, filtrado en la arena, imperceptible en la superficie, en extensión de 6 kilómetros por 500 metros.

Se agrega que “la recolección de almejas y conchas ha bajado notablemente, que los hombres que limpiaron la playa presentan alergia dérmica por haber hecho la operación sin medidas de seguridad”.

Los habitantes de la zona aclaran, que:

Días antes del derrame se inició la época de la “cuaresma” o bonanza, conocido como periodo de abundante pesca, pero que luego del derrame los pescados disminuyeron notablemente; un ejemplo de ello es la venta, puesto que antes del vertimiento el promedio de pesca por equipo (entre 25 y 30 pescadores) reportaba un millón de pesos, y después del derrame sólo se recogía una o dos canastas de 30 a 35 kilos que se repartían en partes iguales entre el equipo de los 30 pescadores y “veinte partes que le sacan al equipo de pesca”, o sea que para 50 personas se distribuyen las dos canastas que tenían un valor de veinte mil pesos.

De todas maneras, Ecopetrol trató de acordar con la administración del municipio de Francisco Pizarro (Salahonda) la cofinanciación de algunos proyectos de interés local como la terminación de un puente peatonal,



“El Comité recomienda a [Colombia] el Estado parte que garantice la efectividad de las reparaciones, incluso la restitución de tierras, en el marco de la Ley N° 975 de 2005 y del Decreto N° 1290 de 2008, teniendo debidamente en cuenta a las víctimas afrocolombianas e indígenas, y que se preste especial atención a las mujeres y los niños. El Comité señala que, independientemente de quién sea el autor, las reparaciones deberían otorgarse sin discriminación”.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 75 período de sesiones.

Foto: Carlos Gómez Ariza

participar en las construcciones de un muelle para pescadores y la reparación de una planta eléctrica del case-río La Playa.

Aduce Ecopetrol que esto lo hace por liberalidad de la empresa, dentro de su política de buen vecino, sin desmedro de las acciones legales contra quien resulte responsable en el fallo que emitiera la Capitanía y condicionado ello a los resultados de la investigación científica del posible impacto ambiental.

La decisión de la Corte Constitucional en el caso de la comunidad de pesca-

dores de Salahonda –Sentencia T-574 de 1996–.

Con respecto a la comunidad de pescadores, la Corte concluye que:

■ La comunidad de Salahonda, en especial la del sector La Playa, está conformada por personas de la etnia negra, son pescadores, pacíficos, sin comunicación terrestre con la parte continental, sólo el océano es su vía de acceso a Tumaco, a 30 kilómetros de distancia.

■ Es una región deprimida, signada por el subdesarrollo y sin que se

aprecie con nitidez la presencia del Estado en lo que tiene que ver con la infraestructura, protección al medio ambiente y cubrimiento de servicios públicos. Es obvio que la disminución de la pesca afecta gravemente vida, salud y trabajo de los lugareños y es elemento perturbador de consecuencias impredecibles.

■ La comunidad está integrada por un grupo de personas que ligeramente llega a las mil, desde el punto étnico su cultura negra se edifica sobre la única labor que tradicionalmente han desarrollado: la pesca.

■ Estos elementos permiten identificarlos como una minoría, dentro de tal contexto se aprecia un alto grado de solidaridad entre ellos, son proclives a la paz y estos factores culturales: raza negra, temperamento pacífico, integrados artesanalmente al mar por su oficio, son imprescindibles para su supervivencia como seres humanos y como minoría étnica.

En varios fallos la Corte Constitucional en Sala Plena describe el alcance que la Constitución Política le da a la protección a la ecología por eso la Constitución de 1991 ha recibido el calificativo de ecológica. Y el alcance práctico de dicha protección lo ha fijado en estos aspectos:

La Constitución impone al Estado los deberes especiales de garantizar la

participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente

1. Proteger su diversidad e integridad.
2. Conservar las áreas de especial importancia ecológica.
3. Fomentar la educación ambiental.
4. Planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.
5. Prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.
6. Imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente.
7. Cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (C.P. Arts. 79 y 80).
8. Por otra parte, la Carta establece que el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado (C.P. Art. 78).

La Corte agrega que:

En los últimos diez años, la diversidad biológica en el territorio Colombiano ha sufrido cambios apreciables causados tanto por circunstancias sociopolíticas especiales como por siniestros; y, de otra parte, las circunstancias socio-económicas de las regiones afectadas por la disminución

en la diversidad biológica, crea zonas turgiales en las ciudades de la Costa Pacífica y Atlántica, en tasas por encima de su capacidad de sustentación; simultáneamente la migración hacia otras zonas del país se dificulta y aún se imposibilita por razones geográficas en la zona Pacífica y de transporte, generándose así un problema puntual de muy difícil solución.

Y señala a continuación que:

El daño ecológico marítimo afecta sobremanera a quien tiene por oficio la pesca. Y si este oficio forma parte de la cultura de una etnia, con mayor razón hay que proteger al pescador. El artículo transitorio 45 de la Constitución ordenó que la ley estableciera mecanismos para la protección de la identidad cultural de las comunidades negras en la cuenca del Pacífico y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Los Estados y las personas deben proteger la ecología. Tal protección la establece perentoriamente la Constitución Política cuando en el artículo 95 fija como deber de los colombianos y de todos los miembros de la comunidad nacional “velar por la conservación de un ambiente sano” y el artículo 366 que consagra como uno de los objetivos fundamentales del Estado el “saneamiento ambiental”. Sentencia T-423/96.

"Esa protección a la diversidad étnica, en el caso concreto de una comunidad negra de pescadores, fortalece la protección a tal oficio porque éste integra la cultura".

"Si se acaba el arracacho, que es el refugio, no solamente del pescado, sino de otras muchas especies, significa que estamos acabando con ellas. Nosotros, los de hoy, tenemos la oportunidad de podemos beneficiar; pero los hijos que van creciendo estarían sometidos a sobrevivir en la absoluta miseria. ¿Qué haces con tu plata, si no encuentras una yuca, no encuentras un pescado, no encuentras un plátano, no encuentras una mata de arroz? Entonces no te sirve la plata, porque no puedes comer papel."
Entrevista a representantes de CAVIDA
Marco Velasco y Elver Mora. Colombia PBI
Boletín Trimestral 9 de noviembre de 2008.
Foto: Carlos Gómez Ariza



Con base en lo anterior, la Corte enfatiza el derecho a la consulta previa de la comunidad afectada en su condición de grupo étnico en los siguientes términos:

Además el mismo artículo 76 agrega que 'las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades', lo cual implica correlativamente la acción educativa para la defensa de

esos derechos fundamentales y la misión de orientar e instruir a los habitantes; pedagogía que puede desarrollar la Defensoría del Pueblo (artículo 282 C.P.).

Y recuerda en consideración al hecho de que la comunidad de pescadores de Salahonda siendo una comunidad negra en el Pacífico, debe ser vista como grupo étnico para lo cual se

debe tomar en cuenta la Ley 70 de 1993, al respecto la Corte señala:

Esta norma –Ley 70 de 1993– armoniza con el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 en la parte que dice: "La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras".

Finalmente, la Corte resuelve:

- Proteger el derecho fundamental a la libertad de oficio de los pescadores.
- Ordena a Ecopetrol que durante un plazo mínimo de cinco años efectúe monitoreo en el sector costero de Salahonda para superar cualquier secuela que quedase del vertimiento de petróleo ocurrido el 26 de febrero del presente año.
- Hace un llamado a prevención a Ecopetrol para que, en lo que a dicha empresa corresponda, en ningún caso vuelva a incurrir en vertimientos de petróleo en la ensenada de Tuma-co y se tomen las medidas adecuadas para tal fin.

Lecciones aprendidas en el caso comunidad de pescadores de Salahonda, Nariño¹³⁹

- Cuando por consecuencia del modelo económico, se persigue el máximo de ganancia, de todas maneras la valoración de los activos de una empresa comercial no puede llegar a justificar la violación de los sistemas biofísicos porque esto atenta contra el desarrollo sostenible al cual tiene derecho toda la humanidad y en no pocas ocasiones, lleva a colapsos catastrófi-

cos que afectan la diversidad biológica. Esa diversidad de formas de vida es indispensable para la sobrevivencia de la biósfera y de la especie humana.

- La contaminación y la degradación de los recursos naturales, en general, afectan gravemente el medio ambiente. En los países en vía de desarrollo, son obstáculo para la mitigación de la pobreza y factores que perjudican notablemente a la presente y futuras generaciones que anhelan encontrar mejores condiciones de vida.

- En conclusión, afectar la ecología significa ocasionar un daño que afecta grave y directamente el interés colectivo.

- Por esta razón, se debe comprender como propósito fundamental del desarrollo sostenible, el mantener la productividad de los sistemas naturales y el satisfacer las necesidades esenciales de la población, en especial de los sectores menos favorecidos.

- El desarrollo sostenible es un proceso para mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad.

- De ahí que la sostenibilidad ecológica exige que el desarrollo sea compati-

ble con el mantenimiento de la diversidad biológica y los recursos biológicos; la sostenibilidad social pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad; la sostenibilidad cultural exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados y la sostenibilidad económica que pretende que el desarrollo sea económicamente eficiente y que sea equitativo dentro y entre generaciones.

OTROS CASOS EN LOS QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL SANCIONÓ LA NO APLICACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

En la formulación de medidas legislativas y administrativas de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT –Ley 21 de 1991–.

Tres casos recientes de importancia en la formulación de medidas legislativas y administrativas han sido sancionados por la Corte Constitucional llegando a su inconstitucionalidad total o parcial, por no haber aplicado el derecho a la consulta previa en su formulación, estos son:

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-574 de 1996.

4. CASO DE LA LEY GENERAL FORESTAL SENTENCIA C-030/08

Le correspondió a la Corte determinar si la Ley 1021 de 2006, “por la cual se expide la Ley General Forestal”, es contraria al ordenamiento constitucional, en particular, a los artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución Política, por haberse omitido en su expedición el requisito de la consulta a las comunidades indígenas y tribales previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

La Corte reiteró la línea jurisprudencial trazada en materia de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como principio constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana. (Arts. 7 y 70 C.P.). Destacó que esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones susceptibles de afectarlas, (...) En ese marco, la Corte recordó que, en cuanto hace a las comunidades negras y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta, es el derecho a la consulta, previsto

de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Este derecho tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991. (...) Como lo ha señalado la jurisprudencia de manera reiterada, dicho Convenio forma parte del bloque de constitucionalidad y en su artículo 6, dispone que los gobiernos deberán: “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.¹⁴⁰

La decisión de la Corte

Pese a que existían en la ley provisiones conforme a las cuales se preservaba la autonomía de las comunidades indígenas y afrocolombianas para

los aprovechamientos forestales en sus territorios, lo cierto es que la ley establecía políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que aunque no se aplicasen directamente a los territorios indígenas, si eran susceptibles de afectar las áreas en las que de manera general se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, podía repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque.

Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por el proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley.

Para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Comunicado de prensa N° 1 Enero 23 de 2008-

Ese proceso no se cumplió, razón por la cual la Corte concluyó que, dado que el proyecto versa sobre una materia que afecta profundamente la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, no había alternativa distinta a declarar la inexecutable de la ley.

5. CASO DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010 SENTENCIA C-461 DE 2008



Foto: Buenaventura, archivo PCN

En el presente caso, la Corte resuelve la demanda sobre la Ley 1151 de 2007, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”. En éste, le corresponde a la Corte determinar, si de conformidad con la Constitución Política, el Gobierno Nacional debía someter el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo a la consulta previa con las comunidades negras y si el incumplimiento de este deber tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de la Ley 1151 de 2007 en su integridad.

En el caso concreto de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, la Corporación encontró que de una lectura detenida de sus disposiciones se revela que varios de los programas, proyectos y presu-

puestos son susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre grupos indígenas y comunidades afrodescendientes que residen en sus zonas de aplicación en su calidad de tales. En tal medida, si existía una obligación estatal específica de realizar consulta previa y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional y al no haberse realizado constituye un vicio de inconstitucionalidad.¹⁴¹

La decisión de la Corte.

