EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
CONVENIO USTA-UNIVERSIDAD DE KONSTANZ (ALEMANIA)
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
7ª COHORTE**

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE
LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ
CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP**

LUIS ALBERTO RIVERA AYALA

Bogotá. D.C., 2016

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
CONVENIO USTA-UNIVERSIDAD DE KONSTANZ (ALEMANIA)
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
7ª COHORTE**

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE
LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ
CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP**

Tesis de Maestría

Presentado por:

Luis Alberto Rivera Ayala

Director:

Dr. Gabriel Barreto Ferro

Bogotá D.C., 2016

Tabla de Contenido

	Pág.
CAPÍTULO I.	14
LA CONSULTA PREVIA EN EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL COLOMBIANO: SU FUNDAMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL	14
1.2. La consulta previa en el bloque de constitucionalidad.	23
1.2.1. El derecho de consulta previa de comunidades negras en concreto.	34
1.2.1.1. La consulta previa como derecho fundamental de comunidades negras.	34
1.2.1.2. El problema de las comunidades negras como destinatarias del convenio 169 de 1989 de la OIT.	43
1.2.1.3. Concepto de la consulta previa.	47
1.2.1.4. La Consulta Previa como derecho fundamental colectivo.	51
1.2.1.5. Procedibilidad de la Consulta Previa.	57
1.2.1.5.1 Frente a medidas administrativas.	58
1.2.1.5.2. Frente a medidas legislativas.	60
1.2.1.5.3. La Consulta frente a proyectos, obras o actividades.	64
1.2.1.6. Marco Legislativo y Reglamentario del Derecho Fundamental a la Consulta Previa.	68
1.2.1.6.1. Ley 21 de 1991.	69
1.2.1.6.2. Ley 70 de 1993.	69
1.2.1.6.3. Ley 99 de 1993.	73
1.2.1.6.4. Ley 1437 de 2011.	76
1.2.1.6.5. Decreto 1320 de 1998.	80
1.2.1.6.6. Directiva presidencial 001 de 2010 y la 010 de 2013.	82
1.2.1.6.7. Proyecto de Ley Estatutaria para la reglamentación del derecho de consulta previa de los grupos étnicos.	88
1.2.1.7. Objeto del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de las Comunidades Negras.	89
1.2.1.8. ¿Cuándo procede?	90

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.**

1.2.1.9. Procedimiento.	91
1.2.1.10. La particularidad de las consultas en medidas de alcance nacional.	92
CAPÍTULO II.	98
LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO <i>IUSFUNDAMENTAL</i> FRENTE AL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP	98
2.1. Génesis del Conflicto con las FARC-EP.	98
2.1.1. La periodización de la violencia en Colombia.	98
2.1.2. Aparición de autodefensas campesinas como embrión de las FARC-EP.	102
2.1.3. Influencia comunista en las autodefensas campesinas.	105
2.1.4. Marquetalia, aparición del Bloque Sur e inicio de la guerrilla de las FARC-EP.	107
2.2. El proceso de paz actual: sus antecedentes cercanos.	108
2.2.1. Los puntos que hoy discuten las FARC-EP y el Gobierno Colombiano en la Habana, Cuba.	111
2.2.1.1. Política de desarrollo agrario integral.	112
2.2.1.2. Participación política.	112
2.2.1.3. Fin del conflicto.	112
2.2.1.4. Solución al problema de las drogas ilícitas.	113
2.2.1.5. Víctimas	114
2.3. La política agraria y la reparación a las víctimas como temas de afectación e interés para las comunidades negras en Colombia.	114
2.4. Análisis sobre el punto 1: los acuerdos sobre la Política Agraria de cara a la Consulta Previa.	125
2.4.1. Conclusiones.	143
2.5. Análisis del punto 2: víctimas de cara a la consulta previa.	146
2.5.1. Victimización de las comunidades negras en Colombia por el Conflicto Armado.	147
2.5.2. El interés por la tierra detrás del desplazamiento.	153
2.5.3. Comunidades negras como sujetos de especial protección constitucional.	159
2.5.4. Conclusiones.	162
2.6. Naturaleza jurídica de los acuerdos de Paz.	167
2.7. Las otras alternativas.	174

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.**

2.8. ¿Cómo y ante quién se debería proceder en estas propuestas de Consultas de los acuerdos de Paz?	178
2.9. ¿Será necesario en este caso, obtener el consentimiento de las comunidades negras?	187
3. CONCLUSIONES	190
BIBLIOGRAFÍA	193

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.**

Lista de Figuras

	Pág.
Figura 1. Consulta sin consentimiento	79
Figura 2. Consulta con consentimiento	79

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.**

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Títulos colectivos de comunidades negras.	137
Tabla 2. Casos inscritos en el registro (caracterización finalizada)	139
Tabla 3. Casos comunidades negras intervenidos y estado.	141
Tabla 4. Casos de medidas cautelares falladas	142

Lista de Mapas

	Pág.
Mapa 1. Población Indígena, Rom y Afrocolombiana	154
Mapa 2. Población Afrocolombiana desplazada en 2012 por el Departamento de Ilegada	155
Mapa 3. Población Afrocolombiana desplazada en 2012 por Municipio de Ilegada	156

Introducción

Con la aparición de la Constitución de 1991, las realidades sociales, culturales y étnicas, dejaron de pasar desapercibidas. Esta fue y es una Constitución democrática e incluyente que integró en la Nación colombiana lo vario pinto de nuestra sociedad. Las consecuencias de dicha declaración constitucional, no podían hacerse esperar; la expedición de la Ley 70 de 1993, que reconocía la propiedad jurídica de las tierras de las comunidades negras de Colombia en el pacífico colombiano fue un resultado inmediato de ese nuevo giro constitucional.

La integración del Estado colombiano a la normatividad internacional que reconocía derechos humanos a las comunidades negras y pueblos indígenas, fue otra consecuencia de la cual tuvimos rápidamente noticias. La incorporación del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, a través de la ley 21 de 1992, y con ello, la aceptación de que estas comunidades tenían un derecho inédito en el ordenamiento colombiano denominado Consulta Previa, fue prueba de esa incorporación al recién reconocido conjunto de derechos de los denominados pueblos étnicos, o para el caso colombiano en concreto, pueblos indígenas y comunidades negras.

Sin embargo, tardíamente se empezó a entender la magnitud y los alcances de este derecho en manos de los Pueblos Indígenas y las Comunidades Negras. Ello se debió a una intervención demorada de la Corte Constitucional, que poco a poco fue delineando la dogmática de este derecho *iusfundamental*.

Existe un gran consenso en cuanto al papel clave de la Corte Constitucional para hacer efectivo el derecho a la consulta previa en Colombia. Su jurisprudencia sobre la materia inició a mediados de los años noventa del siglo XX, frente a la aprobación de medidas

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

que afectaban directamente a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional ha emitido cerca de 77 sentencias sobre el derecho a la consulta aplicado en ámbitos muy diversos , creando la convicción entre distintos actores sociales-incluyendo entidades estatales y privadas- sobre la obligatoriedad del deber de consultar. (Fundación para el Debido Proceso Legal, 2015, pag 47).

El convenio, contempló que toda actividad administrativa o legislativa que afectara de manera directa a las grupos étnicos, debía serles consultadas. La Corte Constitucional de Colombia acertadamente, vinculó este derecho con otra gama de derechos constitucionales dándole así más forma y madurez jurídica. La integridad cultural, la participación política, y principios como la democracia y el pluralismo, resultaron siendo sustento de esta Consulta Previa como derecho de las comunidades negras y pueblos indígenas.

El Gobierno Nacional, entre su indiferencia y hasta rechazo manifiesto en varias ocasiones restaba importancia a este derecho. Claro, esto hasta que a través de acciones de inconstitucionalidad, se logró lo inconcebible: “tumbar” leyes acusándolas de violación de la Consulta Previa a las comunidades étnicas. Hasta una Ley del Plan Nacional de Desarrollo estuvo a punto de caer en picada por la omisión de Consulta. Quedó claro, contando con la audaz y vanguardista jurisprudencia de la Corte Constitucional que marcó pauta en esta temática en todo el continente, que la Consulta Previa como derecho fundamental era de ondas implicaciones jurídicas. Allí, se llamó la atención del Gobierno Nacional, a tal punto que hoy, a la par de la construcción legislativa cada cuatro años de las Leyes del Plan de Nacional de Desarrollo, se hagan consultas previas en todo el país con indígenas y afrocolombianos. Quedó aprendida así la lección para el Estado colombiano.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Hoy, por otro lado, el País entero está imbuido en un ambiente, en un clima de Paz que ilusiona y nos llena de esperanza por ver terminar un conflicto que ha persistido por más de seis décadas. Las FARC-EP y el Gobierno de Colombia, desde el 26 de agosto de 2012, cuando firman el denominado *Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, han decidido sentarse a negociar la Paz, y para ello, definieron discutir varios puntos que según entienden, si se acuerdan, tendríamos un escenario de Paz cercano. Así que se sentaron a hablar de: Política de desarrollo agrario integral, participación política, fin del conflicto, solución al problema de las drogas ilícitas, Víctimas, y por ultimo implementación, verificación y refrendación.

El movimiento de comunidades negras, de manera unánime, por su condición de víctimas y por ser sus territorios escenarios históricos de guerra, empezó a reclamar participación y presencia en la Habana, para dar su visión de la guerra y de la Paz. Salvo tibios gestos de inclusión por parte de la mesa, que incluso en ocasiones rayaron con la demagogia, como fue el acto de nombrar a la señora Nigeria Rentería, mujer afro del departamento del Chocó, como vocera del gobierno en la Mesa, pero en el fondo, este pedido de las comunidades no ha tenido respuesta efectiva.

Por ello, convencidos de que la academia tiene el propósito loable de darle respuestas científicas a los fenómenos sociales dando soluciones objetivas, y en el caso de la ciencia del derecho, jurídicamente convenientes, nos quisimos plantear: *¿Si existe o no una obligación jurídica en cabeza del Estado colombiano en garantizar y proteger a las comunidades negras su derecho fundamental a la Consulta Previa en el desarrollo de las actuales negociaciones de Paz sostenidas con las FARC-EP?*, por ende el objetivo de esta investigación es determinar si existe o no esta obligación.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

La pertinencia entonces en la escogencia de este tema de investigación estriba en que hasta ahora, no se ha construido jurídicamente una respuesta a esta interrogante, de hecho, aunque las comunidades negras han exigido su participación en la mesa de la Habana, no lo han hecho desde la perspectiva de este derecho fundamental.

Responder a esta pregunta planteada en esta investigación, da un aporte enorme a la sociedad colombiana en su conjunto, y en particular a las más de 7 millones de personas de la etnia negra que hoy viven en nuestro país.

Es importante aclarar desde ya, que el derecho fundamental a la Consulta Previa, tiene como sujetos de derecho a los pueblos indígenas y a las comunidades negras de Colombia; sin embargo, por razones de estricta metodología y recopilación de información veraz y objetiva que nos permita llegar a unas conclusiones de aceptable rigor científico, nos atendremos solo a hacer este ejercicio investigativo en lo que respecta a las comunidades negras o afrocolombianas.

Nuestro diseño metodológico a seguir en este proyecto, se guiará por el enfoque cualitativo, observando los hechos y relacionándolos con la teoría, hasta llegar a una conclusión, que intentará ser una respuesta coherente a la pregunta de la investigación ya planteada. Haremos también un trabajo de descripción de conceptos y posteriormente se analizarán cifras, datos, estadísticas y toda la información de que se disponga que pueda proporcionar precisión fáctica en torno a la situación de la población afrocolombiana con respecto al conflicto armado; solo allí, podremos estimar si es necesario el ejercicio de este derecho de Consulta en medio de las negociaciones entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP.

Por lo que sabemos significa la Consulta Previa, así como los alcances que esta ha recibido por la Corte Constitucional de Colombia, y de acuerdo a la temática que están abordando el Gobierno Nacional y las FARC-EP en la Habana, Cuba, nuestra hipótesis es que podría

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

vislumbrarse que lo pactado entre las partes tendría un impacto directo e importante en estas comunidades y ello significaría que tendrían derecho a ser consultadas. Esto debido a que, el presupuesto básico para que una medida administrativa o legislativa sea puesta en consulta a los grupos étnicos, depende de si la misma les afecta; lo cual *prima facie* en nuestro sentir se presenta por lo menos en lo que tiene que ver con el punto de Reforma Agraria Integral y Reparación a Víctimas. Por lo tanto, para confirmar si nuestra hipótesis es cierta o no, deberemos examinar si los puntos sobre Reforma Agraria Integral y Reparación a las Víctimas, y los acuerdos que de ellos se deriven, afectan a las comunidades negras. En consecuencia, nuestro trabajo no será para analizar si hay derechos constitucionales en tensión, puesto que no los hay; nuestro propósito es saber si un derecho fundamental del que son titulares las comunidades negras en Colombia se hace exigible frente a un hecho concreto que para el caso es el Proceso de Paz entre el Gobierno de Colombia y la Guerrilla de las FARC-EP

CAPÍTULO I.

