El Derecho de las Comunidades Afrocolombianas a la Consulta Previa, Libre e Informada

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

Naciones Unidas
Derechos Humanos
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
COLOMBIA

INVESTIGACIÓN Y CONTENIDOS:

Libia Rosario Grueso Castelblanco

EDICIÓN:
Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

FOTOGRAFÍA:
Archivo fotográfico Proceso de Comunidades Negras –PCN–

Fotógrafos:

José Absalón Suárez Solís, Konty Bikila Cifuentes, Mario Angulo, Daniel Garcés Carabalí y Libia Grueso

Comunidades negras que aparecen en el archivo fotográfico del PCN:
De los ríos Yurumanguí, Raposo, Mallorquín, Calima, Anchicayá en el municipio de Buenaventura y del río Timbiquí, Guapi y Coteje en Cauca.

Fotos:
Carlos Gómez Ariza
Cybèle Haupert
Darwin Moreno

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

ISBN: *???????????*

Foto: Atrato, Carlos Gómez Ariza

AGRADECIMIENTOS

INSTITUCIONES

- Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Etnias.
- 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 Derecho. Dirección de Especialización en Derecho Ambiental.
- Universidad de Los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Cijus.

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 22

a) El objetivo de la consulta previa, libre e informada 23

b) Casos en que el Estado debe consultar a las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 23

b.1) Una educación de los niños y las niñas de la comunidad raizal y palenquera en su propia lengua 24

b.2) Una educación pertinente de acuerdo con sus particularidades culturales de comunidad negra, afrocolombiana, palenquera y raizal 24

3. Las características y los principios de la consulta: 25

Buena fe 25

Informada 26

Libre 26

Previa 26

Procedimientos apropiados 27

4. Desafíos para llevar a cabo la consulta previa, libre e informada 30

2. LAS BASES DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA 33

1. Del mandato constitucional de protección a la diversidad cultural 34

2. Del reconocimiento internacional de la diversidad cultural 35

3. De las demandas de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, por sus derechos 36

4. Del derecho propio: los reglamentos internos y los planes de uso y manejo de los territorios colectivos 37

5. De los tratados internacionales de los que Colombia es parte 38

6. De otros instrumentos internacionales relacionados 39

3. LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA COMO INSTRUMENTO DE LA PROTECCIÓN Y REALIZACIÓN DE DERECHOS 41

1. El derecho a la igualdad y el principio de la no-discriminación 45

2. El derecho a la identidad e integridad cultural 47

3. El derecho a conservar sus usos, costumbres y sus propias instituciones 48

4. El derecho a la participación 49

5. El derecho a decidir sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo 51

6. El derecho a la tierra, al territorio, a los recursos naturales y al medio ambiente 52

Alcance del derecho a la tierra y al territorio 53

Recursos naturales y del subsuelo 54
Medio ambiente 55
7. El derecho a utilizar, revitalizar, fomentar y transmitir su propio idioma 55
4. RUTA PARA UNA EFECTIVA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA 59
1. Tipos de consultas 60
a. Consulta sobre proyectos que requieren licencia ambiental 60
b. Consulta de proyectos que no requieren licencia ambiental 61
2. Participantes de la consulta 61
3. Procedimiento para el desarrollo de la consulta previa, libre e informada 62
4. Metodología a aplicar en un proceso de consulta previa, libre e informada 63
Fase de información 63
Fase de identificación, concertación y protocolización 64
Fase de sistematización y seguimiento 65
5. ¿Cómo se toman las decisiones en el proceso de aplicación de la consulta? 66
5. REFERENCIA A CASOS EN RELACIÓN CON LA CONSULTA: LECCIONES APRENDIDAS 69
1. Caso Consejo Comunitario de Cacarica Sentencia T-955 de 2003 71
2. Caso Junta Distrital de Educación en Santa Marta Sentencia T-422 de 2003 76
3. Caso comunidad de pescadores de Salahonda, Nariño, dwwerrame de crudo, 1996 Sentencia T-574 de 1996 80
4. El caso de la Ley General Forestal Sentencia C/030/08 85
5. El caso del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 Sentencia C-461 de 2008 86
6. El caso del Estatuto de Desarrollo Rural -Ley 1152 de 2007- Sentencia C-175 de 2009 87
7. En la reubicación o retorno de la población desplazada 88
6. PROPUESTAS PARA FORTALECER LA PERSPECTIVA DE DERECHOS EN LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA 91
Abordar el debate en torno al “desarrollo” y el derecho al “desarrollo propio” de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 92
Fortalecer el papel de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- como sujetos de derechos específicos 93
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 93
Incluir la perspectiva de género y generación; diferenciar sectores al interior de los pueblos y sus comunidades que requieren atención especial 94
Fortalecer el papel del Estado como garante de derechos 95
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 96
Convertir el proceso de consulta en un verdadero diálogo intercultural en condiciones de igualdad y equidad 97
Fortalecer la responsabilidad social y el pacto social empresarial 97