Declarar exequible la Ley 1151 de 2007, en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales in-

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.

cludidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional.

6. CASO DEL ESTATUTO DE DESARROLLO RURAL –LEY 1152 DE 2007– SENTENCIA C-175 DE 2009

La citada norma –Ley 1152 de 2007 “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoдер, y se dictan otras disposiciones”– fue acusada por cuanto “se desconoció el derecho a la consulta de las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues si bien durante el

trámite del proyecto de ley se llevaron a cabo algunas reuniones donde se informó a ciertos sectores sociales sobre el mismo, tales reuniones informativas no tienen el valor de consulta previa”.¹⁴²

El problema jurídico planteado de acuerdo con la nota de prensa presentada por la Corte Constitucional fue presentado en los siguientes términos:

*Le correspondió a la Corte determinar si la Ley 1152 de 2007 resulta contraria a la Constitución Política, por haber omitido el deber de efectuar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, trámite que en consideración de la materia regulada en la ley acusada, debía haberse llevado a cabo.*¹⁴³

Sobre esta consideración la decisión tomada por la Corte fue “declarar inexecutable la Ley 1152 de 2007 ‘por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoдер, y se dictan otras disposiciones”.

Siendo las razones de la decisión las siguientes:

La Corte concluyó que en el presente caso no se cumplió con el deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendien-

tes, toda vez que (i) Al margen de la validez material de los procesos de participación efectuados, estos fueron llevados a cabo en forma inoportuna y, por ende, contraria al principio de buena fe previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, ratificado por Colombia; y (ii) No existe evidencia alguna del cumplimiento de procedimientos preconsultivos, a través de los cuales las autoridades gubernamentales y las comunidades tradicionales acordaran las reglas del trámite de consulta previa.

Y agrega que:

Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corporación encontró que se trata de una preceptiva integral, sistema normativo que debió surtir el procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, consagrado como un derecho constitucional fundamental en concordancia con el reconocimiento y

¹⁴² Argumentos de la demanda presentada por los juristas citados por la Procuraduría General de la Nación en concepto 4614 de Septiembre de 2008 sobre demanda presentada contra la Ley 1152 de 2007.

¹⁴³ Corte Constitucional, Magistrado ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

protección de la diversidad étnica y cultural de estos grupos sociales.

Para la Corte es evidente que las normas de dicho Estatuto tienen una relación intrínseca y directa con los intereses de estas comunidades, el cual no se agota en las disposiciones que hacen referencia a estos pueblos, sino que se extiende a la totalidad del texto de la Ley 1152 de 2007, normatividad que desde su inicio ha sido con-

cebida como un régimen integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales –habitados en un 70 por ciento por dichas comunidades– razón por la cual dicha materia tiene un efecto transversal en todo el ordenamiento legal objeto de análisis.

Esta materia está vinculada al núcleo de la definición de la identidad diferenciada de las citadas comunidades. Precisamente, a partir

de esa comprobación, el Gobierno Nacional ejerció algunas acciones destinadas a suplir el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas tribales, las cuales, al carecer de oportunidad resultaron incompatibles con la vigencia del principio de buena fe establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, la Corte procedió a declarar inexecutable la Ley 1152 de 2007 en su integridad.¹⁴⁴

7. POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO: AUTO 005 DE 2009

¹⁴⁴ Corte Constitucional, op. cit., los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza, Cristina Pardo Schlegel, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto manifestaron su salvamento de voto, toda vez que estiman que en el curso del proceso seguido en la discusión y aprobación de la Ley 1152 de 2007, es apreciable el propósito del Gobierno Nacional de contar con la opinión y consideraciones de las comunidades indígenas y afrodescendientes, como se demuestra con las actuaciones y participaciones llevadas a cabo durante el trámite de la ley, que en su concepto, cumplían con el requisito de consultar a dichas comunidades, que además no era evidente que fuese en este caso imperativo, frente a una preceptiva de tan general cobertura; por lo mismo, la Ley 1152 de 2007 ha debido ser declarada ajustada a la Constitución Política.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Auto 005/09, numeral 120.

El desplazamiento forzado de las comunidades afro colombianas, genera graves riesgos de afectación del derecho a la consulta previa, libre e informada. La Corte Constitucional, en el Auto 005/09 sobre la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004, señaló:

“la imposibilidad de desarrollar una vida común en el territorio que los identifica como colectividad, también debilita sus estructuras sociales y políticas y les impide ejercer su derecho a la consulta previa como mecanismo para la protección de sus derechos colectivos¹⁴⁵”.

La Corte continúa diciendo más adelante, que las comunidades afrocolombianas desplazadas, deben ser

beneficiarias de planes de protección y atención específicos que garanticen tanto la dimensión colectiva de sus derechos, como los derechos de los individuos que las componen. La Corte enfatiza que estos planes deben ser consultados de acuerdo a lo establecido en las normas internacionales y reglas jurisprudenciales.¹⁴⁶



“A partir de las primeras titulaciones colectivas en 1995, la nueva historia de las comunidades afrodescendientes ha estado marcada por el terror, la expropiación y el desplazamiento forzado (muy similar a la vivida por sus ancestros en la trata trasatlántica).

Hoy 79% de la población de los territorios colectivos ha sido expulsada, sin garantías de retorno ni condiciones de restablecimiento. Muchos de esos territorios están en manos de un poderoso gremio latifundista, emergente de la economía del paramilitarismo, empresarios de palma aceitera y de coca”.

De la carta para la Honorable Representante Nancy Pelosi. De las Comunidades y Organizaciones de base Afrocolombianas.

Foto: Comunidad negra del territorio colectivo de Pílamó Cauca. Día comunitario para la minga por la producción y la solidaridad. 2006. Archivo PCN

¹⁴⁶ Ibidem, numerales 168 y 169.

8. CASO PROYECTO MINERO MANDE NORTE, SENTENCIA T-769 DE 2009



Foto: Sébastien Couqoz

Los señores Álvaro Bailarín, Benerito Domicó, Hugo Rentería Durán, Germán Pernía, Argemiro Bailarín Bailarín, José Miguel Majore Bailarín, Zaginimbi Bailarín, Macario Cuñapa Bailarín, Andrés Domicó y Javier Bailarín Carupia (miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó), argumentan que se le están vulnerando sus derechos “a la vida, a la seguridad personal, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural, a la autonomía de las comunidades culturales, a la protección de la riqueza de la Nación y al debido proceso”

Los accionantes sostienen que en abril de 2004 la compañía Muriel Mining Corporation presentó ante la gobernación de Antioquia la solicitud de un contrato de concesión llamado “Mandé Norte” con el fin de explorar y explotar minas “de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles” en los departamentos de Antioquia y Chocó. En febrero de 2005 el Gobernador de aquel entonces suscribió un “contrato único de concesión minera” por un

término de 30 años y cuyo término podía ser prorrogable por otros 30 años.¹⁴⁷

Los demandantes además argumentaron que dicho proyecto afectaba el resguardo indígena “Emberá de Uradá Jiguamiandó” así como a “más de once comunidades indígenas, dos comunidades negras y un número indeterminado de comunidades campesinas” (f. 716 ib.), como también a los territorios ancestrales de las comunidades ubicadas en los municipios de “Frontino, Murry, Urrao, Vigía del Fuerte, Carmen del Darién y Murindó”. (f. 717 ib).

Uno de los principales argumentos de la demanda es el daño ambiental que supone la explotación y exploración de los territorios habitados por los pueblos indígenas y negras y que dicha explotación pondría en riesgo la biodiversidad de la zona. Así mismo el hecho de la explotación en los nacimientos de aguas y cabeceras del río afectaría los “cultivos de pancoger y la salud de las personas, lo que se traduce en pérdida de economías tradicionales”. (fs. 718 y 719 ib.)¹⁴⁸

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09, fundamento jurídico 1-4

¹⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09, fundamento jurídico 3

Los actores solicitaron entre otros; que se les ordenara a los demandados suspender los trabajos de exploración de la empresa, dado que dicha exploración no fue consultada con las comunidades afectadas, así mismo solicitaron revocar los permisos otorgados a la compañía por haber sido conferidos sin ser consultados previamente con la comunidad. De igual forma solicitaron que se invalidara el proceso de consulta previa llevada a cabo de manera irregular por el Ministerio del Interior y que se ordenara la realización de una nueva consulta previa que cumpliera con todos los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley. (fs. 744 y 745 ib.)¹⁴⁹

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En cuanto al tema de la consulta previa esta Sentencia reitera que es fundamental la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten, previa a la autorización de cualquier actividad de exploración o explotación que se realice en su hábitat.

Con fundamento en los artículos superiores 40-2 y 330 (parágrafo) y las normas 6 y 7 del Convenio 169, estimó la Corte que “la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afecta-

das con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”, tendientes a buscar, como se indicó en el anterior acápite:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca así, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptarse, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”¹⁵⁰

EL CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO

Uno de los más importantes aportes de la Sentencia es la aplicación del estándar internacional definido en el artículo 6 2 del Convenio 169 de la OIT, en la que retomando la decisión de la Corte Interamericana en el caso Saramaka vs Surinam, por primera vez se plantea la necesidad de no solo consultar a los pueblos sino de obtener su consentimiento: “...al resolver el caso Saramaka la Corte Interamericana anotó que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” y realzó que existe diferencia entre “consulta” y “consentimiento” (Negritillas por fuera del original).

¹⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09, fundamento jurídico 15

¹⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-769/09



Foto: Quibdó - Santiago Arboleda

A partir del análisis del caso Sarakama la Corte Constitucional colombiana define el deber del Estado de obtener el consentimiento previo libre e informado además de la consulta:

“... Frente a lo anterior, esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”

LA DECISIÓN DE LA CORTE

En este caso la Corte, entre otros, resolvió conceder *“la protección de los derechos al debido proceso; a la consulta previa con las comunidades autóctonas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales comunidades, al igual que a las riquezas naturales de la Na-*

ción”. Así mismo ordenó la Corte suspender las actividades de exploración y explotación que se estaban llevando a cabo en los departamentos de Antioquia y Chocó con relación al contrato de concesión “Mandé Norte”.

Finalmente además de la consulta previa, la Corte ordena al Ministerio de Medio Ambiente realizar un análisis previo detallado del impacto ambiental que se pudiese derivar de la explotación y exploración de dicho territorio y las posibles vulneraciones a los derechos de los indígenas y afrodescendientes.

En la eventualidad de que se determine que dicha exploración y explotación causarán un grave impacto ambiental o que los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes serán vulnerados, dicho concepto será vinculante y el Ministerio del Interior no podrá llevar a cabo el proceso de consulta previa.

9. CASO COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS DE LA ISLA DE BARÚ. SENTENCIA T-745/10

Sentencia T-745/10. Caso de desconocimiento por obras que constituyen el proyecto construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú.

El caso

La Sentencia responde a la acción de tutela instaurada por los representantes legales Rafael Elías Escobar de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos Cafarzuza y Ramiro Torres Espinoza, del Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos 'Ojo Pelao' en contra de la Alcaldía de Cartagena y el Consorcio Vial Isla de Barú, en la que alegan el desconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades negras asentadas en el corregimiento de Pasacaballos así como la trasgresión de la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998, la Ley 99 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT.

La decisión de la Corte Constitucional

Establece que “el proyecto de que se trata no sólo afecta directamente a las

comunidades ubicadas en su zona de influencia debido a su disposición geográfica sino que, igualmente, sus secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectiva y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto. He ahí el advenimiento del criterio primario para la obligatoriedad de la consulta a las comunidades étnicamente minoritarias que se vean potencialmente afectadas por una medida legislativa o administrativa, como lo es la construcción de una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio. Para el caso concreto, el adecuado balance entre el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, como los son las comunidades afrocolombianas localizadas en los municipios de Santa Ana, Barú y Ararca, exige la



Foto: Carlos Gómez Ariza

suspensión de las obras que constituyen el proyecto de la Transversal Barú hasta tanto se efectúe la consulta de las comunidades afrocolombianas encontradas en la región, de conformidad con los condicionamientos reseñados en la parte considerativa de esta sentencia."¹⁵¹

La Sentencia aborda dos puntos principales: 1. Legitimación para la interposición de la tutela y 2. El derecho a la consulta previa reconocido a las comunidades étnicamente minoritarias. Para ello se basó, entre otras, en las siguientes consideraciones.