LA CONSULTA PREVIA EN EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL COLOMBIANO: SU FUNDAMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

1.1. Normatividad constitucional

La Constitución de 1886, la de Núñez, instauraba una pretensión homogenizante de la sociedad, impedía totalmente la consideración de una sociedad multidiversa y por tanto excluía cualquier forma de ser o de pensar distinta de la etnia que dominaba o ejercía el poder, siempre en manos de “mestizos” o “blancos”. No era gratuito, que en ese orden constitucional existieran sin reproche jurídico leyes como la Ley 89 de 1890 que llevaba por título, *“Por la cual se determina la manera cómo deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”*; cuando su solo nombre resultaba odioso para cualquier sociedad democrática e incluyente.

Se vivía pues en una sociedad cuya Constitución era muy ajena a cualquier forma de reconocimiento de la diversidad cultural y étnica. Recordarán todos que en aquella Constitución nuestra sociedad estaba organizada como Estado de Derecho a secas, en donde independientemente de lo moralmente aceptable o no de una Ley, lo importante era su cumplimiento, el respeto por el derecho y el estado de cosas. Una sociedad parada sobre un estilo jurídico propio del más ortodoxo *iuspositivismo*. No había ninguna ponderación por la igualdad material; como dijimos, lo verdaderamente relevante era el derecho, el imperio de la Ley y la eficacia de la misma, excluyente o no, discriminatoria o no.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Cosa distinta sucede con el actual orden constitucional instaurado por la vigente Constitución Política de 1991. Tan solo el primer artículo ya insinúa un cambio sustancial de 180 grados con respecto de la anterior y excluyente Constitución de 1886. En efecto es pertinente recordar el tenor de este artículo 1º:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Subrayado del autor).

Evidentemente resalta la nueva fórmula constitucional de Estado, pues pasamos de un Estado de Derecho a secas, a uno de carácter social, donde no queda de lado la importancia de la norma jurídica y su eficacia, sino que ahora esta debe enfrentarse de cara a la realidad social. Ya implica eso que no es solo el imperio de la Ley lo importante, si no la sociedad en su conjunto, y cuando hablamos de sociedad, nos referimos a ella tal cual como se compone, con sus matices y divergencias, todas, totalmente respetables.

Por otro lado, de sumo valor y como por vida propia, de dicho artículo destacamos la expresión “*dignidad humana*”. Concepto absolutamente incompatible con cualquier acto de discriminación e invisibilización, y que por el contrario rescata la importancia del ser humano, individualmente vinculado al conjunto social.

Pero, para las comunidades étnicas, es inevitable reconocer que aparece con mayor importancia el artículo 7º de la Constitución Política: “El Estado reconoce y protege la

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” El cual está íntimamente vinculado con el 8º “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.”

De manera expresa la Constitución Política proclama que Colombia es una sociedad de gente distinta, de comunidades étnicas diversas, culturalmente multicolor, donde por supuesto no todos somos iguales hablando en un sentido material. Y a lo largo de todo el texto constitucional, queda clara la idea de que el constituyente entendía que esa realidad colombiana era justamente su riqueza, su valor extra. En muchos casos la Corte Constitucional ha resaltado esa naturaleza multicultural y pluriétnica de Colombia (Sentencia C. Const., C-370 de 2002), y recientemente ha protegido a negros e indígenas su derecho fundamental a la Consulta Previa. Así lo afirmó mediante la sentencia que analizó la constitucionalidad de la Ley 1382 de 2010 que modificaba el Código de Minas:

El punto de partida para la fundamentación del derecho a la Consulta Previa, para el caso particular de las comunidades tradicionales, es la confluencia del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, y su significación en el constitucionalismo contemporáneo. (Sentencia C. Const. C-366 de 2011). (Subrayado Nuestro).

Ahora, que se erija un derecho fundamental con los alcances que ha demostrado tener la Consulta Previa en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser analizado desde la fundamentación normativa que la propia Constitución nos ofrezca. Es claro que hay una nota característica, muy elocuente y expresa en nuestra *norma normarum* tendiente a reconocer la realidad étnica del país, esto es, al reconocimiento sin rodeos de que Colombia es una Nación de naciones, de

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

pueblos, de comunidades de distintos colores de piel, de distintas culturas y formas de pensar. Pero aun esto no es suficiente, por lo menos no con una rigurosa lógica jurídica, para extraer y fundamentar un derecho fundamental denominado Consulta Previa. Para ello, es imperativo hacer una revisión exhaustiva de cada una de las normas que puedan servir de fundamento a dicho derecho fundamental de las comunidades negras.

En dicha revisión, por su puesto recibe importante papel el ya citado artículo 1º constitucional, pero, también es necesario aceptar que este artículo fundamenta múltiples derechos, nociones jurídicas y elementos de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no podríamos decir que por sí solo es el fundamento directo de la Consulta Previa como derecho fundamental colectivo de las comunidades negras.

Lo anterior quiere decir que en esa revisión normativa de nuestro sistema jurídico, debemos seguir detectando aquellas normas que en efecto, de manera eficaz, le den vida y validez a la Consulta Previa como noción jurídica. En ese camino, el primer artículo al que ha recurrido la Corte Constitucional para extraer de la carta magna, un derecho fundamental denominado Consulta Previa, ha sido el artículo 2º constitucional; con buen sentido creemos nosotros. En efecto el mentado artículo consagra que:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Subrayado del autor).

De la anterior prescripción constitucional se extrae con facilidad argumentos para fundamentar la Consulta Previa como derecho de las comunidades negras. Lo subrayado resulta ser muy elocuente y sugiere, podríamos decir que pacíficamente, la idea de que el Estado está en el deber de garantizar de manera oportuna y eficaz, la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones que sean de su incumbencia.

El presupuesto que trae esta norma para que el Estado esté en la obligación de someter a consulta de los ciudadanos sus actuaciones, es que dicha decisión, una vez tomada, sea de incumbencia de quien va a ser consultado. Asumimos como incumbencia, aquellos temas que adquieren interés para el ciudadano puesto que su realización, o la puesta en marcha de la decisión administrativa o legislativa del Estado, les afecte sus intereses y derechos.

Consideramos nosotros que dicha afectación debe ser entendida desde la dimensión jurídica y fáctica, puesto que una u otra pueden ser eventualmente, amenaza para la vida normal de cualquier persona. En ese caso, cuando la decisión o actuación estatal impone cargas, afecta o interviene jurídica o fácticamente la vida del ciudadano, debe este tener la oportunidad de participar activamente en la construcción de dicha actuación estatal.

Creemos que visto así, puede significar que dicho artículo, ubicado como un fin estatal, intenta prevenir actuaciones gravosas del Estado en contra de las personas, ya que, claro es que la participación ciudadana previa a la decisión puede evitar que una acción estatal conlleve medidas abusivas o gravosas.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Como se verá, es básicamente la noción central y la misma lógica que compone la Consulta Previa de comunidades negras, por lo cual es claro que hay razones, y argumentos de técnica constitucional válidos para esgrimir como fundamento de la Consulta Previa el artículo 2º de nuestra Constitución.

En nuestra revisión de la normatividad constitucional que da piso a la Consulta Previa de comunidades negras aparecen como es de esperar los artículos 7º y 8º que al tenor rezan: en cuanto al primero “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” Y en cuanto al segundo, “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

Como sugeríamos al inicio de este trabajo, la nueva ingeniería constitucional colombiana impone un orden democrático, en el que la soberanía popular es pilar y fuente del poder estatal; un orden que por democrático que es, abre las puertas a instancias y escenarios de participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones que afectan sus vidas. Ese, es punto importante de lo que reconocemos como democracia: la capacidad del ciudadano, del pueblo en su conjunto de regirse y de gobernarse de manera directa o indirecta. Pero también, aparecen valores como el del pluralismo, muy bien incrustado en el artículo primero de la *norma normarum*.

Sabemos todos, que el pluralismo que preconiza nuestra Constitución no es solo de carácter político o de pensamientos, sino que es un pluralismo referido mucho más allá de la ideología política. Pues bien, el pluralismo vigente en Colombia es aquel que considera y reconoce la existencia de una diversidad étnica y cultural que justamente hace parte de nuestra riqueza como Nación y sociedad organizada democráticamente.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Para nosotros es patente, como lo es por la misma Corte Constitucional (Sentencias de la C. Const. Colombiana: C-370 de 2002, C-175 de 2009, C-366 de 2011 y C-367 de 2011), que los artículos 7º y 8º son efecto directo de que nuestra sociedad sea pluralista tal como lo señala la Constitución.

Mejor exposición en cuanto a cómo juegan el pluralismo, la diversidad cultural y étnica en un escenario de Consulta Previa, lo expuso la Corte Constitucional colombiana cuando afirmó:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (arts. 7 y 70 Const.) y en el contexto de la definición de Colombia como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (art. 1 ib.), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan. (Sentencia C. Const. T-769 de 2009).

Pero, ¿cómo se conecta lo anterior con la Consulta Previa? En qué medida puedo justificar la Consulta Previa desde la perspectiva del pluralismo, la multiétnicidad y el multiculturalismo? Pensamos sencillamente, que la Consulta Previa se ha erigido en una herramienta muy útil para defender la integridad cultural de las comunidades étnicas, su entorno, territorio y a las comunidades propiamente dichas. En el caso de la ejecución de megaproyectos por ejemplo, es evidente que la Consulta Previa se constituye en un escudo protector de su integridad y autonomía, esta última rasgo distintivo de todo pueblo que intenta permanecer lejos de la extinción.

No somos los únicos que pensamos en esta línea, es decir, que la implementación de macro proyectos sobre el territorio de comunidades étnicas impuestos sin el consentimiento de la

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

comunidad, conllevan la vulneración de la diversidad cultural de estos grupos, pues en muchas ocasiones se amenaza la existencia de comunidades o pueblos enteros.

Los mega-proyectos, además de tener serias repercusiones ambientales, desconocen la existencia de sitios sagrados, los destruyen o se construye sobre ellos, afectando los procesos culturales y sociales de los pueblos indígenas, atentando contra las posibilidades de permanencia de su cultura y transmisión del conocimiento tradicional, constituyendo, en suma, un modelo de violación de los derechos territoriales y de la autonomía, en franco desconocimiento de la relación ancestral que tienen los grupos étnicos con sus territorios. (ILSA, 2009, p. 101)

En suma, el desconocimiento de la Consulta Previa como derecho fundamental, en casos en donde hay graves amenazas a pueblos o comunidades étnicas, a su territorio, expresiones culturales o formas de organización, afecta directamente ese carácter multicultural y pluriétnico de nuestra Nación, que muy bien sabemos consagra nuestra Constitución.

Entre tanto, el artículo 40° de la Constitución, es también punto de apoyo y fundamentación de la Consulta Previa como derecho fundamental de comunidades negras. En efecto el artículo 40 dispone que: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.”

En primer lugar, es indiscutible que una de las fórmulas de ejercer el poder y de hacer parte de una democracia es participar en las decisiones que el Estado debe tomar, en particular en las que van a afectar o incidir intensamente en la vida del ser humano. No hay duda que es inconcebible hablar de democracia sin la participación ciudadana, con lo que se hace evidente el valor de la igualdad concebido en el artículo 13° constitucional. (Santofimio Gamboa, 2007, T.

II)

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

En efecto compartimos plenamente que la violación o afectación del derecho fundamental a la participación en los casos de actividades estatales o no estatales que afecten a las comunidades negras o a los pueblos indígenas amenaza también su derecho a la igualdad, puesto que el hecho de no ser consultados sobre asuntos de su incumbencia, los pone en notoria desventaja frente al resto de la población, ya que es normal que estos procesos de consulta procedan contra actividades que desmejoran su vida normal, poniéndolos por debajo del promedio de vida del resto de la sociedad, especialmente en casos de macro-proyectos, como mega-construcciones o mega-minería. Con ello, se viola así el principio de igualdad material, imperante en nuestra interpretación constitucional.

Más escueto para nosotros es el mencionado artículo 40° en su numeral 2° cuando dispone que una de las formas de participar en la democracia es: “Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.” (Subrayado del autor).

Por supuesto que al ser la Consulta Previa un escenario propicio para que las comunidades determinen sus destinos a través de la participación activa que estos espacios representan, son expresión genuina de participación democrática como subrayamos.

Luego de revisar con lupa nuestra Carta Política en búsqueda de la normatividad que sirve de apoyo a la existencia de un derecho fundamental llamado Consulta Previa, una última disposición constitucional que debe llamarnos la atención es la encontrada en el parágrafo del artículo 330 que al tenor prescribe:

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. (Subrayado por el autor).

En este caso, abordamos una disposición que hace alusión especial a un tipo de participación que está el Estado en deber de fomentar cuando se trate de la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas. Se trata de una disposición que prescribe u ordena un derecho en favor de los pueblos Indígenas de manera especial que tiene que ver con la posibilidad que estos tienen de participar en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales inmersos en sus territorios.