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 palenqueras y raizales- 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

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

Foto: Carlos Gómez Ariza

Foto: Río Mayorquín, archivo PCN

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

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 afrocolombianas –negras, palenqueras y raizales– 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 Corte[2] 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 desde la perspectiva de los derechos humanos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-. 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.

Christian Salazar
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 iqual ina ihn digniti, ihn ga di seim rait ahn di seim risin ahn canshan, 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 slaveri, 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 lumbalú, 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 juela nú. Andi e kusa lo ki tá chitiá akí papé, pa sendá numano, numana ku to ma jende, ku botrokolo nú.

Foto: San Basilio de Palenque, Corporación Jorge Artel

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.
- 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.

Sus principios son:

- Igualdad y no discriminación.
- Participación y no exclusión.

[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

- 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, 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]

Así, esta guía entiende la consulta previa, libre e informada no sólo como un derecho que va más allá de una

"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

mera obligación administrativa sino como la puerta de acceso a la realización de otros derechos humanos de las comunidades afrocolombianas, -negras, palenqueras y raizales-. 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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, 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales 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; la Dirección de Licencias, Trámites y Permisos Ambientales y la Oficina de Educación y 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 Rosario[3] 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 aprovechar 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.

Foto: Archivo PCN

[3] Gloria Amparo Rodríguez, Directora e Investigadora de la Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario.

1 PUNTOS DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS

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

1. Alcance y definición del concepto de comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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 distingan 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:

> ***La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.***

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

(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).[2]

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

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

"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).[3]

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:[4]

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 palenque[6] (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]

[3] "Las comunidades negras como grupos étnicos". Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, numeral 3.2.2.

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

[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), Norosí 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 Síquima, 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.

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 la población afrocolombiana como grupo étnico[9] 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.

Las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- como titulares de derechos y de los Estados como portadores de obligaciones.

a. Derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-

En su condición de grupo étnico, las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, los afrodescendientes como individuos son titulares de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los diversos instrumentos internacionales sin obstáculos ni discriminación.[10]

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.[11]

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).

Foto: Isla de San Bernardo. Cybèle Haupert

[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 raizal, 2007-2019. Disponible en línea en: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_Portadas/DOC_EJEC_FINAL_PLAN_INTEGRAL.pdf

[10] Artículo 3.1. del Convenio 169.

[11] "Las comunidades negras como grupos étnicos". Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001.

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

- 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 y expropiación de recursos naturales no renovables (artículos 26 a 31).[12]

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, 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.[13]***

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***

[12] Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, Sentencia 025 de 2004, numerales 17–19.

[13] 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.

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.[14]

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.[15]

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.[16]

Otros grupos

La Declaración de Durban insta a los Estados sobre la importancia de prestar especial atención a las nuevas manifestaciones 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.[17]

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 Viena[18] 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.[19]

Estos sectores de población vulnerable –jóvenes, adultos mayores, discapacitados– deben ser tomados

"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

[14] 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.

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

[16] Declaración Conferencia de Durban, Art. 73.

[17] Conferencia de Durban, artículos 72, 91, 97, 120, 121,123, 216 y 217.

[18] Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, Artículo 22.

[19] Declaración y Programa de Acción de Viena, Artículo 22.

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] y garantizar el respeto de su integridad.[20]

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.[21]

2. El derecho a la consulta previa, libre e informada

La consulta previa, libre e informada es un derecho y un instrumento para la participación[22] en las decisiones sobre todos los asuntos que les conciernen a las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

> ***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.***[23]

El Convenio 169 establece la aplicación de la consulta como una obligación de los gobiernos.[24]

> ***La Corte Constitucional colombiana ha afirmado que "el derecho fundamental 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".***[25]

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

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

[22] Convenio 169, artículos 2.1. y 6.b, c.