El Decreto 2591 de 1991, determina que *"cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante"*¹⁵², cuenta con legitimación para incoar la

tutela. La Corte ha sido enfática en que el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los grupos étnicamente minoritarios el cual "requiere el empleo de medidas de celeridad suficiente para asegurar el menor detrimento posible a los bienes jurídicos cuya custodia se procura" y revisa el concepto de '**alteridad**' de los derechos de la colectividad:

"La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales... En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (C.P. Art. 1 y 7), el cual permite que las comunidades sean concebidas como "sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias".

La Sentencia además evidencia "la trascendencia del término 'afectación directa', ésta determina *"la magnitud de la posibilidad de que las comunidades establezcan sus prioridades en cuanto al modelo de desarrollo económico, social y cultural que les interesa. Por tal motivo, un plan o programa envuelto en la idea occidental de desarrollo podría contrariar la perspectiva de vida de una comunidad no dominante"*¹⁵³ y señala que la idea de afectación directa se relaciona con *"la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias"*.¹⁵⁴

La Sentencia dispone los requerimientos para la ejecución apropiada de la consulta, ya mencionados: i) la afectación directa por medidas de naturaleza legislativa o administrativa, ii) la representatividad para que la consulta sea *"el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas"*.¹⁵⁵, iii) la construcción y fortalecimiento de instituciones e iniciativas propias de las comunidades, iv) la buena fe, v) los procedimientos adecuados para la OIT, deben generar *"las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas independientemente del resultado alcanzado."* (Negrillas por fuera del texto original).

¹⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia 745/10

¹⁵² Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

¹⁵³ Corte Constitucional Sentencia T 475/10, cita Convenio 169 artículo 7.

¹⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia T 475/10, cita Convenio 169 de la OIT,

¹⁵⁵ Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB. 282/14/2, párrafo 44.

Sobre este punto, la Comisión de Expertos de la OIT profundizó: “la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas- de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que las consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes”.¹⁵⁶ Es decir, que la admisibilidad de las condiciones que rodean la consulta depende, en últimas, de la aptitud que éstas tengan para provocar un ambiente discursivo entre las partes; vi) su fin último es lograr **un acuerdo o consentimiento**, lo cual supone su ejercicio ajustado a los elementos que recién enunciados –Artículo 6º numeral 2º del Convenio-. Esta enunciación es complementada por la OIT con un sexto relativo a “la evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta con la participación de los pueblos involucrados. Más allá de considerarse una condición necesaria para el apropiado trámite consultivo, éste es visto como una práctica posterior a la consulta en sí”.¹⁵⁷

Dicho instrumento también ordena a los Estados Parte la previsión de

“sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos.”¹⁵⁸

La Sentencia describe como “... el alcance de este derecho ha sido ampliado en concordancia con la idea de afectación directa, que se ha perfilado como criterio esencial para la obligatoriedad de la consulta” y cita los supuestos que permiten la limitación excepcional de este y otros derechos relativos, a saber: “a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.” Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: “i) la posición y las propuestas que éstos osententan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y



Foto: Carlos Gómez Ariza

¹⁵⁶ Corte Constitucional Sentencia T 745/10 cita Observación General del Convenio 169, 2008.

¹⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia T 745/10 cita Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO 169). En www.ilo.org. Página visita el día 19 de Abril de 2010.

¹⁵⁸ Corte Constitucional Sentencia T 745/10 cita Artículo 18 del Convenio.



Asamblea general del consejo comunitario Cocomacia, en la comunidad de la Loma del municipio de Bojayá. Víspera de la conmemoración de los 13 años de la masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002. Foto: Carolina Acosta, ONU Derechos Humanos

*iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.*¹⁵⁹

Por consiguiente define que “la consulta se hace imperativa cuando las condiciones materiales del proyecto puedan derivar en la generación de una perturbación en términos económicos, ambientales, sociales y culturales a la estabilidad del grupo con ocasión de la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”.

Sobre la utilización por parte del Decreto 1320 de la autoridad ambiental para negar la consulta no cumplir con todos los siguientes requisitos: “a. identidad cultural, b. ocupación de tierras baldías en las zonas rurales ribereñas, c. prácticas tradicionales

de producción, y d. derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley, lo que hace que estas tierras sean adjudicables.”¹⁶⁰, considera que es incompatible con la Constitución Política.

La Corte resuelve entre otras:

Amparar el derecho a la consulta previa reconocido a favor de las comunidades afrocolombianas; ordenar al Consorcio Vial Barú suspender las actividades iniciadas en desarrollo del proyecto hasta tanto se lleve a cabo la consulta a las comunidades afrocolombianas asentadas en su zona de influencia; ordenar a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia efectuar la consulta e inaplicar, para el efecto, el Decreto 1320 de 1998 por su incompatibilidad con la Constitución Política; en su lugar, consultar a las comunidades afrocolombianas, a través de sus representantes, los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas y ordenar a la Corporación Autónoma Regional del Canal del verificar la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la realización del proyecto “*para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú.*”

¹⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia T 745/10 cita Sentencia C-461 de 2008.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

Lecciones Aprendidas

Los derechos fundamentales de las comunidades étnicas minoritarias, que son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de individuos que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos.

Decidir si una acción afecta o no directamente a las comunidades, requiere también la participación de estas, por ello deben estar involucradas.

10. CASO DEL CONSEJO COMUNITARIO DE LA TOMA. SENTENCIA T-1045A/10

En la acción de tutela instaurada por Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez Mina, obrando a nombre propio y en representación del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, contra la Alcaldía de Suárez; los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Minas y Energía; INGEOMINAS; el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Popayán; el señor Héctor Jesús Sarria; y la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC), los actores solicitan i) *“amparar el derecho a la vida digna, consulta previa, debido proceso, al trabajo y a la autonomía e integridad cultural, del cual son titulares las comunidades afrodescendientes que desarrollan actividades de minería artesanal en el predio que pretende el señor Héctor Sarria sea desalojado”*; ii) *“disponer que se deje sin valor y efecto la parte en la cual se dispuso decretar el desalojo a favor del querellante”*¹⁶¹. El Defensor Regional del Cauca, actuó como coadyuvante de los accionantes.

El caso

Analiza la Corte que el titular de la licencia minera anotó que el área de explotación no se *“encuentra habitada por comunidades negras ni indígenas que exploten artesanalmente la minería para el sustento económico”* (f. 95 ib.) e *interpuso una acción de cumplimiento ante el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, para desalojar a los mineros artesanales que se encuentran dentro del área de la licencia* (f. 25 ib.), *lo cual resulta contradictorio, en cuanto se*

asevera la ausencia de esas comunidades étnicas en el área de la explotación minera y que por ello no está obligado a consultarlas, pero se busca desalojarlos”.

Como coadyuvante el Defensor Regional del Pueblo refirió que *“en el trámite de otorgamiento del Título Minero... se incorporó y usó... un documento público en el cual se hizo constar que en el área del proyecto no existía población indígena ni población negra y que la población negra más cercana se encuentra a 19 kilómetros, es decir en otro Municipio del Cauca”*, lo cual desvirtuó, pues *“a escasos 50 metros, se encuentra otra población afro, la del Corregimiento del Mindala y por supuesto la del Corregimiento de La Toma, el más grande y el más poblado del Municipio de Suárez, con el 100% de la población afro”*, lo cual no ha sido rebatido (fs. 219 y 224 ib.).

¹⁶¹ Corte Constitucional S T 1045A/10

Consideraciones de la Corte Constitucional

La Corte señala que “antes de iniciarse la respectiva consulta previa, se debe realizar un proceso pre consultivo, con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pueda resultar afectada, en el cual se definan las bases del procedimiento apropiado a seguir, respetando las especificidades culturales, para *‘establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos’*.”¹⁶²

Además reafirma que el Estado “*debe garantizar a las autoridades de los grupos étnicos minoritarios, directamente la participación y el acceso a la información sobre todo programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que colectivamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto respectivo, con el objeto de que la parti-*

cipación sea activa y efectiva para las comunidades y se salvaguarde la idiosincrasia de los pueblos nativos, para que las decisiones sean adoptadas previa concertación y acuerdo, en la medida de lo posible”.

Enfatiza que el Ministerio del Interior y de Justicia¹⁶³ tiene a su cargo propiciar, realizar y verificar esa clase de procesos de consulta previa y que no se puede iniciar la exploración y explotación de un proyecto minero en territorio de las referidas comunidades étnicas, sin que se agote la consulta con éstas, en cuanto puedan ser afectadas y sin que se haya otorgado la licencia ambiental respectiva.¹⁶⁴

También resalta que “*es palmario que el trámite de la consulta esté ceñido al principio de buena fe, en cuanto “se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”.* La consulta es una relación de comunicación y entendimiento, caracterizada por el mutuo respeto, la transparencia y la confianza recíproca entre los auténticos voceros de los pueblos indígenas y tribales, los demás interesados y las autoridades públicas”, en procura de: a) *Que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos.* b) *Que*

igualmente sea enterada e ilustrada a cabalidad sobre la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar una afectación o variación sobre sus derechos, sus tradiciones y el hábitat respectivo, en general. c) *La comunicación abierta, oportuna, libre y sin interferencias, procurándose la convocatoria de los representantes legítimos, en todo lo que conduzca a “participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso”*¹⁶⁵, para que de manera conjunta, consciente y sincera sean presentadas y valoradas las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad, cuyas inquietudes y observaciones serán atendidas no solo en lo concerniente a los intereses primarios y directos, sino en torno a los valores superiores de preservación cultural y ecológica”.

Igualmente- añade la Corte, -“*la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios habitados por comunidades que demandan protección especial, ha de armonizarse con la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.), resultando palmario que lo insustituible no se puede tocar, y con el aseguramiento de la integridad étnica, cultural, social y*

¹⁶² Corte Constitucional, Sentencia T 1045A, cita al Convenio 169 de la OIT, artículo 6º; sentencias T-737 de 2005 y T-769 de 2009.

¹⁶³ Actualmente Ministerio del Interior.

¹⁶⁴ Convenio 169 OIT y artículo 85 de la Ley 685 de 2001.

¹⁶⁵ C-461 de 2008, precitada.

económica de las respectivas comunidades, preservando sus elementos de cohesión”. Deja la Corte claro que en la justa medida, para equilibrar el desarrollo económico la exploración y explotación de los recursos nacionales, “debe detenerse ante la preservación ambiental, que es la vida de las futuras generaciones, y coordinarse con el inalienable respeto a los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general”.¹⁶⁶

Además reitera el derecho al consentimiento libre, informado y previo citando la ya mencionada sentencia de la CIDH, en el caso Saramaka, en la cual se indicó que el Estado *“debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio ancestral, hasta que entidades técnicamente idóneas realicen el estudio previo del impacto social y ambiental, de manera que se preserve, proteja y garantice la subsistencia tribal y la especial relación comunidad - territorio, procurando así “el consentimiento libre, informado y previo... según sus costumbres y tradiciones”.*

Así mismo la Corte puntualiza que la autoridad competente deberá tener en cuenta el derecho de prelación que establece la Ley 685 de 2001 en su Artículo 133 según el cual *“Las comunidades negras tendrán prelación*



*Foto: Cybèle Hauptert
ONU Derechos Humanos*

para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera de comunidad negra. Esta concesión podrá comprender uno o varios minerales”, señalando que “en todo caso será indispensable la obtención de la licencia ambiental correspondiente, que solo se expedirá de resultar satisfechas las exigencias normativas pertinentes”¹⁶⁷.

La Corte resuelve, entre otras, **tutelar** los derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa de comunidad afrodescendiente y ordena al

¹⁶⁶ Sentencia T1045/10 cita T-769 de 2009.