Nos llama curiosamente la atención, que en primera medida la norma constitucional reitera el compromiso estatal de proteger y conservar la integridad cultural y social que representan los pueblos indígenas, e inmediatamente a ello, luego de recordarse a sí misma ese deber, consagra que debe garantizar la participación de los mismos indígenas. Lo anterior confirma nuestra tesis de que la Consulta Previa es una herramienta de carácter preventiva, que entre otros aspectos intenta proteger la riqueza cultural y étnica de la sociedad colombiana, y con ello, salvaguardar el valor del pluralismo del que hablamos cuando comentábamos el artículo 2º de la Constitución.

1.2. La Consulta Previa en el bloque de constitucionalidad.

El primer instrumento internacional que reguló las obligaciones de los Estados con los pueblos indígenas y tribales asentados en sus territorios fue el Convenio 107 de la OIT, el cual fue aprobado en el marco de la conferencia general que este organismo celebró en 1957. No obstante, el ejercicio, o mejor, el escenario considerado como un derecho exigible de parte de

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

estos pueblos a que los Estados les permitieran participar y opinar dentro de procesos de toma de decisiones que les afecten, solo se empezó a ver como algo necesario en la década de 1980.

La adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en 1965¹ y de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1976, contribuyeron a crear un consenso acerca del valor intrínseco de las minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados. Esto motivó al Consejo de Administración de la OIT a formular una propuesta para cambiar aquellas disposiciones del Convenio 107 que dejaban el destino de las comunidades indígenas y tribales en manos de los Estados, promoviendo con ello, derechos como la autodeterminación, el autogobierno y el reconocimiento de sus normas comunitarias como sistema jurídico válido.

Tras las deliberaciones correspondientes, la Conferencia General de la OIT decidió que debían ser los grupos étnicos, y no la sociedad mayoritaria, quienes determinaran qué medidas resultaban más convenientes para su desarrollo social, económico y cultural; como se dijo, se propugnaba por darles total autonomía, brindándoles la libertad de que pudieran tomar en sus manos, las decisiones que deben regir su destino. La aceptación de la importancia de asegurar

¹ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que entró en vigor en enero de 1969, comprometió a sus Estados signatarios con la adopción de una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas. Esto suponía, entre otras cosas, que deberían abstenerse de incurrir en actos o prácticas de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones, de fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones, y que deberían adoptar medidas especiales y concretas para asegurar que ciertos grupos raciales y las personas pertenecientes a estos grupos, disfrutaran plenamente y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La Convención había sido adoptada cuatro años antes por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la convicción de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial era científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

que fueran ellos quienes decidieran de forma libre y autónoma sobre sus propios asuntos e intereses marcó la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, en 1989, y con él, la aparición en el mundo jurídico de la Consulta Previa.

Ahora, ¿cómo se inserta la Consulta Previa en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿Cómo es que hoy decimos de este tema ser un derecho fundamental de las comunidades negras? Son las preguntas que se responden, desde lo que llamamos *Bloque de constitucionalidad*.

De forma preliminar, delimitaremos a manera de información pertinente, lo que se ha entendido en nuestro país por *bloque de constitucionalidad*.

Definitivamente la Corte Constitucional ha recurrido a esta expresión de bloque de constitucionalidad en numerosas ocasiones; pues le ha sido muy útil para resolver problemas constitucionales planteados en el marco de acciones de tutela, para resolver conflictos individuales de la ciudadanía, o incluso, -como ha sucedido muy de seguido recientemente- para declarar la inexequibilidad de muchas leyes. Esto implica que el llamado bloque de constitucionalidad resulta ser un fenómeno jurídico-constitucional de gran trascendencia para la vida jurídica colombiana de hoy, por lo que ha sido objeto de estudio por muchos autores e investigadores jurídicos; sin embargo, ha sido la propia Corte Constitucional la que le ha dado forma y le ha otorgado la dogmática suficiente como para que hoy se constituya en un tema vital para cualquier jurista colombiano.

Realizando nuestro trabajo investigativo en lo que respecta a este tema, buscando con certeza el contenido y definición más cercana de bloque de constitucionalidad, nos encontramos que el punto de partida de toda esta discusión fue el problema planteado por el artículo 93 constitucional, que prescribe:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Como es de suponer, la novedosa fórmula planteada por esta norma dejaba muchos interrogantes por resolver, una especie de incertidumbre hermenéutica que solo el intérprete auténtico de la Carta Magna podía darle claridad.

Por primera vez, o por lo menos en lo que encontramos en esta investigación, la Corte Constitucional abordó el tema cuando tuvo necesidad de analizar la validez del llamado Derecho Internacional Humanitario en el sistema jurídico colombiano. Inicialmente la Corte en esa oportunidad explicaba claramente cómo dicho conjunto normativo era eficaz y de obligatorio cumplimiento por los Estados independiente de su consagración positiva:

El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo. (Sentencia C. Const., C-574 de 1992).

El llamado Derecho Internacional Humanitario, y las normas de Derechos Humanos, hacen parte del llamado *ius cogens*, o normas de derecho internacional inderogables por los Estados. Es según la Corte, el haz de derechos mínimos de los cuales goza la persona humana, por su condición natural:

En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le han dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. (Sentencia C. Const., C-574 de 1992).

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Ahora, ya en 1995 la Corte Constitucional aclaró que lo que llamamos Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, hacen parte del *ius cogens*, y además, son complementarios. La corporación casi que dio por sentado que ambas clasificaciones tienen la misma finalidad, pues en definitiva buscan el respeto por la dignidad humana:

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. (Sentencia C. Const., C-225 de 1995) (Subrayado por el autor).

Es importante recordar, aunque es muy elocuente el texto constitucional analizado, que el tratado 169 de 1989 de la OIT, para que sea parte del mencionado bloque, debe haber sido aprobado por el Estado colombiano, esto es, mediante ley interna, incorporado al ordenamiento jurídico.

La anterior fue la primera claridad básica para entender el contenido del artículo 93 superior. Pero en nuestro criterio, aún es necesario analizar el segundo presupuesto que exige este artículo para que proceda la norma de derechos humanos como válida en el ordenamiento interno colombiano. El enunciado normativo constitucional, trae dos reglas necesarias para que podamos

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

hablar de bloque de constitucionalidad como hoy lo entendemos. Así también lo comprendió la Corte Constitucional en una oportunidad, cuando dijo que:

Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia tales tratados en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba (sic) durante los estados de excepción. (Sentencia C. Const., C-295 de 1993).

Constatados los dos elementos que exige el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, la consecuencia es que dicho tratado de derechos humanos entra a regir con plenitud en el ordenamiento interno colombiano. Dicha técnica constitucional por supuesto no es exclusiva de Colombia, pues similares artículos podemos encontrar en otros textos constitucionales de América Latina.²

La pregunta inmediata es la que se desprende del mismo artículo, cuando este se refiere a “*prevalecen en el orden interno*”. ¿A qué se refería el constituyente cuando se expresó de esa manera? ¿A que dichos tratados estaban por encima de la propia constitución? Acaso se trata de un conjunto de normas supraconstitucionales?

Pues la expresión prevalece, semánticamente da la idea de ser algo que está por encima o con prioridad a algo. Se intuía entonces que la prevalencia a la que se refiere el artículo 93, debía ser entendida como la superioridad jerárquica en la escala de normas que le correspondía a los tratados sobre derechos humanos que no se limitaban en los estados de excepción y de los cuales

² Se puede revisar como ejemplo el Artículo 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, el artículo 17 de la Constitución de Argentina, el artículo 5 de la Chilena y el 23 de la venezolana.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

se podían imputar las demás normas del ordenamiento jurídico; se les atribuía, o mejor, se pensaba de ellos que eran normas superiores a la Constitución.

La verdad, no era tal. Pues ese artículo así entendido era imposible conciliarlo con el 4° de la misma Constitución:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Subrayado del autor).

La Corte en su función de intérprete auténtico de la Constitución entró a zanjar esta incómoda incertidumbre interpretativa de la carta política. Fue clara la corporación constitucional al decir que la Constitución era norma de normas, y que ello implicaba, la consagración de esta como norma superior del ordenamiento jurídico de la cual se imputaba el resto de normas existentes.

Así fue expuesto y resuelto por la Corte:

“Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutableidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los "principios fundamentales de la República" a que hace referencia el Preámbulo de 1946.

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)." (Sentencia C. Const., C-295 de 1993). (Subrayado del autor).

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Queda claro entonces hasta el momento, con esta breve exposición, lo que hasta hoy se comprende como *bloque de constitucionalidad*. En nuestro concepto, el bloque no es más que todas aquellas normas con valor o jerarquía de norma constitucional que están o no de manera directa en el texto llamado *Constitución*. Esto por virtud de ella misma cuando de manera expresa lo dicta, como en el caso colombiano.

Ahora bien, el constitucionalismo moderno nos ha enseñado que las cartas constitucionales no son textos inflexibles, con rigor exegético inamovible en un grado de sacramentalidad tal que imposibilite su pliegue y ajuste a la realidad de la sociedad respectiva. Así también lo percibe el profesor Rodrigo Uprimny, cuando esboza que:

“...es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tiene relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional.” (2001, p. 2).

En efecto, consideramos que el nuevo constitucionalismo requiere de este tipo de técnicas jurídico-constitucionales para hacerse eficaz, para cumplir con sus finalidades políticas, sociales y jurídicas. El bloque de constitucionalidad, o como lo queremos llamar aquí, el **acordeón constitucional**, puesto que este se asemeja a un conjunto de normas que se pliegan y despliegan conforme a la exigencia del caso concreto a resolver, en el que el juez constitucional escoge de acuerdo a los principios y técnicas de interpretación permitidas, las normas que le resulten útiles para dar una solución normativa-constitucional que le permita dejar incólume todos los artículos de la carta. Con esta idea de bloque o acordeón de normas con valor constitucional, los fines

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

estatales son materializables. Ahora, con respecto al Convenio 169 de 1989 expedido por la Organización Internacional del Trabajo, en el que se consagra entre otros, el derecho a la Consulta Previa de pueblos indígenas y pueblos tribales, corresponde decir que en efecto se trata de un *corpus* normativo que contiene buen número de derechos humanos de las personas pertenecientes a los pueblos tribales o indígenas como veremos más adelante.

Adicionalmente, el tratado internacional de la OIT, está formalmente aprobado por nuestro Estado e incorporado a nuestro ordenamiento local mediante la ley 21 de 1991. Lo anterior significa que la precitada norma internacional encaja dentro del artículo 93 de la Constitución Política. Dicha conclusión ha sido expuesta en tupida jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano.³

Ahora, aceptar que el convenio 169 de 1989 de la OIT hace parte del bloque constitucional, trae como consecuencia jurídica varias afirmaciones: 1. Este convenio tiene jerarquía o valor constitucional; 2. Con base en él se pueden hacer análisis de constitucionalidad de las normas jurídicas con fuerza de ley, de manera que si estas lo contradicen, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad dispuesta en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, pueden ser eliminadas del mundo jurídico; y 3. En caso de que el convenio 169 de 1989 contenga derechos catalogados como fundamentales, estos pueden ser objeto de protección mediante la acción de tutela.⁴

³ Revisar al menos las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: Sentencia C-175 de 2009, sentencia C- 366 de 2011, Sentencia T-769 de 2009, Sentencia C-051 de 2012, Sentencia C-077 de 2012, Sentencia C-196 de 2012, Sentencia C-293 de 2012, Sentencia C-317 de 2012, Sentencia C-331 de 2012, Sentencia C-398 de 2012. Corte Constitucional colombiana.

⁴ ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

En consecuencia, a nuestra Constitución Política por virtud de la denominada idea de bloque de constitucionalidad, y en especial por este convenio, hay necesidad de sumarle como normas de su seno, los 44 artículos que este tratado internacional tratante de derechos humanos contiene.

Los 44 artículos del convenio están distribuidos en 10 partes así: Parte I. Política General, Parte II. Tierras, Parte III. Contratación y Condiciones de Empleo, Parte IV Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales, Parte V. Seguridad Social y Salud, Parte VI. Educación y Medios de Comunicación, Parte VII. Contactos y Cooperación a Través de las Fronteras, Parte VIII. Administración, Parte IX. Disposiciones Generales y la Parte X. Disposiciones Finales.

Serán de nuestro interés en la investigación la primera parte y eventualmente la segunda.

Lo anterior a nuestro parecer, más allá de generar un escenario de incertidumbre jurídica, de desafíos contra la soberanía colombiana como se ha expuesto por algún sector de la doctrina, que afortunadamente hoy a cedido en sus posturas, por el contrario enriquece vigorosamente nuestra carta política, la llena de contenido axiológico y le permite ser un documento con la capacidad de expandirse tanto como las necesidades sociales o las circunstancias de un caso en particular lo exijan. Tal como lo afirmamos con anterioridad, el bloque de constitucionalidad, mirado como un acordeón expansivo, permite estirar el texto de la Constitución tanto como se requiera, con el único objeto de asegurar el cumplimiento de los fines estatales; además, la inclusión de este tipo

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

de convenios y los valiosísimos derechos personales y colectivos que consagran, redundan en la materialización de la dignidad humana como eje del orden constitucional proclamado en 1991 por el constituyente colombiano. Por tanto, son más las razones que respaldan la necesidad del bloque de constitucionalidad que aquellas que pudieran argumentarse en su contra.