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

[24] Convenio 169, artículo 6.

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

Al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconoce el derecho de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- a la autonomía y el autogobierno, a la cultura propia y a decidir sus propias prioridades en el proceso de desarrollo.[26]

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".*[27]

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.***[28]

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".[29]

b. Casos en que el Estado debe consultar a las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-

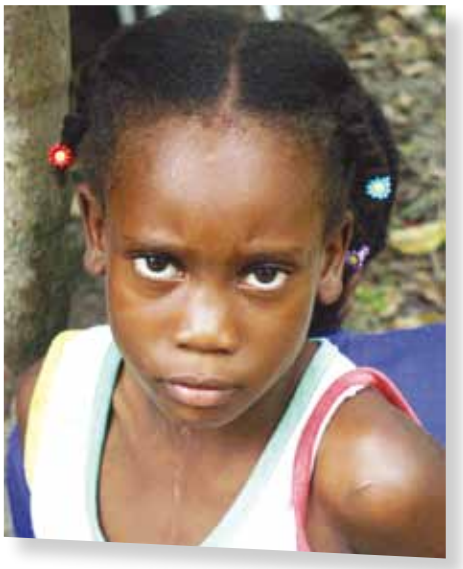
Según el Convenio 169 de la OIT:

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).



"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

[26] Convenio 169, artículos 2.b, 5, 7.1., Declaración artículo 4.

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

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

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

"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

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".[30]

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 afrocolombianas, 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 obligación 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 afrocolombianas, -negras palenqueras y raizales-] de sus tierras tradicionales a otro lugar.[31]

- En la erradicación de cultivos para uso ilícito: se ha establecido que las comunidades indígenas y tribales [comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] deben ser consultadas, sobre el programa de erradicación 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".[32]

Sin embargo, la medida no se aplica a las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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.[33]

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

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

[31] 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.

[32] Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, capítulo 2: "Consideraciones y fundamentos" 6.2.

[33] Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, capítulo 2: "Consideraciones y fundamentos" 6.2.

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. 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".[34]

¿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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-]. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s).[35]

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.[36]

[34] Convenio 169, Art. 6.2.

[35] Organización Internacional del Trabajo OIT, "Pueblos indígenas y Tribales, Guía para la aplicación del Convenio num.169 de la OIT".

[36] Corte Constitucional, Sentencia T-955 de 2003.

INFORMADA

En el caso del traslado excepcional de las comunidades negras de sus tierras, el Convenio establece que el consentimiento de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- debe ser adquirido "con pleno conocimiento de la causa".[37]

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 Constitucional[38] 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".***

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.***[39]

En el ya citado caso de excepcionales traslados de pueblos indígenas y tribales (comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-) de sus tierras, el Convenio desarrolló el concepto del "consentimiento dado libremente".[40]

Además, la Corte Constitucional puntualiza en el Auto 005 de 2009[41] –Sentencia 025 de 2004 sobre la necesidad de resolver "el estado de cosas inconstitucional"– 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.***[42]

PREVIA

El Convenio 169 establece la consulta "cada vez que se *prevean* medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".[43] 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:

---

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

[38] Corte Constitucional, Sentencia C-891 de 2002

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

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

[41] 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".

[42] 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".

[43] Convenio 169 OIT Artículo 6, 1.a. Declaración, art 19.

"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".
Foto: Archivo PCN

> ***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 representativas[44] de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

> ***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 organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias.[45]***

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-], 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.[46]***

El Gobierno debe acordar con las comunidades los procedimientos,

[44] Convenio 169, artículo 6.1.a.

[45] OIT, "Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT".

[46] Corte Constitucional, Auto 005 de 2009;

"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 explícita 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

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

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.[47]

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.***

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***

[47] 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

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:[48]

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.

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

4. Desafíos para llevar a cabo la consulta previa, libre e informada

El cumplimiento cabal de los principios de la consulta previa constituye parte central de las garantías para la protección de derechos a las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-. 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:

"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

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.[49]

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.

"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

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, 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.

[49] PNUD (2007), "Informe sobre desarrollo Humano 2007-2008".