¹⁶⁷ Sentencia T1045/10 cita Leyes 685 de 2001 y 99 de 1993.



Foto: Carlos Gómez Ariza

Ministro del Interior y de Justicia que imparta las instrucciones para que realice, garantice y coordine esa consulta previa y mientras tanto **ordena** al señor Héctor Jesús Sarria la suspensión inmediata de las actividades de explotación minera a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CRC, no dar efectividad a la licencia ambiental hasta tanto no se realice la consulta previa ordenada en el presente fallo y a INGEOMINAS que se abstenga de otorgar o suspenda, las licencias de explotación minera hasta tanto se realice, de manera adecuada, la consulta previa. También **deja**

sin efecto la Resolución que ordenó la suspensión de las actividades de explotación minera 'no autorizada' y el desalojo de las personas que la venían realizando. Por otra parte, solicita a la Defensoría del Pueblo, regional del Cauca, y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado.

Lecciones aprendidas

El derecho fundamental de la consulta es susceptible de protección por medio de la acción de tutela en razón a la importancia y significación para la

defensa de la identidad e integridad social y a su condición de mecanismo de participación.

Antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentre en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa respectiva con las comunidades que puede ser o llegar a ser afectadas por dicho proyecto; ii) deberá estar aprobado el estudio y expedida la licencia ambiental respectiva, para poder iniciar los trabajos y obras mineras; iii) la autoridad minera deberá tener en cuenta y decidir sobre el derecho de prelación que les atañe a esas comunidades étnicas, de acuerdo con la ley.

Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos merecedores de especial tratamiento: (i) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación; (ii) el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto el deber de consulta. Frente a lo anterior, es claro que la consulta previa es uno de los medios de participación aptos para alcanzar la inclusión de dichas comunidades.

11. CASO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA BOQUILLA Vs LA DIMAR –CONCESIÓN AL HOTEL LAS AMÉRICAS RESORT- SENTENCIA T- 376 DE 2012

Sobre los derechos colectivos en zonas de playas y el derecho a la consulta previa.

Resumen.

La acción de tutela es presentada por una mujer integrante de la comunidad negra en el sector de Cielo Mar, corregimiento de La Boquilla, en Cartagena, quien desde hace 15 años ejerce el oficio de “carpera” (es decir, encargada de colocar carpas en la playa para los turistas) y ofrecer servicios a los turistas, que vio limitado su libre movilidad y derecho a ejercer sus oficios cuando la administración del edificio Torre de las Américas – operador turístico- no le permitió desarrollarlos “argumentando que ellos tenían el derecho al disfrute de la playa” en virtud de un permiso otorgado por la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar). Por todo lo anterior la peticionaria presentó acción de tutela contra la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto del Distrito Turístico y Cultural

de Cartagena, por considerar que esa autoridad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, el trabajo y el debido proceso en relación con el principio de confianza legítima; así como el derecho fundamental de los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de Unidad Comunera del Gobierno Rural de La Boquilla, Localidad de la Virgen y Turística del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena (en adelante, Comunidad de La Boquilla) a ser consultada previa la entrega de una concesión sobre un área de 8.194 mts² de playa en el sector de Cielo Mar de La Boquilla (Cartagena) a la empresa Inversiones Talarame y Compañía S.A.¹⁶⁸

Frente a la demanda “la autoridad accionada intervino en el trámite de primera instancia defendiendo la constitucionalidad de su actuación. Afirmó que la concesión se otorgó observando los requisitos legales y que no procedía en este caso la consulta previa pues la Alcaldía de Cartagena certificó que no existía ocupación alguna en el



Foto: Carlos Gómez Ariza

¹⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T- 376 de 2012



Foto: Carlos Gómez Ariza

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ Los primeros aspectos -(i) y (ii)- se encuentran plenamente sistematizados en la jurisprudencia constitucional. La exposición de estos se realizará tomando como base las sentencias de unificación SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), y en menor medida, las recientes sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-698 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Los dos aspectos restantes -(iii) y (iv)- han sido objeto de desarrollos jurisprudenciales constantes, principalmente relacionados con el concepto de "afectación directa" y con las subreglas sobre el consentimiento previo, libre e informado. Esos aspectos se han explicado principalmente en las sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, y las decisiones de revisión de tutela T-769 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

lugar. Añadió que la consulta sólo procede cuando se desarrolle un proyecto dentro del territorio colectivo de una comunidad afrodescendiente o cuando el Ministerio del Interior certifique la presencia de una comunidad étnica en el lugar, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y precisó que en este caso la concesión se otorgó sobre un bien de uso público, de carácter imprescriptible e inembargable, y no susceptible de ser adjudicado o adquirido por modo alguno."

En otros apartes la entidad también argumentó "La Dimar no violó el derecho a la consulta previa pues esta debe realizarse únicamente cuando se vayan a adelantar obras en territorios ocupados por las comunidades étnicas, según la Sentencia T-129 de 2011."¹⁶⁹

En un escrito adicional, Inversiones Talamare SCA argumentó entre otros "que la resolución de inscripción y registro de los consejos comunitarios es del 21 de diciembre de 2009, es decir que es posterior a la resolución controvertida (0497 de 24 de noviembre de 2009). (v) No podría efectuarse la consulta a una comunidad sin representación legal. (vi) No puede acreditarse la existencia de una comunidad negra a partir de una percepción sobre la existencia de una comunidad

afrocolombiana en la mayoría de sus integrantes sino de su reconocimiento legal".¹⁷⁰

LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE.

La Corte prioriza y sintetiza cuatro aspectos sobre el derecho a la consulta y su aplicación al caso concreto (i) El fundamento constitucional del derecho a la consulta previa, (ii) las principales subreglas que permiten comprender su alcance y modo de aplicación; (iii) su ámbito material de procedencia de la consulta y, especialmente, el concepto de afectación directa; y (iv) las recientes decisiones sobre el derecho al consentimiento, la participación y la consulta previa, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.¹⁷¹

Se resaltan a continuación algunos apartes de interés señalados en los cuatro puntos:

Sobre el derecho fundamental a la consulta previa. En el fallo de unificación SU-039 de 1997, la Corte precisó que la consulta es un derecho fundamental porque concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos.

La exposición de esas disposiciones demuestra la importancia de enmarcar la consulta en un espectro más amplio de garantías que incluyen la participación, la consulta previa, la cooperación, el consentimiento de la comunidad, la participación en los beneficios, y la indemnización en determinados eventos. Todas esos derechos y garantías constituyen un continuum de protección de los pueblos indígenas y afrodescendientes, pues cumplen la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).¹⁷²

La Corte sostuvo que la consulta previa sí resultaba vinculante en los eventos señalados más adelante sobre el territorio y explicó que su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes y no exclusivamente por la eventual incidencia en sus territorios.¹⁷³

Sobre el derecho al territorio y la consulta previa: En relación con los territorios de los pueblos étnicos, la Corte señala que el artículo 15 del convenio 169 de la OIT hace referencia a la

obligación de consultar a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen¹⁷⁴, en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y concertar las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.¹⁷⁵

La Corte recuerda que estas valoraciones se basan en el derecho fundamental al territorio y la importancia de su protección: Esa relación entre cultura y territorio, aunada a su importancia para el ejercicio de los derechos de autonomía de la comunidad, llevó a la Corte a expresar desde el fallo T-188 de 1993 que el territorio colectivo es un derecho fundamental de las comunidades indígenas.¹⁷⁶

Y señala que “En virtud de su naturaleza cultural, el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Si bien su demarcación juega un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, no debe perderse de vista que este tiene un

efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural aunque estén por fuera de sus límites físicos”.¹⁷⁷

Y que a propiedad colectiva es un derecho que surge, en principio, de la posesión ancestral. Por ello, el reconocimiento estatal del mismo no

¹⁷² *Ibíd.* cita original de la corte.

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ Ver, Artículo 15, *ibidem*.

¹⁷⁵ Ver, Artículo 16, *ibidem*.

¹⁷⁶ Corte Constitucional Sentencia 376 de 2012, numeral 18 capítulo II Consideraciones y fundamentos.

¹⁷⁷ Ver también, Sentencia T-525 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-698 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), decisión en que la Sala Novena expresó: “El fallo [T-235 de 2011] precisó que el derecho fundamental al territorio colectivo o a la propiedad colectiva del territorio se deriva del Convenio 169 de la OIT y del artículo 329 Superior, en armonía con los artículos 58 y 63 de la Carta Política, que ordenan proteger todas las formas de propiedad y le atribuyen a los territorios indígenas las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles, respectivamente.” Esas tres características y el reconocimiento de la ancestralidad como título de propiedad [Al respecto, ver las prevenciones planteadas en la Sentencia T-282 de 2012 sobre el uso figurado del concepto “título” en estos contextos, por tratarse de una categoría de derecho civil, no necesariamente compatible con el derecho propio de los pueblos indígenas] son, por ende, las notas definitorias del derecho fundamental al territorio colectivo [...]”.



Foto: Río Mayorquín, archivo PCN

tiene carácter constitutivo, independientemente de su importancia para facilitar su protección jurídica. Por lo tanto, (iii.1) la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y (iii.2) la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho.¹⁷⁸

La afectación directa y la consulta previa. La Corte señala que el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta es el de afectación directa; y que **existen diversos estándares para la determinación de la afectación directa.** (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados, se desprende que la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que

la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.¹⁷⁹

Participación, consulta previa y consentimiento desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. La Sala Plena aclaró en su argumentación en el caso de la Boquilla que el consentimiento hace parte de las reglas sobre consulta previa, pues así se desprende del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explícitamente citada en aquella oportunidad.¹⁸⁰

De otra parte estima que una adecuada comprensión de las reglas sobre el consentimiento requiere algunas consideraciones adicionales, que se dirigen a interpretar las diferentes disposiciones del Convenio 169 de 1989, la Constitución Política y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a partir del principio de proporcionalidad.

La ponderación, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la doctrina autorizada sobre la aplicación y límites de los derechos constitucionales, se identifica con el principio de proporcionalidad estricta, pues se concreta en determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un

¹⁷⁸ Ver, especialmente, los casos Yakie Axa y Sowhamayaxa contra Paraguay (Caso Comunidad indígena Yakie Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, así como las sentencias de la Corte Constitucional T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-698 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁷⁹ Corte constitucional Sentencia T-376 de 2012

¹⁸⁰ Ver auto 053 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado.

Plantea entonces la Corte que la consulta es un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo -y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad-, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas - y afrodescendientes - obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.¹⁸¹

Así, en la Sentencia de constitucionalidad C-030 de 2008, la Sala Plena expresó que (i) la consulta previa procede frente a afectaciones directas de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, en virtud del inciso 1º (literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, mientras que (ii) cuando se presente una incidencia de menor entidad, es decir, indirecta de los derechos de la comunidad, deben garantizarse espacios adecuados de participación para las comunidades afectadas, al menos de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición.

Plantea entonces la Corte Constitucional que con base en las consideraciones previas se puede concluir,

desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación de los pueblos indígenas -y las comunidades afrodescendientes- se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la **simple participación**, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la **consulta previa** frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el **consentimiento previo, libre e informado** cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.

El derecho al territorio y a la consulta previa en una zona de playas

El juez de primera instancia planteo que a pesar de que los bienes de uso público -entre los que se encuentran las playas- no pueden ser objeto de propiedad privada, "sí resulta claro que la Comunidad de La Boquilla mantiene una cercana relación con el área de playa que fue otorgada en concesión, pues la incidencia de grandes proyectos turísticos a su alrededor ha generado desplazamientos de la comunidad y, especialmente, la



Foto: Archivo ONU Derechos Humanos

¹⁸¹ Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), ya citada: "(...) no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser".

necesidad de remplazar su modo de producción tradicional, basado en la pesca, por actividades relacionadas con el turismo.”