1.2.1. El derecho de Consulta Previa de comunidades negras en concreto.

1.2.1.1. La Consulta Previa como derecho fundamental de comunidades negras.

La identificación del convenio 169 de 1989 de la OIT como uno que contiene consagración de derechos humanos, se evidencia en varios de sus artículos. Por ejemplo, en el artículo 3° numeral 1° encontramos:

Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

Es clara entonces la referencia que hace el convenio al conjunto de los derechos considerados por el *ius cogens* como derechos mínimos del ser humano, o lo que es lo mismo, los llamados derechos fundamentales del hombre. En primera medida, podría decirse que el convenio 169, es relativo a los derechos humanos por remisión que él mismo hace a estos.

No solo por una simple técnica de remisión a los derechos humanos, es que este convenio debe considerarse tal, sino que el efecto de esa remisión al grupo de derechos humanos, se hace como mandato de aplicabilidad de los mismos por parte de los Estados en favor de los pueblos indígenas y tribales, lo que lo hace en la práctica un verdadero tratado de esta naturaleza, por tanto es de aquellos que señala el artículo 93 de la Constitución.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

El punto clave con respecto a la Consulta Previa, como derecho de las comunidades negras, es poder argumentar su carácter de *fundamental*. Para ello es preciso antes que nada, investigar rápidamente cómo un derecho subjetivo o colectivo como en el caso de la Consulta Previa, adquiere el tono de *fundamental*.

Un derecho pues, a nuestro modo de pensar, es fundamental en la medida que su goce o protección garantice la plenitud de la vida humana, de manera que sucediendo lo contrario, esto es impidiendo su goce o afectándolo, se generen graves consecuencias para la calidad de vida del ser humano.

Lo anterior nos remite a pensar que los derechos fundamentales tienen un ligamen fuerte con el valor de la dignidad humana, tanto, que se puede identificar la vulneración de un derecho fundamental a un ser humano revisando si está violándose su dignidad humana. Por tanto, todo derecho subjetivo o colectivo que violándose implica la transgresión de la dignidad humana, debe catalogarse como fundamental para la persona humana. Esta acepción, nos obliga a entender la noción de *dignidad humana*, percibiéndola en el sentido enseñado por Kant (2013), esto es, teniendo que la dignidad humana, se logra tratando a la persona como un fin en sí mismo. De acuerdo a Kant, e interpretándolo, la esclavitud por ejemplo, en la que al ser humano se le cosifica, se le usa como un instrumento de producción, es por supuesto un trato indignante; la discriminación por razones de cualquier índole, también son conductas vulneratorias de la dignidad humana porque se instrumentaliza al individuo; o la exclusión de un sector de la población de las políticas estatales, condenándolas al subdesarrollo, analfabetismo o privándolas de los elementos básicos para gozar de una calidad de vida digna, atentan contra esa dignidad humana entendida como Kant la enseña.

La dignidad humana como fundamentación de los derechos fundamentales, es también aceptada por el profesor alemán Robert Alexy, pues este opina que:

Una excepción vale tan solo para las teorías de un solo punto con un grado máximo de abstracción, tales como las que sostienen que el fin último de los derechos fundamentales es asegurar la dignidad humana. (2010, p. 20).

No compartimos aquí definiciones de derechos fundamentales de tipo formal o estructuralistas, como la expuesta por el también alemán Carl Schmitt, quien piensa que los derechos fundamentales son “solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento del Estado y que, por lo tanto, se reconocen como tales en la Constitución.” (Alexy Robert, 2010, p. 20).

La clave entonces de la Consulta Previa como derecho fundamental de los grupos étnicos, es decir de los pueblos indígenas y comunidades negras, estriba en determinar si con su violación se atenta contra la dignidad de estos pueblos. En nuestra opinión es patente que la Consulta Previa sí es un derecho de trascendencia fundamental para estas comunidades étnicas, pues con ellos se reafirman como personas humanas dignas, ya que con el goce de este derecho se garantiza en muchos casos su propia existencia como grupo étnico, como sucede con la ejecución de mega-proyectos en medio de sus territorios ancestrales.

No hay duda para nosotros, como tampoco para la Corte Constitucional⁵, que la Consulta Previa a grupos étnicos es un derecho fundamental, de vital importancia para ellos, con el cual se viabilizan además, muchos otros derechos también fundamentales. Esa es una característica *sui generis* que hay necesidad de señalar. La Consulta es un derecho fundamental de los que llamaría el profesor alemán Robert Alexy “Los Derechos a Algo”. En su explicación sobre este

⁵ Especialmente en las Sentencias C-461 de 2008 y la C-175 de 2009, hacen esta reflexión.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

tipo de derechos fundamentales el jurista explica que para su entendimiento hay que tener de presente que en estos siempre hay una relación triádica cuyo primer elemento es el portador o titular del derecho (grupo étnico), segundo, un destinatario al cual se le exige el cumplimiento del derecho (Estado o tercero), y tres, el objeto del derecho, esto es, la Consulta como tal. (Alexy Robert, 2010, pp. 163 y 164)

En esta aplicación triádica del profesor alemán, el objeto del derecho fundamental es la Consulta misma, pero su goce, generalmente significa la pretensión del pueblo étnico de respetar un segundo derecho fundamental y hasta un tercero. Piénsese en aquellos casos en los que una empresa multinacional de la minería, intenta adelantar proyectos de extracción de minerales a gran escala en territorios de los grupos étnicos, lo cual puede traer como consecuencia graves afectaciones al entorno territorial en el que viven estos, poniendo en riesgo su vida y tranquilidad. Es claro que al ser el proyecto de extracción minera una actividad que afecta de manera directa el entorno de los grupos étnicos, se requiera el cumplimiento de la Consulta Previa como derecho fundamental, pero en ejercicio de esta, también suele garantizarse el derecho a la vida o la integridad cultural o cualquier otro derecho de naturaleza fundamental que esté en riesgo para las comunidades negras.

La Consulta Previa actúa entonces como un instrumento protector de otros derechos fundamentales, siendo este uno de ellos. En esa relación triádica de la que habla Alexy, en su elemento denominado el *objeto* del derecho fundamental, aparece no solo un derecho si no varios derechos fundamentales. Para las organizaciones que agremian los intereses de la gran minería, sin embargo, la Consulta Previa no es propiamente un tema que les agrade o que en su

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

criterio ayude con el desarrollo, puesto que así lo han manifestado⁶. No obstante a ello, los pronunciamientos de los tribunales de Justicia, en particular latinoamericanos, si han dado mucho valor a la Consulta Previa como derecho de los grupos étnicos, como lo veremos a lo largo de este trabajo.

La práctica jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional colombiana al respecto de este derecho fundamental de grupos étnicos, ha señalado que no es un derecho fundamental de naturaleza subjetiva, es decir, cuyo titular sea una persona individualmente, sino, un conjunto poblacional que toda la comunidad, de manera inescindible, es la titular de ese derecho. Lo cual es perfectamente posible en derechos de naturaleza fundamental. (Alexy Robert, 2010, p. 89)

Lo anterior sugiere, como ya explicamos antes, que el titular del derecho fundamental a la consulta siempre será una pluralidad de personas que ubicadas en el caso concreto comparten iguales y uniformes condiciones que los hacen víctimas de la violación *iusfundamental*, y por tanto titulares de las acciones constitucionales para su protección, por ser portadores del mismo derecho a la Consulta Previa. No son titulares de este derecho por razones individualizadas, sino, por condiciones objetivas, dada su pertenencia al grupo étnico que les otorga esa titularidad.

En el caso de la comunidad amenazada por la explotación minera, no son los individuos aislados de esa comunidad los que gozan y pueden ejercitar el derecho a la Consulta, sino la comunidad entera. Otra cosa es que sí haya la posibilidad de la defensa de otros derechos fundamentales de carácter personal como la vida o la libertad, los cuales no son extensivos a otros individuos, como si lo es la Consulta.

⁶ Por ejemplo así lo expresó Carlos del Solar en calidad de Presidente de la Sociedad Nacional Minera del Perú SNMPE quien mediante una carta de expreso al Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM, siglas en inglés), Tom Butler: "La ley de consulta es una estupidez; no la necesitamos. Sólo es un obstáculo para la inversión minera (...) Hasta ahora no he visto al Ministerio del Ambiente proponer nada. Lo único que sabe es decir no a las inversiones". <https://redaccion.lamula.pe/2016/04/06/organismo-mundial-minero-critica-a-la-snmpe-por-declaraciones-contrala-consulta-previa/victorliza/>

Pero la cuestión constitucional a destacar, luego de esta caracterización de la naturaleza jurídica de la Consulta Previa como derecho fundamental, es ¿en qué momento llegó jurisprudencialmente a ser tal? Digamos que la respuesta no puede ser contestada de manera precisa. La Corte Constitucional colombiana, de manera gradual, poco a poco fue dándole forma a este derecho hasta el punto que hoy conocemos. Uno de sus primeros pronunciamientos sobre la consulta, la hizo referida a los pueblos indígenas. En aquella ocasión dijo:

La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la 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. (Sentencia C. Const., SU-039 de 1997). (Subrayado del autor).

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Si se presta atención, titubea la Corte en darle el sentido de derecho fundamental a la Consulta Previa, pues se expresa de ella como una “*institución*”, lo que está bien lejos del momento actual de la jurisprudencia constitucional en lo que a la Consulta respecta.

No obstante, en la *ratio decidendi* de la sentencia, si hace de manera tangencial alusión a un derecho a la Consulta Previa, aunque vinculándolo con el artículo 40 de la Constitución Política que trata sobre participación política, de forma que en ese momento el tribunal no le otorgaba vida propia y autonomía como derecho fundamental. Lo dicho por la Corte en esa ocasión fue esto:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

3.3. La Constitución en diferentes normas alude a la participación ciudadana que ofrece diferentes modalidades (preámbulo, arts. 1, 2, 40, 79, 103, entre otros). Por lo tanto, la única forma de participación no es la política.

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (Sentencia C. Const., SU-039 de 1997). (Subrayado del autor).

Aun no daba la Corte según lo que acabamos de citar, el paso hacia la determinación de la Consulta Previa de grupos étnicos como derecho fundamental, ya que lo establecía como condicionamiento, o mejor, como procedimiento instrumental para garantizar el de la participación política (40 C.P.) y los que llamaba *de la integridad cultural, étnica, social y económica*.

Uno de los primeros fallos en los que la Corte habló de sujetos de especial protección constitucional en razón de su condición étnica, fue mediante la en la sentencia T-422 de 1996⁷, de hecho fue la primer vez en la que se catalogó a las comunidades negras como una población objeto de un trato preferente en el país.

A nuestro juicio, ese paso, se dio definitivamente entre los años 2008 y 2009, cuando finalmente en dos pronunciamientos la Corte sentenció secuencialmente:

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando

⁷ La Corte se refirió a este asunto porque la tutela fue promovida por un integrante de la Asociación Nacional Cimarrón. Esto hizo suponer al juez de segunda instancia que la accionante era una persona jurídica, por lo cual declaró el amparo improcedente. La Corte por su cuenta, revocó dicha sentencia argumentando que bien puede una organización que defiende los derechos de las minorías y rechaza la discriminación racial, proteger a sus miembros de este tipo de actos denigrantes.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación. (Sentencia C. Const., C-030 de 2008).

La Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales. Es así como para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un **derecho fundamental** de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la Consulta Previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. (Subrayado del autor), (Sentencia C. Const., C-175 de 2009).

Luego de sus respectivos análisis, la Corte sustrajo del convenio 169 de 1989 de la OIT ese derecho fundamental; de dicho convenio dijo que se resaltaban dos elementos, uno referido a las medidas que los Estados debían adelantar en beneficio de los pueblos indígenas y tribales para que alcanzaran niveles de desarrollo en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad; y un segundo elemento referido a “la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.” (Sentencia C. Const., C-175 de 2009).

Con el anterior pronunciamiento quedó totalmente clara la naturaleza jurídica de la Consulta Previa dentro de nuestro ordenamiento constitucional; la Corte hizo, haciendo uso de la jurisprudencia y con la facultad que le corresponde como intérprete auténtico de la carta magna, creación de un nuevo derecho fundamental atribuido a los grupos étnicos en Colombia; un derecho que como lo llamaría Robert Alexy, es de los llamados tácitos (2010, p. 324) puesto que no está expresa ni formalmente consagrado como tal, sino que es elaboración empírica o jurisprudencial.