BILLARES
JHOED

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?

Foto: Carlos Gómez Ariza

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- y al pueblo Rom.

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".[50]

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.***[51]

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".[52]

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

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

[52] 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 Carabalí

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.[53]

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.[54]

3. De las demandas de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, por sus derechos

Es un hecho reconocido que los avances en el reconocimiento de los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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 Constitución 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- como sujetos de derechos específicos.[55]

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 inexequibilidad 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.[56]

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

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

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

[56] 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 plan de vida como 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.*[57]

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.[58]

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

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

En el Convenio 169 OIT, artículo 8.1 y 2 se reconoce que:

> ***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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-) 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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 qué hacer 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.[59]

5. De los tratados internacionales de los que Colombia es parte

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Entrada en vigor para Colombia: 23 de marzo de 1976 en virtud de la Ley 74 de 1968 (véase artículo 27).
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Entrada en vigor para Colombia: 3 de enero de 1976 en virtud de la Ley 74 de 1968.
- **Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial**. Entrada en vigor para Colombia: 2 de octubre de 1981 en virtud de la Ley 22 de 1981.
- **Convenio Nro. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.**
- **Convención sobre los derechos del niño**. Entrada en vigor para Colom-

[59] 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.

bia: 28 de enero de 1991 en virtud de la Ley 12 de 1991 (véase artículo 30).

- **Convención sobre diversidad biológica**. Entrada en vigor en virtud de la Ley 165 del noviembre de 1994. (véase artículo 8 j).

- **Convención de la Unesco sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972).** Aceptada por Colombia el 24 de mayo de 1983. (véase artículo 25).

- **Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial**. Ratificada por Colombia el 19 de marzo de 2008. Entrada en vigor el 19 de junio de 2008, (preámbulo y artículo 5).

Foto: Río Atrato, Carlos Gómez Ariza

6. De otros instrumentos internacionales relacionados

- Convención Internacional contra la discriminación racial.

- Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Declaración de Johannesburgo, 2002.

- Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, Declaración y Programa de Acción. Durban 2001.

- Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural, 2 de noviembre de 2001.

- Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración de Beijing y la plataforma de acción, septiembre 1995.

- Conferencia Mundial Internacional sobre población y desarrollo. El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994; Nueva York, 30 de junio al 2 de julio de 1999.

- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena (numeral 21), Viena 1993.

- Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992. La Agenda 21 propone reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y comunidades locales.[60]

[60] http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml

WELCOME...

3

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

Foto: Providencia, Cybèle Haupert

"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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-. 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 1993[61] 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.

[61] 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.

La Organización de Estados Americanos (OEA) en su documento sobre derechos humanos y pueblos indígenas (2000) ya había hecho énfasis en 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.[62]

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 2008[63] 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 especifica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional.

En la Sentencia C-030 de 2008[64] 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.[65]

[62] 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".

[63] Corte Constitucional, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[64] Corte Constitucional, MP. Rodrigo Escobar Gil.

[65] 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 surtirse 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 2003[66] 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,[67] 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, 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.[68]

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

[66] Corte Constitucional, MP. Álvaro Tafur Galvis.

[67] Corte Constitucional, MP. Alejandro Martínez Caballero.

[68] 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

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.[69]

[69] 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 temas 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, económica 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, palenqueras y raizales-] 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-]; 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] en el proceso de adopción de decisiones relativas a las políticas y medidas que les afecten directamente.[70]

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

"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

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, asi como una relación especial con la tierra.[71]

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

[71] 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, palenqueras y raizales- 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".[72]

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- y los pueblos indígenas.

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] 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 Declaración 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, resuelven los conflictos, arreglan sus asuntos familiares y comunales y a través de qué instancias. Se refiere al uso del derecho consuetudinario, asi 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.***

[72] Convenio 169, preámbulo.

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".[73]

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.

4. El derecho a la participación

Las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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.[74]

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,

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

[73] Al artículo 9 del Convenio 169 entra específicamente en materia de las regulaciones y métodos indígenas para la represión del delito.

[74] Convenio 169, artículo 6b y artículos 5 y 18 de la Declaración.

las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- tienen derecho a participar:

- 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 adelante 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.***

"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

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.