A partir de lo expuesto, cabe resaltar que (i) la existencia de una comunidad



Foto: Carlos Gómez Ariza

indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas sino (ii) de los hechos constitutivos de la diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo. Sin embargo, (iii) el reconocimiento oficial facilita la prueba de la existencia de la comunidad ante la administración y la jurisdicción y, por lo tanto, el acceso a los servicios del Estado y la protección de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

La Corte reitera entonces que la propiedad colectiva es un derecho que surge, en principio, de la posesión ancestral. Por ello, el reconocimiento estatal del mismo no tiene carácter constitutivo, independientemente de su importancia para facilitar su protección jurídica. Por lo tanto, (iii.1) la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y (iii.2) la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho.¹⁸²

Estas razones expuestas en el considerando 70 por las cuales la Corte concluye que esta comunidad debió ser consultada antes de concesionar el área en cuestión de la Sentencia hicieron referencia a:

Contexto cultural y etnográfico. La comunidad negra de La Boquilla, refleja una cultura, modos de produc-

ción y organización social propios, contruidos en un proceso histórico que los ha definido como grupo culturalmente diverso.

El desplazamiento de la actividad tradicional y riesgo a la cohesión del colectivo. El caso concreto es ejemplo de lo recién afirmado: la entrega de una concesión sobre un área de playa en el corregimiento a un operador privado ocasionó el retiro de los carperos de la comunidad.

La situación de riesgo del derecho a una opción propia del futuro de la comunidad. Los hechos recién mencionados ilustran entonces cómo el destino del corregimiento de La Boquilla avanza por un camino distinto al de la comunidad afrodescendiente del mismo nombre.

La existencia de la comunidad negra de La Boquilla. La comunidad negra como tal existe, y también existía plena prueba de ello, por lo menos, desde el año 2004. Es un contrasentido afirmar que un reconocimiento del Estado crea o constituye comunidades originarias que materialmente han habitado su territorio.

La comunidad no reivindica la playa como territorio colectivo. Sin embargo, defiende la realización de determinadas actividades tradicionales en esta.

¹⁸² Ver, especialmente, los casos Yakie Axa y Sowhamayaxa contra Paraguay (Caso Comunidad indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, así como las sentencias de la Corte Constitucional T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-698 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

La afectación directa. El representante de la comunidad afirmó entre otros que el turismo hace parte de su modo de vida y su identidad étnica. El juez de primera instancia acogió ese argumento.

Naturaleza de la medida adoptada por la Dimar. En el orden jurídico colombiano, **las playas son bienes de uso público y hacen parte del espacio público.** Las características del espacio público, desde el punto de vista constitucional, se concretan en (i) su afectación al interés general y (ii) su utilización en beneficio de la comunidad. Esos elementos operan como objetivos constitucionales a los que deben ceñirse las autoridades al definir las políticas públicas, o adoptar medidas específicas sobre el manejo del espacio público, incluidas las concesiones otorgadas a particulares para su uso y aprovechamiento.¹⁸³ Sin embargo, - plantea La Corte- sí debe advertirse que, al ejercer esa competencia, la Dirección Marítima está obligada a respetar los fines constitucionales previstos en el artículo 82 de la Constitución Política para el espacio público (recién recordados), y abstenerse de afectar de forma irrazonable o desproporcionada los derechos de los ciudadanos, especialmente, si se trata de grupos vulnerables.

La concesión otorgada a Inversiones Talamare SCA es una medida que afecta directamente a la Comunidad Negra de La Boquilla.

Finalmente, la Corte concluyó que la afectación directa se concreta en la exclusión de la comunidad en la implantación de medidas destinadas al uso del espacio público y, lo que resulta más preocupante desde el punto de vista constitucional, la imposibilidad de defender sus prioridades en la elección de su destino, en virtud del principio de autodeterminación y el derecho de autonomía, con la consecuente desarticulación de la visión de las comunidades a la política pública del tránsito, asociada al turismo y el manejo de las playas.

En ese marco, la Sala determina el alcance de la protección y determina:

Consulta previa como remedio judicial adecuado.

En las sentencias T-244 de 2012 y T-348 de 2012 (citadas) la Sala Séptima defendió el derecho de participación directa de personas y grupos humanos vulnerables, en relación con decisiones asociadas al desarrollo de la ciudad de Cartagena (proyectos urbanísticos o macroproyectos asociados a la recuperación del mercado de Bazurto y la construcción de un tramo de carretera) en el sector de Crespo.

Esos casos han dotado a la Sala de importantes elementos de análisis, al evidenciar cómo la exclusión de grupos vulnerables en proyectos urbanísticos o decisiones asociadas al desarrollo constituye una violación al derecho de participación que usualmente deriva en amenazas o violaciones de otros derechos porque la omisión en la participación lleva a la toma de decisiones que no consultan todos los aspectos constitucionalmente relevantes.

Sobre el carácter de la comunidad y el derecho a la consulta. En la Sentencia T-348 de 2012, también proferida por la Sala Séptima, la Corte se pronunció sobre la afectación sufrida por una comunidad de pescadores, con ocasión de las obras del sistema de transporte público de la ciudad, en el sector de Crespo.

¹⁸³ Sobre la obligación de preservar los bienes de uso público para el uso de la colectividad, ver artículo 82 CP, y sentencias SU-360 de 1999 y T-331 de 2011.

En esa oportunidad, la Corte destacó que (i) si bien la comunidad tutelante no tenía las características de un grupo tribal, sí planteaba un grado de diversidad étnica, derivado de un modo de vida construido en torno a la pesca tradicional; (ii) esa actividad constituía, además, un medio esencial para el ejercicio y goce de los derechos a escoger libertad y oficio, el trabajo, y el mínimo vital de la comunidad; (iii) si bien los peticionarios no habitaban el sector ocupado por la obra (¿bien de uso público?), la construcción del tramo del sistema de transporte masivo, sí los afectó seriamente; (iv) esa afectación, en buena medida, se produjo porque las autoridades pú-

blicas competentes no aseguraron la participación de la comunidad de pescadores, impidiendo así que el grupo tutelante presentara su punto de vista sobre las consecuencias del proyecto en su modo de vida y en los derechos fundamentales previamente citados. (v) El proyecto en construcción, por su dimensión, afectaba la vida marítima. Es decir, el medio ambiente y el espacio vital de la comunidad.

Por lo tanto, (vi) la Sala Séptima decidió tutelar el derecho a la participación de las comunidades tutelantes. El alcance concreto de la protección consistió en la concertación de medidas adecuadas de compensación entre los afectados y el Distrito adecuados y acordes con el ejercicio de la pesca artesanal como actividad de sustento.¹⁸⁴

LA DECISIÓN DE LA CORTE

La Corte Constitucional confiere en esta Sentencia el derecho de consulta previa a la comunidad negra de la Boquilla y deja sin efecto la Resolución expedida por la Dirección Marítima de la Capitanía de Puerto del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena (Dimar) donde se concedió un área de 8.194 mts² de playa en el sector de la Boquilla en Cartagena a la empresa Inversiones Talarama y Compañía S.A. Uno de los argumentos para to-

mar esta decisión fue el hecho de que los integrantes de dicha comunidad llevaban a cabo actividades de pesca, celebraciones tradicionales y prestaban servicios turísticos. La Corte ordena realizar de nuevo el proceso y llevar a cabo la consulta previa en la debida forma. Así mismo se aclara que, en la eventualidad de que se decida otorgar dicha concesión, se deberá cumplir con los siguientes requisitos: “(i) Que se definan de forma precisa el alcance y los límites de la concesión; (ii) que no se altere la calidad de espacio público de la playa, transgrediendo la prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada; (iii) que se preserve todo uso tradicional que la comunidad de la Boquilla efectúe sobre el sector de Cielo Mar; y (iv) que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad”.¹⁸⁵ Uno de los puntos novedosos de esta Sentencia es el hecho de que el Consejo Comunitario de la Boquilla “no existía” al momento de la concesión.

LECCIÓN APRENDIDA

La importancia de la decisión de la Corte a favor del derecho a la consulta previa libre e informada de la comunidad negra de la Boquilla – zona costera y turística- radica en que la discusión está relacionada con que

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 376 de 2012

¹⁸⁵ ibíd.

el espacio de uso no constituía un territorio colectivo y al contrario está considerado un bien de uso público y según la Dimar “excluido de la aplicación de la Ley 70 de 1993,”¹⁸⁶ razón por la cual la concesión fue otorgada sin consultar a dichas comunidades.

Ante estos argumentos la Corte primero realizó un análisis de las características sociales y culturales de esta comunidad para concluir que, a pesar de que el Consejo fue constituido tiempo después del proceso de concesión, dicha comunidad cumplía con todos los requisitos para ser considerada sujeto colectivo objeto de protección constitucional. En esta Sentencia la Corte además reiteró que:

“La existencia de una comunidad indígena o afro descendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas, sino de los hechos constitutivos de su diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo”.

La Corte Constitucional concluye que existe una afectación por la cual la comunidad negra de la Boquilla debió ser consultada para su protección.

“En tanto la concesión otorgada a Inversiones Talamare SCA de forma gratuita por la Dimar no prevé ninguna medida para preservar esos concretos usos tradicionales de la playa, o evitar que se produzca una restricción



“Los intelectuales dicen: Soy afrocolombiano y los común y corriente dicen: Yo soy negro, yo soy comunidad negra. El término negro es impuesto por el otro, pero también es asimilado como parte de nuestra identidad. Yo creo que es la discusión entre el proyecto de integración y el proyecto de autodeterminación.” Hernán Cortés, líder PCN citado por García Rincón, Jorge. “Educar para el reencuentro”.

Foto: Andagoya, Darwin Moreno

desproporcionada en derechos fundamentales de la Comunidad Negra de La Boquilla, sin importar si se trata de actividades permanentes (como la pesca) o esporádicas (como las celebraciones culturales aludidas), resulta claro que la concesión produce una afectación directa en la comunidad: le impone cargas, incide en la eficacia de sus derechos fundamentales, y todo ello de una manera que puede considerarse diferencial, en comparación con el resto de la población.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ *ibid.*

¹⁸⁷ *ibid.*

12. CASO: INTEGRACIÓN DE LA INSTANCIA DE PARTICIPACIÓN CON LA CUAL SE CONSULTARÁN, EN ADELANTE, LAS MEDIDAS DE AMPLIO ALCANCE QUE PUEDAN AFECTAR A LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS. SENTENCIA T-576 DE 2014



Foto: Carlos Gómez Ariza

La significativa importancia de esta Sentencia radica en el hecho de que define el derecho a la consulta previa a otros grupos vulnerables que dentro de los afrodescendientes no están necesariamente incluidos en la definición de comunidad negra establecida en la Ley 70 de 1993, dadas las características de esta población en el contexto nacional. A partir de estas circunstancias define la validez del derecho a la participación a través de la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado de otros sectores dado el carácter diverso que encierran.

RESUMEN:

En la acción interpuesta por el señor Moisés Casseres en contra del Ministerio del Interior, el accionante solicita que se le amparen los derechos

fundamentales a la consulta previa; al consentimiento previo, libre e informado; a la participación; a la igualdad y al debido proceso de las comunidades negras del país, los cuales fueron eventualmente violentados por el Ministerio del Interior quien expidió la resolución 121 de 2012, mediante la cual el Ministerio del Interior convocó a los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades negras que tienen título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y a los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que, en asambleas departamentales, eligieran 20 delegados que los representarían de forma transitoria en los procesos destinados a definir el nuevo mecanismo de participación de esas comunidades, a reglamentar la Comisión Consultiva de Alto Nivel y a establecer los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las organizaciones de raizales.

El accionante argumenta que la resolución 121 de 2012 es discriminatoria puesto que solo convoca a las comunidades que cuentan con un título colectivo, excluyendo así a poblaciones como las afrocolombianas que residen en zonas urbanas, comunidades en situación de desplazamiento y comunidades negras que se encuentran

organizadas en consejos comunitarios o en otros tipos de organización válido, que no cuenten con territorio adjudicado. “A su juicio, el Ministerio del Interior desconoció la realidad demográfica y generacional de los afrodescendientes en Colombia y el derecho a la participación de las comunidades que habitan en zonas históricas, urbanas y en lugares emblemáticos, como San Basilio de Palenque.”¹⁸⁸

El demandante expuso entre otros argumentos: “que los consejos comunitarios, definidos por el Decreto 1745 de 1995 como una “persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras (...)”, representan a las comunidades negras que se encuentra en la parte rural del país. En cambio, la parte urbana y desplazada de la población afrocolombiana está agrupada en organizaciones de base u otras expresiones organizativas.