Hoy, no hay discusión sobre la naturaleza de derecho fundamental de la Consulta Previa. Para su dogmatización como tal, la Corte ha hecho uso de sin número de normatividad constitucional como lo vimos antes. Los casos en los que la Corte ha tenido que dar solución a problemas constitucionales, en donde la Consulta Previa ha intervenido como elemento central, han sido de la más variada especie, y por ello, hoy la Consulta Previa como noción jurídico-constitucional es muy rica. Lo que valoramos alegremente, pues gracias a ello, se ha podido conservar parte de la riqueza étnica del País y todo lo que ella conlleva.

Por ahora es necesario aún, para tener un panorama más amplio y suficiente sobre la Consulta Previa y poder continuar con el objeto de esta investigación, terminar de analizar algunos puntos que suscitan algún grado de dudas.

1.2.1.2. El problema de las comunidades negras como destinatarias del convenio 169 de 1989 de la OIT.

La cuestión planteada en el presente aparte, surge por preguntas formuladas acerca de si a las comunidades negras les era aplicable el convenio 169 de 1989 de la OIT, y con ello, si eran titulares del derecho fundamental a la Consulta Previa.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

En lo que respecta a los pueblos indígenas, era claro que dicho convenio les era aplicable, pues el artículo primero, numeral 1°, inciso b) no dejaba duda acerca de ello:

Artículo 1. El presente Convenio se aplica:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Subrayado del autor).

El problema de las comunidades negras se derivaba de que el convenio no hace en ningún aparte de él alusión a estas comunidades. En su lugar el convenio se refiere a *pueblos tribales*, lo cual compone una definición muy obscura con la cual se presentaban problemas.

Sin embargo, la Corte Constitucional, sugirió que el problema planteado era un inconveniente semántico o lingüístico que no podía, bajo ningún punto de vista, representar impedimentos para su aplicación real y la materialización de los fines que inspiraron la creación de este instrumento internacional.

En primer lugar, y de manera sabia, la Corte para resolver esta serie de dudas planteadas, recurrió a la definición que sobre comunidades negras nos proporcionaba el ordenamiento jurídico colombiano; dicha definición se encuentra en la ley 70 de 1993, que en su artículo 2° numeral 5° consagra:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Pues bien, según la Corte:

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

(...)

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: (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, y (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.

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.” (Sentencia C. Const., C-169 de 2001).

La discusión finalmente, quedó zanjada en los términos planteados por la Corte

Constitucional como acabamos de ver. Hoy es pacífico afirmar que las comunidades negras son

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

destinatarias del convenio 169 de 1989 de la OIT, y con ello, beneficiarias de todos los derechos que el mismo consagra, incluida por supuesto, la Consulta Previa.

Recientemente, en una sentencia de tutela, que deberemos examinar en detalle en el último capítulo por su gran relevancia y actualidad, la Corte retoma este debate de la siguiente forma:

El Convenio 107 de la OIT fue el primer instrumento internacional que se refirió a la protección especial que los Estados les deben a los pueblos minoritarios asentados en sus territorios. El Convenio reconoció a los pueblos indígenas y tribales como titulares de unos derechos asociados al hecho de que compartieran unas condiciones que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional. De ahí que, por cuenta de la incorporación del instrumento internacional a los ordenamientos internos de los países firmantes, sus comunidades cultural y étnicamente diferenciadas hubieran quedado legitimadas para reclamar la protección de su derecho a ser consultadas sobre las medidas que pudieran afectarlas, de sus derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que habían ocupado tradicionalmente y, en fin, de todos aquellos derechos que la OIT les reconoció en razón de su diversidad.

El término (refiriéndose a comunidad negra o persona negra) comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169. (Sentencia C. Const., T-576 de 2014). (Primer paréntesis y subrayado del autor).

Entre otros aportes, esta sentencia es particularmente importante porque añade al debate estos dos criterios con los que puede esclarecerse a qué comunidades se les puede considerar como poblaciones étnicas y por tanto, beneficiarias y destinatarias del mencionado convenio 169 de

1989. Y da un avance importante porque permite más allá de las formas legales predeterminadas como la de la Ley 70 de 1993, ubicar con mayor facilidad y más exactamente a los denominados grupos étnicos.

Lo que denomina criterio objetivo, es decir, las condiciones externas, o puede llamarse también fácticas tales como el color de la piel, su ubicación espacial, ritos ceremoniales, lenguaje, religión o tipo de fe, prácticas artesanales o consuetudinarias; y las subjetivas, que llamamos nosotros internas, porque están en los individuos que componen el grupo y que siendo uniformes en toda la comunidad, es lo que da el carácter de pertenecer a la especificidad que encierra la etnia, y que no es más que la manifestación libre e inequívoca de pertenecer a determinado grupo poblacional, aceptando y practicando todos sus elementos objetivos ya dichos, da la utilidad de que en cada caso concreto se cuente con unos parámetros generales que puedan ayudar a establecer si estamos o no frente a un grupo humano que pueda caracterizarse como étnico merecedor de que le sea aplicado el convenio 169 de 1989.

1.2.1.3. Concepto de la consulta previa.

Según lo visto hasta este punto, la Consulta Previa es ante todo un derecho fundamental del cual son titulares en Colombia las Comunidades Negras y los Pueblos Indígenas. El mismo hace parte, como ya explicamos *in extenso*, del bloque de constitucionalidad, lo cual le da el valor de norma perteneciente a la carta magna, otorgándole los efectos jurídicos que esto implica.

Por su parte, el profesor John Jairo Morales Alzate, la define así:

La Consulta Previa es un derecho que poseen las comunidades étnicas o también denominados sujetos colectivos de protección especial, reconocidas y protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, cultural, social y económica, basada en la garantía de la participación frente a eventuales medidas legislativas, administrativas o la realización de obras, proyectos o

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

actividades –OPA´s- en adelante-, que afectan directa o específicamente su integridad étnica o su subsistencia como grupo social-preservación- cuya finalidad es procurar un acuerdo viable. (2013, p. 85).

Según la Corte, como órgano judicial y de interpretación autorizada de nuestra Constitución y todas las normas que por virtud del bloque o **acordeón constitucional** la componen, la Consulta Previa, es:

La Consulta Previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.

Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible. (Sentencia C. Const., T-154 de 2009).

En otra ocasión, cuando por primera vez debió pronunciarse sobre procedimientos de consulta ante medidas legislativas, dijo:

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. (Sentencia C. Const. C-169 de 2001).

Hasta aquí, normativamente de la Consulta Previa puede decirse que es un derecho fundamental de carácter colectivo, positivamente consagrado en el bloque o **acordeón constitucional**, derivado del convenio 169 de 1989 de la OIT, que beneficia a sujetos colectivos que por su condición étnica y siendo minoría dentro de un Estado, deben ser escuchados, brindándoles participación efectiva en todas las decisiones o medidas que puedan ser de su incumbencia o interés. Este derecho tiene como propósito primordialmente, defender la integridad humana del pueblo consultado, manteniendo esa especialidad que le hace diferente y valioso dentro de la respectiva sociedad nacional.

Definición que es igualmente compartida por el doctor Juan Pablo Charris:

La consulta previa es un derecho fundamental del que son titulares los grupos étnicos para decidir sobre todo tipo de medida estatal que pueda afectarlos directamente. Encuentra su fundamento constitucional en el reconocimiento de la identidad multicultural del Estado colombiano, bajo una óptica democrática incluyente; en el derecho que tienen los pueblos a decidir sus propias prioridades de acuerdo con sus propias creencias, instituciones y/o territorios que ocupan o utilizan; y en el derecho de participar en el diseño, implementación y evaluación de programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos. En este sentido, el Estado colombiano ha sido receptor de importantes instrumentos internacionales para la protección de los derechos de las minorías étnicas, no obstante, los órganos legislativo y gubernamental no han

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

brindado los instrumentos legales y reglamentarios suficientes para hacer efectiva tal protección, vacío que ha sido suplido por una labor activa de la Corte Constitucional. (2014)

Asistimos a la Corte cuando expresa la idea de que este es un derecho fundamental, por el cual, se hace viable la defensa de otros derechos y principios constitucionales que atañen a la comunidad; de allí que prefiramos llamarle como un **derecho fundamental instrumental**, lo cual hacemos no en un sentido reduccionista, por el contrario, queremos destacar su gran valía para estos pueblos, puesto que es instrumento o herramienta eficiente para reclamar la garantía de otros derechos fundamentales de estas personas. Esta es una de las particularidades de la Consulta Previa, que le da una trascendencia especial dentro de nuestra práctica judicial y constitucional.

A la par de estas disquisiciones que podemos extraer de las normas constitucionales y los pronunciamientos de nuestro tribunal constitucional que hasta ahora hemos visto, también hay otra serie de pronunciamientos que ligan sus definiciones acerca de la Consulta Previa a elementos más antropológicos o axiológicos, o si se quiere, como un acto por el cual se reivindica la simetría de derechos que entre estos pueblos y los llamados occidentales, debe suponer una sociedad moderna y democrática. En esta línea de pensamiento encontramos a la doctora Gloria Amparo Rodríguez quien afirma sobre este derecho que:

En la consulta previa lo que hay de por medio es la vida. Esto dice el líder indígena Albenis Tique en algunos de los tantos espacios públicos donde hace referencia a este tema tan polémico. Lo que plantea Albenis es cierto, porque este mecanismo de participación está concebido para la protección de la integridad cultural, social y

económica de los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, cuando se van a tomar decisiones que pueden afectarles.

La consulta previa “es un valioso instrumento que permite impulsar el respeto por los derechos étnicos y los derechos humanos colectivos de las comunidades indígenas y negras, como son el derecho al territorio, a la identidad, a la autonomía, a la participación plural, y en general a su plan de vida” (DGAI et al., 1999 p. 9). Lo anterior, significa que la consulta previa se constituye en un mecanismo para avanzar en el reconocimiento real de los derechos humanos de los pueblos o las comunidades étnicas, el cual se aplica cuando se va a expedir una norma o un acto administrativo, cuando se vaya a realizar un proyecto o adoptar programas o políticas que incidan en sus vidas, en sus territorios o en sus formas organizativas. (2009, pp. 56, 57).

En particular, el autor de esta investigación tiene la convicción de que el ejercicio de este derecho, es un acto de resistencia frente a la desigualdad y la discriminación que hoy en nuestras sociedades se camufla en distintas formas y expresiones.

En efecto, la Consulta Previa es un acto de legitimación de estos pueblos frente a los Estados modernos, legitimación de su cultura, de sus formas de pensar y sentir el planeta, legitimación de sus esquemas de reglas sociales y economías solidarias, y de lo cual, creo debe ser una oportunidad de oro para comprender y aprender de ellos sus formas genuinas y humanas que hasta hoy, a pesar de tanto avasallamiento sufrido por las culturas “civilizadas”, les ha permitido mantenerse alejados de la extinción.

1.2.1.4. La Consulta Previa como derecho fundamental colectivo.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Un punto crucial dentro del análisis de este derecho fundamental, es que el mismo comprende una naturaleza jurídica particular entre los típicos derechos fundamentales, además de lo ya visto como derecho **fundamental instrumental**, este derecho no es exigible desde la individualidad de algún ciudadano, así sea miembro de algún grupo étnico. Las razones, tienen un origen antropológico y constitucional que es fructífero referirlo brevemente.

Luego del expreso reconocimiento de la Nación colombiana como una amalgama de colores, costumbres, ritmos, reglas sociales comunitarias, religiones o creencias, idiosincrasia, y en fin, todo aquello que pueda incluirse dentro de la idea de diversidad étnica y cultural, que se hizo en los artículos 7º y 8º de la Carta, el constituyente en un momento específico y sobre un tema particular, esto es, el reconocimiento de la propiedad de las tierras ancestralmente ocupadas por las comunidades negras, las concibió como una comunidad de personas que, bajo unas mismas circunstancias étnicas, culturales e históricas, era merecedora de ese importante reconocimiento jurídico de sus tierras, que por demás, era una de las grandes reivindicaciones que por esos tiempos, promovía el movimiento negro colombiano recién despertado hacía unos diez años antes.

Dicho pronunciamiento, lo hace el constituyente, cuando redacta y aprueba el artículo 55 transitorio constitucional que es del siguiente tenor:

Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley. (Subrayado del autor).

Es insistente la norma en la expresión **comunidad**, dejando claro el mensaje de que el sujeto étnico, como receptor de medidas estatales diferenciales, no es el individuo o ciudadano de la etnia negra aislado, sino el conjunto poblacional que se autoreconoce como tal, y que comparte un pasado, una experiencia cultural y étnica que justifica ese trato diferencial.