"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

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.[75]

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 llego 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 esta 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-) 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"[76]. Debido a la esencial relación entre los seres humanos y la naturaleza, fuente de la riqueza, medio en qué vivimos, el desarrollo debe ser realizado con respeto al medio ambiente y

[75] 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.

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 (…) 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".[77]

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).[78]

La Declaración del Milenio[79] 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 asi como la nueva ética hacia el medio ambiente. Relaciona el desarrollo con la erradicación de la pobreza extrema y del hambre a la mitad hasta el 2015 y se propone garantizar la sostenibilidad ambiental.[80]

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, y sus recursos naturales, son la fuente de sus vidas, de su existencia y subsistencia; forma 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 tradicionalmente ocupan de forma colectiva sea fundamental para su permanencia y supervivencia.[81]

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".

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

[77] 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".

[78] Las Naciones Unidas A/RES/60/1.

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

[80] 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.

[81] Convenio 169, Art. 14.

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 Africa 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-) 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 resguardo de pueblos indígenas como inalienables, imprescriptibles e inembargables.

La Ley 70 de 1993 por su parte establece en el capítulo sexto que "salvo los suelos y los bosques, las adjudicaciones colectivas que se hagan conforme a esta ley, no comprenden" y agrega en el numeral G del mismo 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

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-) 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-) 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.[82]

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".

Foto: Río Yurumanguí, archivo PCN

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales). 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,

> 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, institucionalizada 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.

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.

[82] Corte Constitucional, Sentencias T-955 de 2003 y C-030 de 2008.

Foto: San Basilio de Palenque, 2009
Corporación Jorge Artel

POEMA PALENQUERO

Pueblo mí ta pelé lengua ané
lengua de akí suto ta pelendo ele; po gutto, ombe,
pogk'ik'e inu maluko;
dise ané ke lengua ik'é mu maluko.
Susede ke agué akí pueblo suto,
noventisinko po siento di ma jende de akí sé jablá lengua di akí ma nu.
Pogke ané á kelé jablá kateyano lo memo ke to ma pueblo i Kolombia.
Lo memo ke ma majatero, ma kattajenero, ma tubbakero, ma ajonero.
Ané á kutumblá ablá ma lengua di Kolombia, pogke ané kelé ablá lengua ané nu.
Y sabe pa ké nu. Ka pueblo á sé jablá lengua ele.
Ma fransé ku paisano, ané, ma japoné ku ma paisano ané, ma chino ku ma paisano ané, ma inglé ku ma paisano ané y to ma pueblo di mundo á sé jablá lengua ele ku paisano ele.
Isi é á pueblo ané, to ané á se jablá lengua ané, ayá i pueblo suto kelé jablá lengua de akí nu; i sabe pa ké nu.
Pogke ik'é mu maluka. ¿Maluka pogké?
Pogke ma jende ke á sé arí ané kuando ané ta jablá lengua ané á Katajena, ayá a Tubbaco, juera de akí, di palenge, pogke ma jende ike á sé arí ané.
I á sé jablá ané ke ma jende lo ke ta arí ané
pogke ané ta jablá lengua ané, é ma bruto ke ané ¡é ma bruto ke ané!
Kuando pueblo pelé, obbirá lengua ané ese pueblo á ta bensio.
¡Ese pueblo á ta akabao!

Pedro Salgado.
Nina S. de Friedemann, 1979.
"Ma Ngombe: guerreros y ganaderos en Palenque".
Primera edición (Carlos Valencia Editores).

[Mi pueblo está perdiendo su lengua
la lengua de aquí nosotros la estamos perdiendo;
por gusto, hombre, porque dizque es muy maluca;
dicen ellos que la lengua dizque es muy maluca.
Sucede que hoy, aquí en nuestro pueblo,
noventa y cinco por ciento de la gente de aquí ya no sabe
hablar la lengua de aquí.
Porque ellos quieren hablar castellano, lo mismo que todo
el pueblo de Colombia.
Lo mismo que los mahateros, los cartageneros, los
urbaqueros, los arjoneros.
Ellos han acostumbrado hablar la lengua de Colombia, porque
ellos no quieren hablar su lengua.
Yo no sé por qué.
Cada pueblo habla su lengua.
Los franceses con sus paisanos, los japoneses con sus paisanos, los chinos con sus paisanos, los ingleses con sus paisanos y todos los pueblos del mundo hablan su lengua con sus paisanos.
Y si es allá en su pueblo, todos ellos hablan su lengua allá en su pueblo.
Y nuestro pueblo no quiere hablar la lengua de aquí, yo no sé por qué.
Porque dizque es maluca. ¿Maluca por qué?
Porque la gente (que) se ríe de ellos cuando ellos hablan su lengua allá en Cartagena, allá en Turbaco, fuera de aquí de Palenque, porque la gente dizque se ríe de ellos.
Yo les digo que la gente que se ríe de ellos porque ellos hablan su lengua es más bruta que ellos
¡Es más bruta que ellos!
Cuando un pueblo pierde, olvida su lengua, ese pueblo está vencido.
Ese pueblo está acabado].