Apuntó, además, que el propósito de los consejos comunitarios es distinto del de las comisiones consultivas, aunque ambos estén contemplados en la Ley 70. Los primeros son una forma de administración del territorio colectivo. Las segundas son escenarios para el debate de asuntos de gran importancia para la vida y el desarrollo de las comunidades afrocolombianas.

Los problemas a resolver

Como punto de partida, la Corte señaló que es importante considerar lo que las pruebas recaudadas revelaron acerca de la problemática estructural. Y concluyen que los conceptos académicos allegados al expediente dan cuenta de las dificultades que ha tenido el Gobierno para identificar a los titulares del derecho a la consulta previa y advierten sobre las dificultades que ha supuesto el hecho de que, en sus intentos por crear una instancia de interlocución con los afrocolombianos, se haya valido de figuras como los consejos comunitarios, las comisiones consultivas departamentales y las organizaciones de base, que han asumido la representación de estas comunidades con diversos propósitos y en distintos escenarios.

Además señala que los organismos de control, las organizaciones civiles y las instituciones académicas que intervinieron en el trámite coincidieron en que la imposibilidad de integrar una instancia de participación legítima y representativa de los afrocolombianos con capacidad de incidencia en el ámbito nacional ha obedecido, precisamente, a la indebida comprensión de las especificidades culturales y de las dinámicas organizativas de este grupo étnico y a la manera en que diversos factores de índole social

e institucional, como la incertidumbre jurídica derivada de las sucesivas reglamentaciones de la Ley 70 de 1993 y el conflicto armado, habrían impactado sobre sus iniciativas autónomas de organización.

Entre otros argumentos considero las apreciaciones de entidades y expertos académicos sobre la experiencia de alguna manera fallida con el espacio consultivo nacional que se estableció con el propósito de mantener el dialogo entre las comunidades y las instancias de gobierno:



Foto: San Basilio de Palenque, 2009
Corporación Jorge Artel

←
¹⁸⁸ Corte Constitucional Sentencia T- 576 de 2014 numeral 13

La intervención da cuenta, además, de la manera en que los mecanismos de participación y de interlocución entre las organizaciones de comunidades negras para el desarrollo de las políticas étnico-raciales que habría de desarrollar el Estado en cumplimiento de la Ley 70 de 1993 propició la “institucionalización, burocratización y estatalización de buena parte de los procesos organizativos afrocolombianos”. En concreto, se refirió a la Consultiva Nacional de Alto Nivel y a las comisiones consultivas departamentales, que aunque fueron creadas

*con la idea de mantener el diálogo y la concertación abierta entre el gobierno nacional y las comunidades afrodescendientes, desarrollaron su propio esquema de pautas, valores y normas que “ofrecieron un marco clientelista de relaciones entre el Estado y los movimientos sociales negros, el cual estaba bastante alejado de los intereses de los consejos comunitarios”.*¹⁸⁹

¹⁸⁹ El documento refiere que tal coyuntura propició un boom en la constitución de organizaciones de base, la mayoría de ellas, ficticias, porque su registro no perseguía un objetivo distinto al de perpetuar a los consultivos (En este punto se cita a Maguemati Wabgou, Jaime Arocha Rodríguez, Aiden José Salgado Cassiani y Juan Alberto Ospina, en *Movimiento Social Afrocolombiano, Negro, Raízal y Palenquero: El largo camino hacia la construcción de espacios comunes y alianzas estratégicas para la incidencia política en Colombia*. Unidad de Investigaciones Gerardo Molina. UNIJUS. Universidad Nacional de Colombia, 2012). El interviniente cuestiona, además, que el marco legal de protección de los afrocolombianos no haya logrado quebrar la estructura del sistema social racializado colombiano y que, en lugar de ello, haya profundizado el tratamiento preferencial de la gente negra dentro de los marcos de la victimización y del conflicto. Tal dislocación entre la política, la legislación y los escenarios de su aplicación sería, según el concepto, el problema central desde el cual debería abordarse la problemática afrocolombiana actual y la de su movimiento social.

¹⁹⁰ Sentencia T-823 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). El fallo ordenó “INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL, en el presente caso, la Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2012 “Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raízales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones”. En consecuencia, se ORDENARÁ al Ministerio del Interior que expida nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales, en un término no superior a seis (6) meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en particular, teniendo en cuenta un enfoque diferencial de esta población. Al cabo de dicho término, deberá enviar un informe al juez de primera instancia, de las actividades desplegadas. También deberá enviar copia del informe a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación (...)”.

¹⁹¹ La medida de suspensión provisional fue adoptada a través de Auto del cuatro (4) de diciembre de 2012. Como fundamentos de la medida, la Sala expuso los siguientes: “i) las decisiones que se adoptarán en aplicación de la Resolución 121 de 2012 tendrán una incidencia directa y definitiva sobre la manera en que los afrocolombianos ejercerán sus derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa, ii) los procesos consultivos que está adelantando el Ministerio del Interior en desarrollo de la Resolución 121 podrían acentuar la debilidad de las organizaciones comunitarias afrocolombianas, iii) la Sala Séptima de Revisión inaplicó por inconstitucional la Resolución 121 de 2012 frente al caso concreto del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga, pero iv) no abordó una serie de problemas jurídicos relativos a la aplicación de la resolución que se derivan de los hechos narrados y probados en el presente proceso y (...) por eso v) el fallo que se profiera respecto de la presente acción de tutela deberá armonizarse con lo decidido en la Sentencia T-823 de 2012”.

Fue sobre esos supuestos, y en consideración a que la Sala Séptima de Revisión de la Corte inaplicó por inconstitucional la Resolución 121 de 2012 frente al caso concreto del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Plata Bahía Málaga¹⁹⁰, que esta Sala le ordenó al Ministerio del Interior suspender provisionalmente la aplicación de la Resolución 121, “de todos los procesos consultivos, medidas y diligencias que está adelantando a su amparo y de los actos administrativos que se hayan proferido en desarrollo de la misma – concretamente, el Decreto 2163 de 2012”- hasta que se notificara la sentencia¹⁹¹.

Y comprobada la procedibilidad formal de la tutela interpuesta por el demandante. La sala abordó el debate de fondo, que exigía determinar i) quiénes son, en su condición de afrocolombianos, titulares de derechos étnicos como la consulta previa; ii) si la adjudicación de un título colectivo era

un criterio constitucionalmente válido para determinar quiénes podían participar en el proceso de elección de los integrantes del Espacio Nacional de Delegados y iii) qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos de ley e iniciativas de incidencia nacional.

Resueltos estos interrogantes, evaluó iv) si la Resolución 121 de 2012 debió consultarse con las comunidades negras del país, pese a que buscaba crear un cuerpo de representación transitorio que definiría el nuevo mecanismo a través del cual se les consultarían las medidas legislativas y administrativas de incidencia nacional, tras la coyuntura que supuso el vencimiento del periodo institucional de los integrantes de la comisión consultiva de alto nivel y la decisión que el Consejo de Estado había adoptado dos años antes sobre la manera en que debía estar integrado dicho organismo¹⁹².

Para resolver esos problemas jurídicos, la Sala sintetizó el marco normativo y la jurisprudencia constitucional que ha reconocido a las comunidades afrocolombianas como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales y recordó, después, las obligaciones que tiene el Estado colombiano frente a la consulta previa

de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectar a las minorías étnicas.

En ese contexto, abordó el estudio del caso concreto.

Los argumentos de la Corte

Lo primero que decide resolver la Corte son las dudas acerca de las condiciones en las cuales es posible considerar que determinada comunidad afrocolombiana es titular de derechos étnicos, como el derecho a la consulta previa y en este sentido resolver la incertidumbre asociada a lo complejo que ha resultado distinguir entre la protección que el Estado les debe a las comunidades afrocolombianas como sujeto colectivo y aquella que debe prodigarles a sus integrantes individualmente considerados y a las distintas lecturas que las instancias gubernamentales, judiciales y las propias comunidades han hecho del concepto de comunidad negra al que alude la Ley 70 de 1993¹⁹³- como uno de los factores que ha bloqueado, en mayor medida, los intentos de los afrocolombianos por construir una instancia que facilite el encauzamiento efectivo de sus iniciativas y cuente con la legitimación y la representatividad necesarias para actuar como órgano de consulta de las medidas de impacto nacional que los afecten.

Solución del primer problema jurídico: Los afrocolombianos y sus comunidades como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales.

Para sustentar esta definición, la Corte identificó primero, los fundamentos constitucionales y legales de la protección especial que merecen los afrocolombianos como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales y los sustentó con base en los siguientes soportes normativos:

¹⁹² Tales son las razones que, según el Ministerio del Interior, motivaron la expedición de la Resolución 121 de 2012. Cfr. Acápite 5.3.5. de los antecedentes de esta providencia.

¹⁹³ Esas son solo las problemáticas denunciadas por quienes intervinieron en el trámite de revisión de tutela. La Sala entiende que los debates relativos a los criterios en virtud de los cuales puede calificarse a determinada comunidad como titular de derechos étnicos no se presentan solamente frente a los afrocolombianos ni tienen que ver, exclusivamente, con los aspectos mencionados.

El artículo 55 transitorio y la caracterización del sujeto colectivo “comunidades negras”.

La ley aprobatoria del Convenio 169 de la OIT: Los pueblos indígenas y tribales como sujetos de derechos.

La Ley 70 de 1993: Algunos apartes de los desarrollos realizados por la Corte para cada uno de estos soportes:

En el artículo 55 transitorio la Corte rescata como su aprobación permitió que los afrocolombianos pasaran de ser una colectividad invisibilizada y excluida del escenario político nacional a convertirse en un actor relevante para el proceso de reconfi-

guración de la identidad nacional. Su reconocimiento como titulares de derechos –puntualmente, del derecho a la propiedad colectiva- y la orden de establecer mecanismos para proteger su identidad cultural les brindaron la primera oportunidad de participar en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y de incidir en la adopción de las decisiones que podrían afectarlos, en los términos previstos en la nueva Constitución.¹⁹⁴

El Convenio, en efecto, precisó que se aplicaría a i) los pueblos tribales que se rigieran total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y compartieran condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional. La exigencia subjetiva sería, como se dijo, la conciencia de identidad indígena o tribal, a la que el Convenio 169 calificó como un criterio fundamental para determinar su aplicación.¹⁹⁵ Ambos elementos fueron incorporados al texto que hizo realidad el mandato constitucional de reconocer legalmente los derechos de las comunidades negras y los mecanismos para su protección, en cumplimiento del mandato que impartió, en ese sentido, el artículo 55 transitorio.

La Ley 70 de 1993: Señala en este punto la Corte como el debate sobre la

identidad étnica de las comunidades negras tuvo como punto de partida la necesidad de hacer de ellas un sujeto de derechos reconocible en el contexto del viraje multicultural que impulsaron la nueva Carta y la incorporación del Convenio 169 de la OIT al ordenamiento interno. Definir a la comunidad negra era esencial para afianzar esa perspectiva y para determinar el contenido de los derechos que podría reivindicar por cuenta de su especificidad. En otro aparte la Corte señala como la definición incorporada por la Ley 70 de 1993 ha sido sumamente valiosa para efectos de los procesos de titulación colectiva y, ciertamente, debe ser valorada al momento de determinar, en un caso concreto, si cierto grupo está legitimado para invocar el amparo de sus derechos étnicos. Lo que no puede ocurrir, como insistentemente se ha expuesto, especifica la Corte, es que se descarte el carácter diverso de quienes no cumplan con alguno de los parámetros incorporados por la definición legal reconocida en la Ley 70 de 1993. Y agrega que:

“...lo que hay que recordar es que la diversidad étnica que protegen el Convenio 169 y la Constitución no está dada por ningún atributo concreto –ni por la raza, ni por el territorio, ni por un reconocimiento formal- sino por la presencia de una singularidad

¹⁹⁴ C.P. Artículo 2.