Por su parte, la Corte, muy tempranamente, empieza a abordar el tema de la diversidad étnica y cultural recién reconocida por la Constitución de 1991. Lo hizo en la Sentencia T-380 de 1993 en donde se refirió, precisamente, a la importancia que tiene, frente al propósito de concretar el paradigma multicultural incorporado en la Constitución, el hecho de reconocer que colectividades diferenciadas como los pueblos afrodescendientes e indígenas tienen derechos fundamentales distintos a los de sus integrantes individualmente considerados, cuyos derechos

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

subjetivos, valen igual para todos los ciudadanos colombianos sin distingo alguno. Por tanto, ese plus de derechos constitucionales, de los que gozan los afrodescendientes e indígenas, y que no se erige de otra forma que contemplando al conjunto poblacional étnico, es el resultado o la consecuencia jurídico-constitucional de los artículos 7º y 8º de la Ley superior.

Esas consideraciones especiales, a favor de estos pueblos, por supuesto no es una necesidad del Constituyente, no faltaba más, es simplemente la consecuencia de una reingeniería constitucional y social que en aquel momento exigía el País, para dar un nuevo inicio hacia una sociedad más justa y equitativa. Esa distinción y trato especial, tiene además bastantes razones de tipo histórico y sociológico, ya que, estas comunidades son eminentemente comunitarias y cooperativas, de manera que su sentido del “conjunto”, del “todo”, es trascendental en cada una de sus esferas de vida, desde lo familiar, lo económico, lo ceremonial, lo social, lo religioso y lo político.

El antropólogo Eduardo Restrepo, lo reseña así:

Los procesos de etnización, tienen que ver con la construcción de una diferencia cultural, que en el caso de las comunidades negras se apoyó en sus prácticas tradicionales de producción, caracterizadas por un manejo colectivo y sustentable del territorio. Se ha explicado que Colombia experimentó un proceso de etnización de la negridad que tuvo origen en la segunda mitad de los años ochenta, con la aparición de la estrategia organizativa que imaginó a los campesinos negros como grupo étnico con derechos territoriales y una cultura e identidad particulares. Ese discurso fue fundamental para que, en los noventa, y gracias al giro multicultural que propició la Constitución de 1991, el proceso de etnización de las comunidades negras se trasladara al plano jurídico, en el marco de las discusiones que antecedieron la aprobación de la Ley 70 de 1993. (2013).

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Pues bien, esa personería jurídica colectiva reconocida por la Constitución a estas comunidades, fue también aplicada por la Ley 70 de 1993, que como vimos, fue el cumplimiento de ese mandato constitucional del artículo 55 transitorio. En ella, una vez más, el reconocimiento de derechos étnicos, y concretamente de la titulación de la tierra, se hace no de manera individual, sino al sujeto colectivo que bajo la institución del Consejo Comunitario, es quien ejerce la personería jurídica del título colectivo, como lo dice la Ley en el artículo 2, literal b) numeral 5:

Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

En cuanto a la Corte Constitucional, luego de expedir el Auto 005 de 2009, de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de estudiar, en su mayoría, casos relativos a la eventual transgresión de los derechos fundamentales que les corresponden a los afrocolombianos en su condición de sujeto colectivo.

Es claro, que la Consulta Previa, no se hace exigible para una persona de la etnia negra individualmente, sino que su desconocimiento o violación, pone en alerta los derechos que de manera masiva y colectiva, atañen al conjunto humano enteramente. Ha abundado mucho la Corte en este aspecto, pero, recientemente lo aclaró de la siguiente forma:

Los cuestionamientos que en estos términos plantearon los intervinientes ponen de presente el desafío que implica comprender que una comunidad étnicamente diversa sea titular de derechos fundamentales distintos a los que ostentan sus integrantes,

individualmente considerados. La Corte dio cuenta de esa dualidad desde sus primeras providencias, cuando, al referirse al reconocimiento expreso que la Constitución hace de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, advirtió que dicho atributo era predicable de las comunidades como sujetos colectivos autónomos en los que tienen cabida cierto modo de vida social y una serie de expresiones culturales que merecen una protección especial.

La Sentencia T-380 de 1993 advirtió, en ese sentido, que las comunidades étnicas –el fallo se refirió específicamente a las comunidades indígenas- no eran solo una realidad fáctica y legal, sino un verdadero sujeto de derechos fundamentales, porque “la defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla”. La protección de la diversidad étnica y cultural y su reconocimiento solo podría hacerse efectiva, en esos términos, concediéndoles a las minorías étnicas una personería sustantiva en el plano constitucional que les permitiera exigir, por sí mismas, la protección de sus derechos fundamentales.

Así, interpretando los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos que identifican a los pueblos indígenas y tribales como destinatarios de sus disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las comunidades étnicas, en tanto grupos humanos diversos, son titulares de derechos fundamentales - como los derechos a la subsistencia, a la propiedad colectiva de la tierra, a la integridad cultural y a la consulta previa, sobre el que aquí se discute- que son esencialmente distintos a aquellos que se predicen de sus integrantes individualmente considerados. (Sentencia C. Const., T-576 de 2014).

Con lo dicho, creemos suficientemente explicado y agotado el factor colectivo de la Consulta Previa como derecho fundamental.

1.2.1.5. Procedibilidad de la Consulta Previa.

Nada más oportuno y conveniente para entender este aspecto que citando directamente a la norma. Pues bien, su aplicación se desarrolla en los términos del mismo convenio 169 de 1989 de la OIT, de los cuales citamos los artículos 2°, 6° y 7°:

Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

(...)

Artículo 6.

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. (Subrayado del autor).

Se desprende de las anteriores normas elementos importantes. El derecho de Consulta Previa de que trata estos artículos, hace alusión al deber que tienen los Estados en consultarles a los pueblos denominados étnicos las medidas administrativas y/o legislativas que posiblemente puedan afectar o interesar a estos pueblos, que afecte su tráfico de derechos e intereses.

1.2.1.5.1 Frente a medidas administrativas.

Cualquier procedimiento administrativo, o medio por el cual la rama o función administrativa del Estado actúa que pueda impactar, -en nuestro criterio no importará si la afectación es positiva o negativa, en tanto que el convenio no hace esa distinción- a la comunidad o pueblo étnico tendrá que ser socializado y dependiendo del caso, autorizado por el mismo para que se pueda adelantar la medida administrativa.

En primer lugar, entendemos por medida administrativa toda aquella acción proveniente de una de las ramas del poder público, concretamente la rama ejecutiva del Estado. La rama ejecutiva ya sabemos actúa o se expresa por uno de los siguientes medios: 1. actos administrativos en ejercicio de su potestad reglamentaria o la definición de una situación jurídica

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

particular de un administrado; 2. La celebración de contratos; 3. hechos administrativos; y 4. operaciones administrativas. (Vidal Perdomo, 2010).

En el primer caso, podemos encontrar los ejemplos de la expedición de las licencias ambientales, permisos de explotación de recursos naturales otorgados por las CAR que se materializan a través de los actos administrativos correspondientes.

Entre tanto, los contratos de concesión a multinacionales cuyo objeto es la explotación de recursos naturales inmersos en los territorios ancestrales de estos grupos étnicos, son ejemplos de la segunda forma como la administración pública se manifiesta en Colombia, según la doctrina especializada.

Por su lado, las operaciones y hechos administrativos son actividades fácticas que tienen alguna incidencia en la gestión pública, en tanto, que las operaciones son la ejecución o puesta en marcha de una decisión de la administración, y los hechos, son fenómenos de la naturaleza que tienen consecuencias jurídico-administrativas, sea el caso del desbordamiento de un río que obliga a la administración a declarar la urgencia manifiesta.

Todas las anteriores, al ser manifestaciones de la administración son susceptibles de ser consultadas por ser medidas administrativas.

Hoy, con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-, dicho imperativo es mucho más evidente. El corpus normativo administrativista trae una norma específica sobre consultas; se trata del artículo 46 que consagra lo siguiente:

Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una Consulta Previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

Se entiende que hoy esa eventualidad de que la administración deba poner sus decisiones en consulta de los administrados, cuando la ley o la Constitución lo ordenen, es por supuesto consecuencia aunque sea indirecta de la Consulta Previa a los grupos étnicos, de la cual es mucho más consciente hoy la administración pública; tanto, que su estatuto por excelencia (CPACA) ya la considera a través de una norma positiva como acabamos de ver.

1.2.1.5.2. Frente a mediadas legislativas.

Entre tanto, el convenio también señala como medida susceptible de consulta, aquellas de carácter legislativo, o provenientes de otra de las ramas del poder público, es decir, el legislador. No hay dudas, y de ello la práctica judicial de nuestro tribunal constitucional nos ha dado cuenta, que las leyes son también objeto de Consulta Previa, cuando su contenido o su aplicabilidad tenga como consecuencia una afectación o particular interés en comunidades negras o pueblos indígenas.

En nuestro criterio, no debe haber discusión sobre si los decretos expedidos por el presidente de la república en ejercicio de facultades extraordinarias como legislador, sea por autorización del Congreso mediante ley habilitante, o por la declaratoria de estados de excepción, son objeto o no de consulta.

Pensamos que el convenio no hace distinción al respecto, por tanto, sería traído de los cabellos hacer una limitación a dicho derecho fundamental, que no contempla la misma norma que crea el derecho. El convenio es claro al expresar que las consultas de los pueblos indígenas o

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

tribales (entiéndase comunidades negras) están dirigidas contra las medidas legislativas que les pueda incumbir o afectar. Es decir, el tratado hace alusión a una especie de norma jurídica producto del ejercicio legislativo, la cual por excelencia es la *Ley*, pero se debe leer que en realidad es a toda norma jurídica con esa misma jerarquía dentro de la escala de normas jurídicas, lo cual evidentemente incluye a los decretos con fuerza de ley y los denominados decretos legislativos.

Ahora, por la trascendencia que implica que una norma pueda ser objeto de declaratoria de inexequibilidad al violar el bloque de constitucionalidad por no realizar procesos de Consulta Previa a los grupos étnicos, ha sido mucho el debate que sobre el particular se ha abierto.

La Corte Constitucional, ha tenido por lo menos dos posiciones al respecto, reflejada en varias de sus sentencias.

La primera de sus posiciones, aparece cuando por primera vez tiene que evaluar la constitucionalidad o no de una Ley por el cargo de no haberse realizado Consulta Previa a los grupos étnicos. Se trató de un proyecto de Ley estatutaria por medio del cual se reglamentaba el artículo 176 de la Constitución Política el cual consagraba en su momento:

Habría una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Esta circunscripción constará con cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Parágrafo. Quien sea elegido para la circunscripción especial de los colombianos residentes en el exterior, deberá residir en el territorio nacional mientras ejerza su condición de Representante a la Cámara.

En aquella ocasión, la Corte Constitucional resolvió que el derecho de las comunidades a la Consulta Previa no procedía en relación con las medidas legislativas directamente, sino sobre su ejecución o implementación por parte del gobierno, en ejercicio de su potestad reglamentaria; es decir, mediante la expedición de los decretos que reglamentan las leyes y que son regularmente, facultad del ejecutivo. En efecto, dispuso en esa ocasión la Corte:

“Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas (refiriéndose a los supuestos del artículo 330 de la C.P.). En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura. (Paréntesis del autor). (Sentencia C. Const., Sentencia C-169 de 2001).

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Además de considerar que no era exigible la consulta en la creación de las leyes sino en su aplicación, consideró que en todo caso era la Ley la que debía determinar las pautas para este tipo de procedimientos ya que el convenio no señaló ninguna reglamentación al respecto.

Sin embargo, mediante la sentencia hito C-030 de 2008, que ya hemos tenido oportunidad de citar, esa regla, o por lo menos la posición jurisprudencial, fue reorientada, y dispuso la Corte sobre el asunto que:

Las medidas legislativas pueden convertirse en un escenario de afectación directa cuando alteran el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque les impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, les confiere beneficios. La consulta procede cuando “la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta. Lo que debe consultarse en esos casos, por lo tanto, son aquellas medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas en su calidad de tales, no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.

La Sentencia C-461 de 2008, reiteró la procedencia de la consulta frente a medidas de amplio alcance, esto es leyes o decretos del ejecutivo que configuraran una hipótesis de afectación directa de los derechos de las minorías étnicas. El fallo determinó, precisamente, que algunas de las disposiciones de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006- 2010 (L. 1157 de 2007) contemplaban proyectos y programas que incidirían de manera directa y específica sobre distintos grupos étnicos del País, lo cual representaba una potencial afectación de su autonomía y de sus derechos colectivos que hacía exigible la Consulta Previa. Y en efecto ordenó que aquellas actividades del Plan Nacional de Desarrollo que en su ejecución implicaran una posible

afectación de los intereses o derechos de estas comunidades, debían ser consultados con estas, lo cual hizo mediante una declaratoria de constitucionalidad condicionada.

Luego en el 2010, la Corte añadió un elemento más a esta regla de entender que toda norma de amplio alcance que afecte de manera importante derechos de las comunidades étnicas, debe ponerse bajo su Consulta; y fue que dicha Consulta debe realizarse de manera previa a su trámite legislativo. Se trató de la sentencia C-702 de 2010, que decidió la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2009.