"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

RUTA PARA UNA EFECTIVA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA[83]

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

Foto: San Basilio de Palenque, Corporación Jorge Artel

1. Tipos de consultas

Existen dos tipos de consulta de acuerdo a la normatividad colombiana.

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 Etnias[84] (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.***

[84] Recientemente reestructurada como Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom y la Dirección de Asuntos para comunidades afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras-.

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 cuando ha sido declarado no viable para ciertos casos por la Corte Constitucional (T-955 de 2003 y T-880 de 2006), y su aplicación actual debe ser limitada a algunos proyectos que requieren licencia ambiental –concepto 1.708 de 2007 del Consejo o grupos étnicos–, lo que limita la aplicación de sus derechos colectivos como pueblos.
- 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 afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras-. Estos casos pueden tener acciones asociadas para la protección del ambiente como los planes de uso y manejo.

Foto: Esperando el bus en Providencia, Cybèle Haupert

2. Participantes de la consulta

A partir del Convenio 169, la Corte Constitucional ha definido los siguientes actores[85]:

- Los pueblos directamente afectados; sus autoridades, líderes y organizaciones representativas definidas de manera autónoma.
- La Dirección de Asuntos para comunidades afrocolombianas -negras, 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.

En los casos previstos para erradicación de cultivos para los que se presumen usos ilícitos, la consulta se realiza con la participación de:[86]

[85] Corte Constitucional, Sentencia SU-323 de 2003.

[86] Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003.

- La Dirección de Asuntos para comunidades afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras- del Ministerio del Interior y de Justicia, en representación del gobierno nacional.
- Las comunidades asentadas en los territorios donde existen cultivos para los que se presume 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.[87]

- **Corresponde al Ministerio del Interior y de Justicia** certificar la presencia de comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, su representación y ubicación geográfica.

Las comunidades afrocolombianas -negras, 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 –Incoder–** certificar sobre la existencia de territorio legalmente constituido.

Las comunidades afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras- tienen derecho a participar en la identifi-

[87] 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.

cación 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 afrocolombianas -negras, 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. Metodología a aplicar en un proceso de consulta previa, libre e informada

La Dirección de Etnias advirtió, con base en su experiencia, que no existe una sola forma o metodología[88] por cuanto las particularidades culturales de cada pueblo son distintas. Es por esto que se deben realizar ajustes que garanticen el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de los pueblos consultados.

Sin embargo, la Dirección de Etnias identifica tres fases básicas en el proceso de consulta:

1. La fase de la información sobre el proyecto a consultar.
2. La fase de la identificación de impactos, concertación de medidas y protocolización de la consulta.
3. La fase de la sistematización y seguimiento.

A continuación se desarrollan estas fases y se hacen algunos comentarios.

FASE DE INFORMACIÓN

Se incluye la coordinación interinstitucional y comunitaria para avanzar en el proceso de consulta. La información, a su vez, se da en dos etapas:

Socialización: acercamiento entre instituciones del Estado, comunidades y particulares. Identificación de los actores que intervendrán en el proceso.

[88] Ministerio del Interior y de Justicia (2006) La consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Compendio de legislación, jurisprudencia y documentos de estudio. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, p. 581.

"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

Reuniones de trabajo: presentación del marco legal del proceso de consulta, papel y competencia de cada uno de los actores participantes. Exposición detallada del proyecto, intervenciones de la comunidad y acuerdos sobre la siguiente fase.