¹⁹⁵ Convenio 169, Art. 1°, n. 2: “La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

que dota de sentido de pertenencia a los integrantes de una comunidad determinada. Es en ese ámbito que cobran vigencia los parámetros a los que la jurisprudencia interamericana y los organismos de control de la OIT han vinculado la titularidad de derechos colectivos, como la consulta previa.¹⁹⁶

Así, las controversias sobre el carácter étnico de las comunidades que solicitan la protección de sus derechos colectivos. Según se dijo entonces, ese tipo de dilemas deben resolverse considerando que i) no existe una definición estricta acerca de lo que puede entenderse por pueblo tribal o indígena, sino unos criterios descriptivos de los sujetos a los que ese marco internacional de protección pretende proteger; ii) el criterio más relevante para determinar si un pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el de auto identificación. La identidad diversa, en consecuencia, es aquella que definan las propias comunidades, en ejercicio de su derecho de autodeterminación; iii) como colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente; iv) finalmente, es necesario considerar que los derechos concedidos a las colectividades étni-

camente diferenciadas no se pierden por el hecho de que algunos de sus integrantes vivan con menos apego que otros a sus tradiciones culturales.

En últimas, en términos de jerarquía normativa. Dado que dicho régimen legal y sus respectivas reglamentaciones deben ser interpretados a la luz de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, y concluye que “es válido afirmar que comunidades urbanas, o aquellas que, por ejemplo, no tengan prácticas tradicionales de producción, pero sí unos rasgos culturales compartidos, puedan exigir la protección de sus derechos étnicos.”¹⁹⁷

Solución del segundo problema jurídico. ¿Era constitucionalmente válido supeditar la participación de las comunidades negras en la elección de los integrantes del Espacio Nacional de Delegados que creó la Resolución 121 de 2012 a que contaran con un título colectivo?

Señala en este aparte la Corte que lo expuesto con antelación acerca de la imposibilidad de supeditar la titularidad de derechos étnicos a que la comunidad que autoproclama su diversidad acredite tener un determinado vínculo con su territorio excluye, de plano, que el Ministerio del Interior pudiera limitar la participación de las comunidades negras del país en

la elección de los delegados que las representarían en las consultas de las medidas de amplio alcance a que contaran con un título colectivo de dominio adjudicado por el Incoder en la fecha en que se expidió la Resolución 121 de 2012.



Foto: Carlos Gómez Ariza

¹⁹⁶ Corte constitucional Sentencia T-576 de 2014

¹⁹⁷ Ibid.

198 Recuérdese, por ejemplo, que en su intervención en sede de revisión, el Incoder refirió adjudicado 172 títulos colectivos a comunidades negras entre 1996 y 2012. Además, la entidad reconoció que para la fecha de su respuesta, tenía 91 solicitudes pendientes de titulación provenientes de todo el país, las cuales, dijo, iba resolviendo en orden de llegada (Antecedentes 5.4.).

199 La Sentencia T-823 de 2012, se repite, resolvió inaplicar por inconstitucional la Resolución 121 de 2012 en ese caso concreto y ordenó expedir las nuevas directrices a las que se sujetaría la elección de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales, instancias que tienen una naturaleza y un propósito distintos a los del espacio de consulta previa que aquí se valora.

200 Ley 70 de 1993, Artículo 5º: "Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional. Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación". El Decreto 1745 de 1995, que reglamentó el Capítulo III de la Ley 70, definió a los consejos comunitarios como una "persona jurídica que 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".

En ese panorama, pretender que el derecho a la participación de las comunidades negras dependa de un título formal que, además, certifica una relación con la tierra, resulta a todas luces irrazonable, sobre todo, si se tiene en cuenta la manera en que las comunidades negras del país han sido despojadas de sus territorios y lo complejo que, en sí mismo, resulta el trámite de titulación colectiva.¹⁹⁸

La decisión de condicionar la participación de las comunidades negras en la instancia con la que se llevarían a cabo los procesos de consulta previa de las medidas de amplio alcance a su condición de propietarias se opone, en efecto, al Convenio 169 de la OIT, a los principios constitucionales de igualdad, participación y diversidad étnica y cultural y a las reglas jurisprudenciales que, interpretándolos, impiden supeditar la identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a que las comunidades mantengan un vínculo con sus territorios o a que hayan sido formalmente reconocidas por el Estado.

Al imponer tal condicionamiento, el Ministerio del Interior vulneró los derechos fundamentales a la participación y a la igualdad de las comunidades negras que no cuentan con un título colectivo porque están asentadas en predios que no tienen la naturaleza de

baldíos, porque son víctimas de desplazamiento, porque habitan áreas urbanas o, simplemente, porque están a la espera de la titulación, como lo advirtió, en su momento, la Sentencia T-823 de 2012 en el escenario específico de la acción de tutela que formuló el Consejo Comunitario de La Playa-Bahía Málaga.¹⁹⁹

Solución del tercer problema jurídico. ¿Qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos e iniciativas de alcance nacional?

La Sala ya estableció que el ejercicio de los derechos étnicos no puede condicionarse a la adjudicación de un título de dominio. En esos términos, resulta claro que los consejos comunitarios que no cuentan con un territorio titulado tenían derecho a participar en la integración del órgano de consulta previa de las medidas de amplio alcance. Lo que queda por determinar, entonces, es si organizaciones distintas a los consejos comunitarios -figura a la que la Ley 70 de 1993 supeditó el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades negras²⁰⁰- podían tener cabida en el Espacio Nacional de Delegados. Y en este sentido el principal argumento de la Corte consiste en señalar que: "Ninguna autoridad administrativa ni

judicial puede imponerles a las comunidades negras un modelo específico de institución representativa.”²⁰¹

LA ORDEN DE LA CORTE

La Corte en esta Sentencia ordena amparar los efectos inter comunis, los derechos fundamentales a la participación, a la igualdad y a la consulta previa de las comunidades negras que fueron excluidas a través de la Resolución 121, por el hecho de no contar con un título colectivo de dominio adjudicado por el Incoder”. Esta Sentencia deja además sin efectos la Resolución 121 de 2012, en especial, el Decreto 2163 de 2012, por medio del cual se conforma y se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones.

Ordena al Ministerio del Interior divulgar la “Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas” la cual fue aprobada durante el Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. Ordena además convocar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenque-



Foto: Río Atrato, Carlos Gómez Ariza

ras del país a participar en el proceso de consulta previa en el marco del cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente.

Lección Aprendida:

La Corte Constitucional en este caso indica que esta sentencia no intenta responder la pregunta: “¿Quiénes, en su condición de afrocolombianos, son titulares de derechos étnicos?, sino que pretende sistematizar un número de reglas que podrán usar por operadores judiciales en situación de controversia para determinar el goce

efectivo del derecho a la participación de la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado tanto para las comunidades negras definidas por la Ley 70 de 1993 como para de otros sectores afrodescendientes dado el carácter diverso que encierran bajo el criterio de que las comunidades negras que reúnan ciertos atributos objetivos y que compartan una conciencia de identidad son titulares de derechos étnicos, como la consulta previa.

²⁰¹ Corte Constitucional Sentencia T- 576 de 2014



6

PROPUESTAS PARA FORTALECER LA PERSPECTIVA DE DERECHOS EN LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA





“La gran cantidad de materia orgánica que cae al río y que es arrastrado por sus aguas tarde que temprano llega al delta, que se tapona ante tal cantidad de desechos originando la inundación de municipios enteros como Riosucio y Bocas del Atrato. En repetidas ocasiones se ha denunciado a Maderas del Darién para que se responsabilice por cinco mil árboles de Catíos que taponaron una de las 16 salidas del Atrato al Mar.”

*Bitácora por el Atrato,
El Espectador.com junio 29 2008*

Foto: Carlos Gómez Ariza

A partir de los siguientes planteamientos, este capítulo pretende aportar elementos de utilidad para guiar la discusión en torno a la consulta previa, libre e informada. Estos aportes fueron recogidos en los talleres con las comunidades, los organismos de control y las instituciones.

El cumplimiento cabal de los principios de la consulta constituye parte central de las garantías para la protección de los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenque- ras y raizales-.

Sin embargo, estos principios por sí solos, no garantizan la plena libertad en la toma de decisiones.

La situación en que se encuentran los pueblos puede actuar como condicionante de dicha libertad, limitando de manera significativa la autonomía de los pueblos. La extrema pobreza, los conflictos sociales y armados son algunos de esos condicionantes.

En este capítulo se busca responder a la pregunta: ¿Cuáles serían los caminos para un desarrollo que respete los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenque- ras y raizales- al territorio, a un ambiente sano, a la integridad cultural y a la autonomía de sus pueblos dentro de un Estado-nación multiétnico y pluricultural?

ABORDAR EL DEBATE EN TORNO AL “DESARROLLO” Y EL DERECHO AL “DESARROLLO PROPIO” DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS -NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES-

■ Que el Estado asuma la discusión y concertación en torno a las diferentes opciones para el desarrollo planteadas desde la cosmovisión de las comunidades afrocolombianas -negras, palenque- ras y raizales- y la visión contemplada en lo que el Consejo de Estado identifica como el “interés general de la nación” propio de sociedades occidentales,²⁰² mediante la implementación de la consulta previa, libre e informada a medidas legislativas y administrativas del orden sectorial, es decir, en la política para el desarrollo minero, agrícola, forestal, pesquero, de infraestructura, entre otras. Asimismo, es objeto de consulta la fumigación de cultivos de uso ilícito.

■ Debe considerar que la protección de la diversidad cultural implica el reconocimiento y puesta en práctica de visiones distintas frente al desarrollo, lo que conlleva a un ordenamiento no sólo ambiental sino también sociocultural del territorio en los ámbitos nacional, regional y local, dando espacio real al ejercicio del derecho al desa-

²⁰² Concepto 1.708 de 2006 del Consejo de Estado sobre el caso U'wa. “Procedimiento para desarrollo legal de consulta previa a comunidades U'wa sobre proyectos de interés nacional en área de resguardo”. Disponible en línea en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/consejoestado/1708.htm

rollo propio de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

■ La protección y el reconocimiento de los saberes ancestrales están íntimamente ligados al tema del desarrollo desde una propuesta intercultural.

FORTALECER EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS -NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES- COMO SUJETOS DE DERECHOS ESPECÍFICOS

“Lo primero que se debe considerar es que se está dialogando con un pueblo en el caso indígena y con un grupo étnico en el caso de la comunidad negra, no con poblaciones aisladas; fraccionar a los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- en un proceso de consulta es violar sus derechos como pueblo”.
Gabriel Muyuy.²⁰³

■ El Estado también debe reconocer en la práctica las formas organizativas

sociales, político-administrativas, culturales, las instancias representativas y su autonomía, partiendo del reconocimiento del derecho propio en el caso de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

■ El Estado debe contribuir con la aplicación de medidas afirmativas y un trato diferenciado a las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

■ En conjunto con cada una de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- afectadas, el Estado debe identificar y estructurar mecanismos adecuados para asegurar su participación efectiva con relación a la toma de decisiones.

■ Para asegurar la capacidad de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- de decidir libremente y sin presiones de otros actores, el Estado, a través de sus órganos de control, debe brindar el acompañamiento necesario.

PARTIR DEL PLAN DE USO Y MANEJO O DE ETNODESARROLLO Y LOS REGLAMENTOS INTERNOS DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS -NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES- COMO MARCO

PARA EL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN

■ El Estado debe considerar que los planes de etnodesarrollo, los planes de uso y manejo y los reglamentos internos, son una expresión del derecho a sus propias opciones de vida de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- en materia de desarrollo y respetarlos como tales.

“Los planes de etnodesarrollo, los planes de uso y manejo de los territorios ancestrales y tradicionales, los reglamentos internos, son parte del ejercicio del derecho propio y de gobierno de las comunidades negras”.