Finalmente, mediante la sentencia C-253 de 2013 en donde analizó la constitucionalidad de la expresión “negro” y “comunidad negra” utilizada en la Ley 70 de 1993, determinó que dicha exigencia de que las leyes o normas nacionales cuyo nivel de interés o incumbencia para las comunidades étnicas sea directo y trascendente, operaba solo desde que dicha regla fue constituida, es decir, a partir de la sentencia C-030 de 2008.

1.2.1.5.3. La Consulta frente a proyectos, obras o actividades.

Particular interés representa este tema para este trabajo de investigación, pues se trata de actividades o como llamaremos en esta tesis, “intervenciones”, que si bien no son medidas legislativas o administrativas en los términos que indica el convenio 169 de 1989, se ha asumido que hay otras intervenciones que por sus implicaciones sobre la vida, territorio, cultura, economía, educación o desarrollo social de los grupos étnicos, también deben ser objeto de Consulta.

Se trata de una conclusión jurídica que se sigue de hacer una interpretación finalística del mismo convenio 169 de 1989, pues se entiende que en definitiva el espíritu de dicho organismo

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

era proteger a estos pueblos frente a amenazas o peligros que pongan en grave asedio la tranquilidad de estas personas. Lo cual nos parece absolutamente plausible, pues analizando en la práctica la vida y dinámica de estos pueblos y en particular las riquezas de sus territorios, no son fuente de riesgos únicamente las decisiones que sobre ellos tome el Estado que es el único que toma medidas administrativas o legislativas, sino que, también los proyectos, obras o actividades emprendidos por privados, son asunto que en bastante pueden llegar a afectar la vida o existencia completa de una comunidad étnica.

Adicionalmente, debemos recordar que el convenio es un documento con valor jurídico que reivindica y recuerda que sobre estos pueblos han recaído sucesos históricos, políticos, económicos, religiosos o sociales que los ha puesto en seria y objetiva desventaja frente a las denominadas “civilizaciones” occidentales, por lo que intenta superar esa condición de desigualdad en el goce de derechos. El derecho al autogobierno y la autodeterminación, son también sustrato de la Consulta Previa en cuanto que son expresiones de soberanía de estas comunidades, permitiéndoles tomar rumbo propio y autoregirse en el planeta.

La autodeterminación y el autogobierno, son derechos que ponen por encima de cualquier consideración, el interés supremo de la existencia del conglomerado étnico, garantizando el respeto de sus propias formas de vivir y entender el mundo, y ello incluye naturalmente, cualquier intervención que siendo estatal o privada, intervenga su esfera de vida en su respectivo territorio o contexto social en el que se encuentren.

Lo dicho, es solo parte de muchas razones, que jurídica o fácticamente, pueden solventar el hecho de que no solo las medidas legislativas o administrativas son objeto de Consulta, sino toda intervención pública o privada que tenga interés o incumbencia sobre los intereses y derechos de las comunidades negras o pueblos indígenas.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

En este punto, es conveniente traer a colación lo que sobre las intervenciones ha dicho la doctora Gloria Amparo Rodríguez en una revista especializada ya citada, en donde relaciona algunas intervenciones que en su sentir y de acuerdo con algunos casos concretos resueltos por la Corte, deben ser puestas bajo Consulta a estos pueblos:

“La participación que se da a través de la consulta previa es de obligatoria aplicación no sólo para los pueblos indígenas sino también para las comunidades afrocolombianas, raizales y gitanas, cuando:

- Cuando se desee expedir una orden de medida nacional, departamental, o local susceptible de afectar a estas comunidades.
- Se vayan a erradicar cultivos de uso ilícitos en sus territorios.
- Se pretendan realizar procesos de investigación científica o arqueológica.
- Las fuerzas armadas, el Instituto Nacional Penitenciario, y Carcelero, (Inpec) u organismos de seguridad del Estado que pretendan desarrollar actividades en sus territorios.
- Se desee realizar la adopción de menores de edad pertenecientes a estos grupos étnicos.
- Se pretenda otorgar autorizaciones para realizar proyectos o utilizar recursos naturales renovables en su territorio.
- Se vayan a ejecutar proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios.
- Se tramiten procesos administrativos ambientales que puedan afectarles, como por ejemplo licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades, u otorgar permisos ambientales para la utilización de recursos naturales.
- Se pretende adoptar los regímenes especiales de manejo en el caso de traslape de parques con territorios indígenas.
- En los casos de traslado de comunidades de sus tierras tradicionales a otro lugar.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

- Se realice diseño y la implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y se establezcan los planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado, para cada uno de los pueblos indígenas, señalado por la Corte constitucional. Adicionalmente, en el caso de la población afrocolombiana, cuando se realice el diseño y la puesta en marcha de los planes específicos de protección y atención para cada una de las comunidades afrocolombianas y en situación de desplazamiento y confinamiento, y el plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por esta población.

Este tema es de tanta trascendencia por ser la consulta previa un derecho fundamental y porque infortunadamente, a pesar de la cantidad de consultas realizadas hasta la fecha como lo veremos más adelante, la tendencia que se presenta es la confrontación y el conflicto en su aplicación. Por razones que tienen que ver con el alcance, el procedimiento para su realización y la manera en que lo señalado por las comunidades es tomado en cuenta la decisión final. Lo anterior evidencia las diferentes visiones que se poseen en relación con este mecanismo de participación.” (2009).

Por último, y tomando notas sobre lo que es y no es consultado en ejercicio de su derecho fundamental a los grupos étnicos, una conclusión también expuesta de la lectura de los artículos 2°, 6° y 7° del convenio 169 de 1989, es que únicamente el ejercicio jurisdiccional está exento de procedimientos de Consulta Previa.

La labor realizada por los jueces de la República por voluntad de la OIT fue excluida de dicho procedimiento o derecho fundamental, quizás entendiendo que es el Juez el símbolo de la civilización y el garante de la aplicación y cumplimiento de los más caros postulados sociales, entre ellos los derechos fundamentales.

1.2.1.6. Marco Legislativo y Reglamentario del Derecho Fundamental a la Consulta

Previa.

El despliegue normativo en materia de Consulta Previa para grupos étnicos hasta el momento ha sido dinámico, más que por intención legislativa, por necesidad de darle claridad a un derecho fundamental que en ocasiones, sobre todo al principio de su aplicabilidad, no contaba con unos procedimientos definidos para su implementación.

En otras ocasiones, ha sido objeto de reglamentaciones insuficientes o nugatorias de su verdadero espíritu. Esto principalmente por falta de un interés gubernamental en que dicho derecho de comunidades negras y pueblos indígenas sea plenamente respetado y protegido, ya que, ha sido en múltiples veces criticado por funcionarios de la rama ejecutiva⁸ al considerar que dicho derecho obstaculiza proyectos importantes para el desarrollo y progreso nacional.

Lo anterior para explicar lo dificultoso que ha sido en materia de actividad legislativa y de reglamentación de la Consulta Previa como derecho fundamental de pueblos indígenas y comunidades negras. No obstante hoy existen algunas normas jurídicas bajo las cuales ha de guiarse el ejercicio de este derecho; pero, advirtiéndolo, que si bien existen normas con el objeto de darle aplicabilidad al derecho de Consulta Previa, en realidad ha sido la Corte Constitucional en ejercicio de su labor como interprete autorizado de la Constitución, quien ha sido más eficaz en dicho propósito.

Ya tuvimos tiempo para hacer un recuento de las normas constitucionales con las que en nuestro país se sustenta jurídicamente la Consulta Previa como derecho; ahora nos corresponderá echar una mirada a las normas con rango legal y reglamentario que tratan del tema.

⁸ Incluyendo dos presidentes de la República que han criticado el derecho a la Consulta Previa por considerarlo un “tropiezo y obstáculo al desarrollo”. Uno de ellos, incluso desarrolló una campaña para derogar el convenio 169 de 1989 en el que se contempla la Consulta Previa.

1.2.1.6.1. Ley 21 de 1991.

La ley 21 de 1991 es la norma por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

Dicha norma, solo tuvo como objeto darle formalmente aprobación por el Estado al convenio 169 de 1989. Técnicamente en estos casos, la validación del convenio internacional se hace con una transcripción literal del mismo en el contenido de una ley ordinaria. En ella por lo tanto, encontramos el mismo contenido que en el convenio 169 de 1989 de la OIT, incluyendo por supuesto, las normas relativas a la Consulta Previa.

1.2.1.6.2. Ley 70 de 1993.

Esta es la ley conocida como Ley de negritudes. Es la ley mediante la cual se reglamenta o desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución, que ordenaba la titulación jurídica de las tierras ancestrales a las personas de la etnia negra en el pacífico colombiano.

El objeto de la misma se describe en el artículo primero que al tenor reza:

La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

De acuerdo con lo previsto en el párrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.

La importancia de esta norma en lo tocante con la Consulta Previa, es que contempla también este derecho de Consulta en el caso particular de las comunidades negras. En efecto en su artículo 3° numeral 3° se lee:

Artículo 3. La presente ley se fundamenta en los siguientes principios:

1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana.
2. El respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras.
3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley.
4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza. (Subrayado nuestro).

Como se verá, la formulación de este derecho es muy similar al que encontramos en el artículo 2° de la carta magna y a lo estipulado por el convenio 169 de 1989, en particular en el inciso b del artículo 6°. Mientras en la Constitución la palabra utilizada es “afectan” al igual que

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

en la ley 70 de 1993, en el convenio se utiliza la expresión “conciernen”. Pues bien, semánticamente, ambas expresiones hacen referencia a lo mismo, por lo que no cabe dudas que la ley 70 de 1993 hace alusión a la misma noción jurídica de Consulta Previa.

La inclusión de un derecho de esta naturaleza en la ley 70 de 1993 es apenas entendible. Y aún más si observamos que no es tan solo un derecho aisladamente consagrado en el corpus de la ley, sino un principio que orienta su interpretación y aplicabilidad. La ley tiene como finalidad darle cumplimiento a un mandato constitucional preciso de sanear jurídicamente la propiedad de las tierras que durante siglos estas comunidades han poseído ininterrumpidamente en el pacífico colombiano fundamentalmente; y con ello los recursos naturales que hay inmersos en estos territorios.

Al respecto de esto último, creemos que es el motivo por el cual esta ley contiene un “principio” que consagra la necesidad de hacer partícipes a las comunidades negras de aquellas decisiones que los afecten. Esto por dos cosas elementales: 1. La ley tiene por objeto primordial la titulación colectiva de las tierras a través de la figura de Consejos Comunitarios; no es más el alcance de la misma, ya que ella se deriva de un mandato del constituyente preciso y puntual. 2. Los recursos naturales no fueron incluidos como objeto de titulación y por tanto quedaron excluidos de la posibilidad de ser parte del patrimonio de los Consejos Comunitarios. Ahora, ¿por qué deviene la importancia de este principio denominado de Consulta en una ley de titulación de tierras? Porque la realidad social y política de estas comunidades indica que tienen una relación íntima, inescindible, con lo que ellos llaman el *territorio*, lo cual entienden mucho más allá del suelo que les es titulado por la ley. Para las comunidades negras, el territorio es un conjunto integrado por ríos, bosques, animales y flora de los cuales toman sus propiedades para vivir.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

La intención, pensamos nosotros, de que esta norma cuyo objeto por mandato constitucional esté bien lejano de la consagración de un derecho como el de la Consulta Previa, lo termine incluyendo, puede explicarse que si bien esta ley no otorga la propiedad sobre los recursos naturales, si ofrece la oportunidad de que las decisiones, iniciativas, proyectos, medidas administrativas o legislativas que tiene que ver con esos elementos, dada la importancia que para esta etnia representan esos recursos naturales, sean consultadas y puestas en su conocimiento. Es claro que poner en riesgo los recursos naturales existentes en las tierras de los Consejos Comunitarios, su uso indiscriminado o el envenenamiento del mismo, es poner en riesgo a las comunidades mismas quienes viven en medio de estos y se aprovechan de ellos para su pervivencia.

Es la misma lógica y razón que ampara o explica el artículo 330 de la Constitución Política en cuyo párrafo se lee 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.

Las comunidades negras tienen un aprecio especial, podríamos decir con seguridad, que de carácter espiritual por el territorio. De ello hay la más variada producción investigativa que justifica lo que acabamos de decir.

Creemos que la inclusión en la ley 70 de 1993 de un deber del Estado en hacer partícipes a las comunidades negras a través de la Consulta, de las decisiones que pueda interesarles fue acertada y no desencaja con la finalidad de la misma dada por la Constitución Política de 1991.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Traer a colación la Ley 70 de 1993, se explica porque esta ley establece las reglas fundamentales sobre las tierras que le son entregadas a estas comunidades a través de los títulos colectivos, y en el marco de la Reforma Agraria Integral, como punto 1° de la agenda de Paz, se deberá tener mucho cuidado en que lo que se pacte entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla, no vulnere los derechos consagrados en esta ley a las comunidades negras. Pero además, porque si se vislumbra una posible afectación a los territorios de las comunidades negras debido a los acuerdos firmados en la Habana en el tema de tierras, esta Ley, al traer en su artículo 3° numeral 3° el deber de aplicar el principio de consulta, será un argumento más a favor de exigir el cumplimiento del derecho fundamental de consulta previa.