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

La comunidad afrocolombiana -negra, palenquera y raizal- consultada debe tener los espacios y tiempo suficientes para analizar y comprender la información recibida para la toma de decisiones. El respeto y protección de la integridad cultural exigen que los tiempos, los procedimientos deben ser concertados con la comunidad 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.

La definición y elaboración del estudio de impacto ambiental y cultural se debe llevar a cabo con la participación de la comunidad y la empresa. Una vez realizado el estudio e identificados los impactos, se procede a la concertación de medidas de manejo. Al definirse los acuerdos, se procede a la citación y realización de la reunión de protocolización de la consulta.

Las comunidades afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras- 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 7.3 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 para comunidades afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras- del Ministerio del Interior y de Justicia.

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos[89] revisó y analizó 17 casos de procesos existentes en los archivos de los ministerios del Interior y de Justicia, y el de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en los cuales los estudios de impacto ambiental fueron realizados por expertos

[89] El desarrollo del proyecto sobre el derecho a la consulta previa incluyó la revisión y análisis de 20 casos priorizados (de los cuales se revisaron 17), sobre los procesos existentes en los archivos de los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

contratados por la empresa y externos a las comunidades y pueblos afectados que pocas veces consideraron 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 de los pueblos afectados. 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.[90] Se recomienda aplicar los principios de buena fe, información previa suficiente y procedimientos adecuados, dando espacio para el diálogo intercultural y el pluralismo jurídico.

"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

FASE DE SISTEMATIZACIÓN Y SEGUIMIENTO

La información de la consulta se registra en el sistema de información de la Dirección de Asuntos para comunidades afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras- del Ministerio del Interior y de Justicia, que también realiza seguimiento a lo acordado.

Las comunidades afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras- tienen derecho al registro y memoria de los asuntos que los afectan o en las que ellos toman parte.

El seguimiento debe realizarse 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 tanto naturales y económicos como sociales y culturales o con referencia a los reglamentos interculturales concertados.

[90] Las comunidades negras, afrocolombianas, son convocadas a la consulta sin haber recibido la capacitación sobre el derecho a la consulta, función que le corresponde a la Dirección de Etnias (Decreto 200/2003, artículo 16).

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.

5. ¿Cómo se toman las decisiones en el proceso de aplicación de la consulta?

Según el Decreto 1320 de 1998 –aún vigente para proyectos que requieren licencia ambiental–:[91]

- 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.

Sin embargo, 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".

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, y sus capacidades para decidir libremente acerca de los impactos que los proyectos, las obras o actividades generan sobre sus comunidades y territorios.

[91] 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.

"Desterrar significa: "Arrancar de la tierra, desenraizar del paisaje, romper el paisanaje; hacer que nos reguemos los que llevamos el mismo paisaje 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 Pacifico 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

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 afrocolombianas -negras, raizales y palenqueras-:

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

REFERENCIA A CASOS EN RELACIÓN CON LA CONSULTA: LECCIONES APRENDIDAS

5

Foto: Niños en Córdoba, Cybèle Haupert

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

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, 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–.***[92]

[92] 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".

(...) 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.[93]

Los avances en el autorreconocimiento de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-, 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

[93] 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 [comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-], están legitimados para invocar su derecho a la subsistencia e integridad cultural, puesto que:

(…) 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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] 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 [comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] la conservación de su derecho fundamental a la diferencia artículos 7, 286, 287, 329 y 330 C.P.[94]

(…) 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.[95]

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-

[94] Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis

[95] 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.

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".[96]

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 afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-], 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.[97]

Movilización, Foto: Archivo PCN

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.

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

[97] Consejo comunitario río Mayorquín, Buenaventura. PCN

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 tutelará 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,[98] 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.[99] De modo que las consultas que en esta providencia se ordenan se adelantarán consultando el sentir de las comunidades interesadas, y en consi-

[98] Corte Constitucional, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

[99] 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".[100] 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".[101]

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

[100] 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/1991/231991, 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.

[101] 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. Citado 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 2003

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 representación 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 calendado 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 existencia 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 sector 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.[102]

La decisión de la Corte Constitucional en el caso Junta Distrital de Educación en Santa Marta, Sentencia T-422 de 2003.

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 expoliación 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 sugiere 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.

[102] 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 enfrentar 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 explica 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 estimula 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 período 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, participar en las construcciones de un muelle para pescadores y la reparación de una planta eléctrica del caserío La Playa.