El plan de uso y manejo de los territorios colectivos de las comunidades negras está fundamentado en los siguientes principios:²⁰⁴

²⁰³ Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas, 2008. Conversatorio sobre la consulta previa organizado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

²⁰⁴ Palenque El Congal, Proceso de Comunidades Negras de Buenaventura, Valle del Cauca.



¿Qué ha significado para toda una generación de niños el hecho de haber sepultado a los muertos? Muchos de ellos se refieren a los entierros, a las torturas y a los cadáveres como si fueran un adorno más del paisaje del Gilgal. Les gusta contar las historias. Joshe, un muchacho bajito y con las mejillas hundidas, recuerda la vez que él mismo llegó al salón de clases a pedirle al profesor que enterraran a un señor que había quedado tirado y moribundo en una de las carreteras a la salida del pueblo.

*Semana.com Escuela de sepultureros
Octubre 7 de 2009.*

Foto: Archivo PCN

■ **Identidad cultural.** Reafirmación de la identidad étnica-cultural, fortalecimiento de la autoestima personal y como grupo étnico y la revaloración de nuestra historia.

■ **Territorio.** Afirmación y defensa del territorio ancestral como espacio de vida y la utilización armónica de los recursos naturales.

■ **Participación y autonomía.** Empoderamiento de las mujeres, hombres, niños, niñas y jóvenes, para fortalecer la autonomía y los procesos organizativos y cualificar la participación en la toma de decisiones. Para ejercer nuestros derechos.

■ **Bienestar colectivo.** Incorporación de las prácticas tradicionales de producción y saberes ancestrales como enfoque del desarrollo del grupo étnico.

■ **Solidaridad.** Potencializa el ejercicio de la solidaridad y fortalecimiento de las redes de apoyo.

INCLUIR LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y GENERACIÓN; DIFERENCIAR SECTORES AL INTERIOR DE LOS PUEBLOS Y SUS COMUNIDADES QUE REQUIEREN ATENCIÓN ESPECIAL

■ El papel de mujeres y hombres en la conservación de la identidad e in-

tegridad cultural es afectado de manera distinta de acuerdo con su rol y sus espacios de interacción social dentro del territorio. Por ello, es pertinente incluir por parte de todos los actores un enfoque diferencial (particularmente de género y generación) y distinguir entre sectores y grupos en situación de especial vulnerabilidad dentro de las mismas comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-. Esto es especialmente importante en los estudios de impacto sociocultural de proyectos, obras y actividades que puedan afectar a estas comunidades.

■ Los jóvenes establecen los lazos entre la tradición y las nuevas dinámicas en contextos de diversa índole que cada vez con más fuerza los exponen a presiones de asimilación. El conflicto armado y la crisis económica afectan con mayor fuerza a las nuevas generaciones. La protección de la identidad cultural para los jóvenes es un desafío que requiere medidas de protección por parte del Estado.

■ El número de personas con alguna discapacidad se ha incrementado en los contextos de conflicto, por lo que los programas de bienestar y protección social deben considerarse en las negociaciones sobre beneficios e indemnizaciones que forman parte de la consulta.

FORTALECER EL PAPEL DEL ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS

■ El Estado, como garante de derechos también es responsable de vigilar que las empresas privadas respetan los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-. Para ello debe disponer de los medios de control necesarios antes, durante y después de los procesos de consulta.

■ El Ministerio del Interior²⁰⁵ debe valorar permanentemente los contextos regionales y locales con participación de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, para poder orientar la consulta de manera informada.

■ El Estado debe analizar las tendencias de desarrollo y los efectos que éstos han tenido sobre las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- en zonas de intensa exploración y explotación de recursos naturales como uno de los pasos para la identificación de estrategias de protección de la integridad cultural, social y económica de las co-

munidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

■ El Ministerio y las Secretarías de Cultura deben, por sus competencias en la protección de la integridad cultural, tener una participación decidida y visible en el proceso de la consulta. Un aporte a dichos procesos sería la formulación concertada de las estrategias de protección al patrimonio cultural, material e inmaterial, de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

■ Los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial deben socializar, de manera amplia, entre los funcionarios del sector público y privado, la normativa sobre los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- propiciando la inclusión efectiva de dichos derechos en los procesos de planificación tanto sectorial²⁰⁶ como territorial.

■ En las concertaciones de los procesos de consulta al Estado le corresponde la indelegable responsabilidad de la orientación de la misma: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.²⁰⁷



“Afirmamos que las comunidades afrodescendientes se encuentran ubicadas en zonas de importancia estratégica para el desarrollo de los países de América Latina, sin embargo vemos como en los últimos años la pobreza, la marginalidad y la exclusión agrava la situación de los afrodescendientes; el desplazamiento forzado, el racismo ambiental profundizan las inequidades de estos pueblos”.

Declaración encuentro internacional de jóvenes afrodescendientes de América. Cali, Colombia, 2007.

Foto: Guapi, Daniel Garcés Caravali

²⁰⁵ Decreto 200 de 2003, artículo 16, numeral 2.

²⁰⁶ Ministerios, corporaciones e institutos descentralizados.

²⁰⁷ Art. 7. de la Constitución Política de Colombia.



“La mayoría de las organizaciones de los grupos étnicos han optado por la resistencia civil ante los grupos armados. En la ciudad se han dado, por parte de las organizaciones étnicas, movilizaciones de denuncia por el asesinato de dirigentes y apoyo a la resistencia de sus comunidades en sus territorios de origen. También en la ciudad, el gobierno distrital deberá apoyar las iniciativas de resistencia organizada y pacífica por parte de las organizaciones étnicas tendientes a garantizar su propia seguridad frente a los actores armados y a que se logre una solución negociada al conflicto armado”.

Política pública distrital y plan integral de acciones afirmativas para el reconocimiento de la diversidad cultural y la garantía de los derechos de los afrodescendientes. Bogotá, D.C., 28 de Marzo de 2006.

Foto: Daniel Garcés Caravali

DESARROLLAR PROCEDIMIENTOS RESPETUOSOS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS -NEGRAS, PALENQUERAS Y RAIZALES- EN LOS PROCESOS DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

- El Estado y las empresas deben respetar los tiempos y ritmos de las comunidades como parte del diálogo intercultural y protección de su integridad cultural. Este es un punto fundamental, ya que en el análisis de casos se evidenció que en ocasiones se dio por terminada una consulta sin que los pueblos hubieran podido completar sus procesos internos.
- El Estado debe facilitar la comunicación entre las partes y el intercambio de visiones sobre el concepto de desarrollo en el cual se planea el proyecto, obra o actividad como parte del diálogo intercultural.
- Establecer indicadores de valoración y seguimiento de los impactos sociales y culturales con participación de la comunidad afectada.
- Limitar la concertación o proceso de consulta a los directivos de organizaciones o representantes es limitar el aporte y el reconocimiento pleno de

las comunidades. Por ello, es necesario determinar la amplitud de la participación en conjunto con las comunidades afectadas.

CONVERTIR EL PROCESO DE CONSULTA EN UN VERDADERO DIÁLOGO INTERCULTURAL EN CONDICIONES DE IGUALDAD Y EQUIDAD

Es necesario hacer un reconocimiento del “otro”, de su alteridad, de sus formas particulares de expresión y sus sistemas valorativos. En su esencia y a diferencia de la cultura dominante, las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- se caracterizan como grupo étnico

“más por la espiritualidad que por la razón, más por la comunidad que por el individuo, más por el respeto al cosmos (naturaleza) que por su dominio”.²⁰⁸

El diálogo intercultural implica un intercambio que explicita las diferentes visiones frente al desarrollo con el propósito de respetar y aprender del otro. La consulta debe facilitar que las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- se bene-

ficien del desarrollo en sus regiones, en vez de que sus necesidades sean aprovechadas para imponer un modelo de desarrollo inapropiado.

Las partes que intervienen en procesos de diálogo intercultural deben enmarcarlo en argumentos de derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales.

Facilitar la comprensión del lenguaje técnico; la traducción a las lenguas indígenas es sólo un primer paso en el diálogo intercultural.

FORTALECER LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Además de la regulación legal, las empresas deben considerar que existe una ética empresarial cuyo punto de partida es la responsabilidad con los derechos humanos, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. En el contexto de la consulta este enfoque gana importancia por darle sostenibilidad, legitimidad y validez.



“Los miembros de los grupos que han sido víctimas de discriminación racial en el pasado no son hoy capaces de competir en el mercado laboral en condiciones de igualdad. La distribución desigual de los medios para competir es a menudo una distribución desigual en las anteriores rondas de asignaciones de bienes”.

Julio Faundez, *Las dimensiones del racismo*, ACNUDH.

Foto: Cybèle Hauptert

²⁰⁸ Escuela Virtual para América Latina y el Caribe, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía de estudio para el curso en Pueblos Indígenas, Gobernabilidad Democrática y Derechos Humanos.

En enero de 1999 el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan, propuso un Pacto Global ante el Foro Económico Mundial, como una “adopción de principios y valores compartidos que den un rostro humano al mercado mundial”.

En julio de 2000 se lanza el Pacto Global que funciona como una red. Actualmente, varios cientos de empresas de todo el mundo lo han suscrito. Este es una “herramienta para renovar los esfuerzos de diálogo y cambio social”.²⁰⁹

El Pacto Global, que se define como una iniciativa voluntaria de civismo empresarial, persigue objetivos complementarios que están agrupados alrededor de cuatro ejes que son los derechos humanos, el ámbito laboral, el medio ambiente, y la lucha contra la corrupción. Adicionalmente, el Pacto contiene diez principios, de los cuales se mencionan los más relevantes en cuanto al derecho a la consulta.

 ²⁰⁹ Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), 1999. Para mayor información: <http://www.pacto-mundial.org>

DERECHOS HUMANOS:

Principio 1

Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia.

Principio 2

Deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos.

MEDIO AMBIENTE:

Principio 7

Las empresas deben mantener un enfoque preventivo orientado al desafío de la protección medioambiental.

Principio 8

Adoptar iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.

Principio 9

Favorecer el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN:

Principio 10

Las empresas deben luchar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.

**OFICINA EN COLOMBIA DEL
ALTO COMISIONADO DE LAS
NACIONES UNIDAS PARA LOS
DERECHOS HUMANOS**

Bogotá, D.C.

Calle 113 No. 7-45, Torre B, Of. 1101
Ed. Teleport Business Park
Tel. (571) 658 3300

Barranquilla, Atlántico

Carrera 53 No. 82-86, Of. 403
Ed. Ocean Tower Business Center
Tel. (575) 385 4791 – 385 4682 – 304 4420

Florencia, Caquetá

Carrera 9ª No. 8B -54
Edificio Las Peñas, piso 3
Barrio La Estrella

Mocoa, Putumayo

Calle 12, carrera 11 Esquina
Barrio Obrero

Medellín, Antioquia

Calle 7 No. 39-215, Of. 302
Ed. BBVA
Tel. (574) 268 2991

Neiva, Huila

Calle 21 No. 7B-24/30, 2º piso,
Ed. La Castellana, Barrio Quirinal
Tel. (578) 8716203 - 8712964



Versión web

www.hchr.org.co/publicaciones/consultapreviaafros

Quibdó, Chocó

Calle 21 No. 4-82, 1er piso
Barrio La Yesquita
Tel. (574) 671 3692

San Andrés de Tumaco, Nariño

Calle del Comercio, Sector Bucanero
Diagonal Manuel Grueso, 2º piso

San José de Cúcuta, Norte de Santander

Avenida 4E No.6-61
Barrio Sayago
Tel. (577) 577 4897 ext. 118

San Juan de Pasto, Nariño

Carrera 35A No. 18-87
Tel. (572) 731 3009

Santiago de Cali, Valle del Cauca

Avda. Roosevelt No. 25-32, Of. 204
Ed. San Joaquín
Tel. (572) 665 9924

Villavicencio, Meta

Carrera 32 No. 41-58/60, Of. 202, Centro
Central de Oficinas, Parque Infantil
Tel. (578) 6645487

www.hchr.org.co
twitter.com/ONUHumanRights
facebook.com/onudhcolombia
quejas@hchr.org.co