"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 Nº 975 de 2005 y del Decreto Nº 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

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 pescadores 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.

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.

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 tuguriales 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 podernos 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 Tumaco y se tomen las medidas adecuadas para tal fin.

Lecciones aprendidas en el Caso comunidad de pescadores de Salahonda, Nariño[103]

- 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 catastróficos 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 compatible 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:

[103] Corte Constitucional, Sentencia T-574 de 1996.

4. El 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".[104]

La decisión de la Corte

b) Pese a que existían en la ley previsiones 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.

d) 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.

e) 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.

[104] 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 inexequibilidad de la ley.

5. El 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 presupuestos 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, sí 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.[105]

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-

[105] Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.

cluidos 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. El 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, Incoder, 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".[106]

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.[107]

Sobre esta consideración la decisión tomada por la Corte fue "declarar inexequible la Ley 1152 de 2007 'por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones'".

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 afrodescendientes, 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

[106] Argumentos de la demanda presentada por el Colectivo de Juristas citado por la Procuraduría General de la Nación en concepto 4614 de Septiembre de 2008 sobre demanda presentada contra la Ley 1152 de 2007.

[107] 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 concebida 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 inexequible la Ley 1152 de 2007 en su integridad.[108]

7. En la reubicación o retorno de la población desplazada

De acuerdo con la Ley 21 de 1991 la consulta previa se debe realizar "cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar". Sin embargo, las reubicaciones a la población desplazada no han sido objeto de consulta.

Se requiere que los nuevos espacios o territorios, reúnan iguales o mejores condiciones a las de origen para garantizar la protección de la integridad cultural. Una forma de garantizar este derecho es hacer partícipe a las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- de la selección de las condiciones para su retorno o de la selección de un nuevo territorio mediante la consulta previa.

Los casos expuestos son emblemáticos por contener aspectos decisivos en cuanto a la protección y promoción de los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales- y la capacidad organizativa de las comunidades en cuestión. Sin embargo, existen otros procesos de consulta en los cuales la situación de pobreza, la marginalización social y política, las afectaciones

[108] Corte Constitucional, op. cit., los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza, Cristina Pardo Schlesiger, 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.

por el conflicto social y armado, y la debilidad organizativa han contribuido a la tendencia –fomentada por algunos actores del sector privado– de hacer de la consulta un escenario de negociaciones económicas orientadas a satisfacer necesidades inmediatas de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-.

Esta situación ha dado lugar a condiciones desiguales frente al tema del desarrollo o sus alternativas y al desconocimiento de los derechos a la autonomía, a la participación y a la integridad cultural de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-. Situación que tiende a agravarse cuando no se da el acompañamiento debido por parte de las entidades del Estado como portador de obligaciones, ni de los órganos de control.

Cabe recordar en este sentido que la responsabilidad del Estado en la protección de la diversidad cultural no es delegable.

En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte Constitucional señala que:

La protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas y tribales [las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] que aún subsisten en el territorio nacional, es un asunto de interés general en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y la existencia misma del Estado social de derecho.

Y ha puntualizado que:

La consulta previa, libre e informada es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales [las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras y raizales-] en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor.

"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 Pílamo Cauca . Día comunitario para la minga por la producción y la solidaridad. 2006. Archivo PCN

6

PROPUESTAS PARA FORTALECER LA PERSPECTIVA DE DERECHOS EN LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Foto: Río Atrato, Carlos Gómez Ariza

"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

Apartir 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, palenqueras 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 respeta los derechos de las comunidades afrocolombianas -negras, palenqueras 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, palenqueras 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,[109] 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 a la 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-

[109] 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

rrollo 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.[110]

- 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:[111]

[110] 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.

[111] 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 integridad 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 Interior[112] 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 comunidades 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 sectorial[113] 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".[114]

"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 Caravalí

[112] Decreto 200 de 2003, artículo 16, numeral 2.

[113] Ministerios, corporaciones e institutos descentralizados.

[114] de la Constitución Política de Colombia, Art. 7.

"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 Caravalí

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".[115]

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 beneficien 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 Haupert

[115] 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".[116]

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.

[116] Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), 1999. Para mayor información: http://www.pactomundial.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.