1.2.1.6.3. Ley 99 de 1993.

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, además, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones relativas al uso y protección del medio ambiente.

Algunos constitucionalistas han tildado a nuestra Constitución como de carácter ecológica por su carga importante de artículos referidos a la protección del medio ambiente en el País y por considerarlo un derecho o interés colectivo. La Constitución en general es cierto que contempla un conjunto de artículos que se preocupan en ordenarle al Estado el cuidado de los recursos naturales y consagra mecanismos que le permiten al ciudadano actuar a través de acciones judiciales para hacer que el medio ambiente sea protegido. Las acciones de grupo y las acciones populares son ejemplo de dicha intencionalidad de la carta magna.

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en múltiples ocasiones reafirmando el carácter ecológico de la Constitución; en una de ellas dijo:

Sobre la naturaleza ambiental de la Carta, es pertinente tener en cuenta que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa y material de la sociedad con el medio. Por ello, la protección del medio ambiente en su conjunto ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que es plausible afirmar que la Carta contiene una verdadera "Constitución Ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente.

En el anterior sentido la Corte en Sentencia C-126 de 1998, precisó la triple dimensión que la Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano, en los siguientes términos:

“De un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares.”

Incluso, en varias ocasiones, la Corte ha insistido en la importancia que reporta el medio ambiente para el bienestar general, al punto de establecer deberes calificados de protección que permitan brindar un nivel de vida digno, tanto a la sociedad como el individuo, que contribuyan al pleno funcionamiento del Estado. (Sentencia C. Const., T-129 de 2011).

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Por supuesto que era necesario que el sistema legal y la estructura estatal relacionada con la defensa del medio ambiente fuera actualizada a las nuevas exigencias de la Constitución Política. La ley 99 de 1993 fue la respuesta del legislativo a esta necesidad y en ella encontramos también referencia a la consulta o participación ciudadana en actuaciones de interés general.

Con el nuevo orden constitucional, y la importancia que los recursos naturales y en general el tema ambiental adquiere en este, se hace imperativo que no sea un asunto exclusivo de las autoridades estatales, y por esa razón incumbe a todos y todas, dejando la posibilidad de que la ciudadanía interesada en la medida administrativa, en la licencia, estudios de impacto ambiental u otros procedimientos similares tengan acceso a estos.

El artículo 31 de la ley es claro al contemplar lo siguiente:

Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

- 1) Ejecutar las políticas, planes y programas nacionales en materia ambiental definidos por la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y del Plan Nacional de Inversiones o por el Ministerio del Medio Ambiente, así como los del orden regional que le hayan sido confiados conforme a la ley, dentro del ámbito de su jurisdicción;
- 2) Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente;
- 3) Promover y desarrollar la participación comunitaria en programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables. (Subrayado del autor).

La expresión “comunitaria” consideramos pueda deberse a la expedición tan solo unos meses antes de la ley 70 de 1993 en donde la idea de comunidades negras se hacía fuerte. En igual sentido debería entenderse por el recién reconocimiento de los Resguardos Indígenas como entidades territoriales compuesta de comunidades indígenas.

En todo caso, la alusión a este derecho es clara, aunque no esté especificado que sea para comunidades negras o pueblos indígenas es obvio que estos por ser las poblaciones que normalmente están inmersas en territorios con abundante riqueza natural sean los más beneficiados del mismo artículo.

1.2.1.6.4. Ley 1437 de 2011.

La ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Estatuto primordial para el funcionamiento de la rama ejecutiva del Estado, pues establece las reglas generales para la ejecución de los procedimientos administrativos de las entidades públicas, sin olvidar que también consagra las normas que ordenan y rigen la jurisdicción administrativa.

Cualquier procedimiento tendiente a la producción de un acto administrativo, como resoluciones, acuerdos, decretos, directivas y similares normas deberán observar las reglas establecidas en este código.

Los administrativistas sobre este nuevo código de la administración han dicho que es atemperado a la magnitud y necesidad actual de la administración pública colombiana⁹. Y más que eso, con él se intenta darle un toque de efectividad y modernidad al funcionamiento de las

⁹ Palabras pronunciadas por el profesor español Luciano Parejo Alfonso, en el acto de lanzamiento del Código. Salón Rojo del Hotel Tequendama de la ciudad de Bogotá 2011.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

instituciones públicas del Estado, incorporando herramientas como el internet para las notificaciones administrativas o la erradicación de las autenticaciones para actuar por tercera persona; son muestras de un código en sintonía con la agilidad y simpleza en los procedimientos.

Ahora, de este amplio corpus normativo, nos interesa destacar el artículo 46 que consagra lo siguiente:

Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una Consulta Previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

A nuestro modo de ver, es de resaltar y aplaudir que un código como el de procedimiento administrativo, tan tradicionalmente frío y seco con el reconocimiento de diferencias y derechos de pueblos o comunidades de especiales características como el indígena o el negro, contemple un artículo dentro de un capítulo especial que ordene al funcionario público el deber de consultar la decisión a tomar en el procedimiento administrativo al ciudadano o grupo de ciudadanos que puedan ser terceros interesados o afectados por la misma.

Del artículo es importante mencionar que la remisión que el mismo hace a la Constitución en materia de Consulta Previa es referida al convenio 169 de 1989, pues ya sabemos que el convenio hace parte de la Constitución al integrar el Bloque de Constitucionalidad, por lo que es lógico pensar que el artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo hace mención tácita de este.

Por otro lado, deja también en el convenio, la definición del procedimiento por el cual se debe desarrollar la consulta. Al respecto del punto, es importante mencionar que no hay tal

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

procedimiento con un nivel de detalle en el convenio 169 de 1989; lo que se ha podido establecer y por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, es una serie de principios y subreglas que guían y orientan la aplicación de este derecho como más adelante y de manera detenida lo veremos.

También precisamos que dicha Consulta en cuanto al número de beneficiarios el código administrativo no distingue si es atribuible a un individuo o número plural de ciudadanos. Lo que creemos es que debe tomarse en cuenta los conceptos básicos del derecho administrativo, en particular de la teoría del acto de la administración, que permiten, es más, exigen a la administración a poner al tanto del procedimiento administrativo a todo tercero que pueda verse interesado o afectado por la decisión administrativa; solo que en este caso, esa notificación de la existencia del procedimiento no es suficiente, pues con la consagración del artículo 46 se requiere adicionalmente consultarle dicha decisión.

¿Hasta dónde va la Consulta en los procedimientos administrativos? Es una pregunta que deberá responderse a la luz de la jurisprudencia constitucional y de acuerdo al caso concreto del procedimiento administrativo de que se trate. Deberá ponderarse si la Consulta a realizar en el procedimiento requiere consentimiento o no del consultado, lo que se responderá de acuerdo a ejercicios de proporcionalidad en los que se pondere el nivel de afectación que pueda tener en el administrado consultado la decisión administrativa. Por ejemplo, somos partidarios de que en los procedimientos administrativos mediante los cuales se emiten las licencias ambientales, como también lo afirma la doctora Gloria Amparo Rodríguez¹⁰ o los permisos de explotación de recursos naturales inmersos en las tierras comunales de comunidades negras o pueblos

¹⁰ Sobre el sobre el particular: Rodríguez, G. A. & Muñoz, A. L. M. (2009). La participación en la gestión ambiental. *Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

indígenas, por su alto impacto en las mismas, debe requerir de un consentimiento expreso de estas etnias. Habrá seguramente procedimientos de la administración en los que si bien se exija la Consulta porque pueda ser de interés del ciudadano o conjunto de ciudadanos, no será requisito primordial para la valides del acto el consentimiento expreso de estos, lo que se definirá por el grado o intensidad de la medida sobre los intereses del administrado, de manera que si es una decisión que interviene de manera tangencial no ameritaría la consecución del consentimiento.

Figura 1. Consulta sin consentimiento

Figura 2. Consulta con consentimiento

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Las anteriores figuras ejemplifican lo que intentamos decir acerca de las intervenciones estatales al interés del administrado mediante los procedimientos administrativos como elemento definitorio del tipo de Consulta a realizar cuando se requiera de este procedimiento.

1.2.1.6.5. Decreto 1320 de 1998.

Norma del ejecutivo por el cual se reglamenta la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

El decreto determina que la Consulta Previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2º de esa misma norma, y las medidas propuestas para proteger su integridad.

En general, luego de revisar el decreto pueden extraerse de él varias conclusiones, que por infortunio no son en favor del derecho a la Consulta Previa de comunidades negras y pueblos indígenas.

En primer lugar, se advierte el alto contenido de formalismos del decreto quedándose en exigencias de tipo formal para seguir con el procedimiento de Consulta; como es el caso de la exigencia del documento o certificación que acredite presencia de pueblos étnicos en el territorio donde se adelantará el proyecto de explotación o de construcción de obra. Lo anterior parece excesivo pues con la mera visita a la zona se puede constatar la presencia de grupos étnicos.

En todo caso, el decreto dedica buena parte de sus artículos a hacer énfasis en dicho certificado.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Por otro lado, el artículo 5° del decreto nos parece nugatorio del derecho a la consulta de grupos étnicos, en tanto que en su inciso final expresa:

En caso que los representantes de las comunidades indígenas y/o negras se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los términos antes previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación. (Subrayado del autor).

Lo anterior, es sin dudas una negación a la protección y goce del derecho fundamental a la Consulta Previa de grupos étnicos en la medida en la que un procedimiento administrativo tan sensible para estas comunidades, como lo es una licencia ambiental, puede adelantarse sin su participación. Por supuesto que dicha hipótesis es violatoria de un derecho de pueblos indígenas y comunidades negras con rango constitucional, lo que invalidaría por vicios de inconstitucionalidad el procedimiento y el acto administrativo como tal de licencia.

Entre tanto, en lo que respecta al ligero procedimiento que establece para adelantar la Consulta, hay que decir que el mismo resulta imposible de aplicar en todos los eventos de Consulta, además contradice el reconocimiento del derecho propio de estos pueblos, el cual es también reconocido como válido por los convenios internacionales, en especial el 169 de 1989 de la OIT.

El procedimiento, desconoce que lo que distingue a la variedad étnica existente en Colombia es precisamente su multiplicidad de formas y procedimientos propios e instancias de administración y gobierno interno, que distan de comunidad en comunidad; por lo que pretender que todos los procesos de Consulta se rijan por una fórmula única es desconocer la autonomía y gobernabilidad de estas comunidades, así como esa realidad pluriétnica.

Entre otras razones, la aplicabilidad de este decreto ha sido muy poca, y la propia jurisprudencia constitucional ha orientado que la ejecución o puesta en marcha de la Consulta

Previa, no solo en procesos relacionados con la explotación de recursos naturales, sino en toda Consulta, deben ceñirse a los parámetros de la comunidad consultada, ya que, de esta forma el ejercicio y goce del derecho por parte de la comunidad es mejor protegido.

1.2.1.6.6. Directiva presidencial 001 de 2010 y la 010 de 2013.

Ambas normas, han sido en cada momento, intentos desesperados del ejecutivo nacional en darle algún tipo de claridad al procedimiento que debe seguirse alrededor del ejercicio de este derecho fundamental, no logrando su objetivo propuesto, y en algunos aspectos, nugatorio del mismo.

La directiva 001 de 2010, expedida por el Presidente Álvaro Uribe, en su momento generó resquemores y desavenencias con las comunidades étnicas, incluso, fue demandada mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹¹, proceso judicial que hoy se tramita en la sección primera del Consejo de Estado y que aún está pendiente por decisión de fondo. La mencionada acción judicial fue presentada por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, la Fundación Jurídica Tierra Digna, y el suscrito maestrando mediante poder otorgado por cerca de 45 Consejos Comunitarios del departamento del Chocó.

Aunque la directiva ya fue derogada por la 010 de 2013, por ser un punto de referencia que en su momento generó controversias jurídicas interesantes, ayudando en medio del debate a avanzar en torno a su defensa y definición como derecho colectivo fundamental de los grupos étnicos, creemos importante referirnos a sus consideraciones jurídicas. Además, opinamos sano hacerlo en beneficio de la labor investigativa.

¹¹ Radicado No 11001032400020120002500

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

El acto administrativo va dirigido al Vicepresidente de la República, Ministros del Despacho, Directores de los Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores, Gerentes y Organismos del sector central y descentralizado del orden nacional que tiene como objeto la garantía del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los grupos étnicos nacionales.

De lo que se trata aquí con este acto, es de regular a través de pautas que deben seguir los diferentes órganos del ejecutivo, la implementación de los procesos que garantizan el derecho fundamental de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes en Colombia. En esta directiva, se define qué es considerado Consulta Previa; que está y que no está sujeto a la misma; cuándo se debe realizar y cuál es la entidad encargada en Colombia de coordinar y garantizar estos procesos.

La directiva presidencial en cuestión, anula desde su expedición, el núcleo esencial de la Consulta Previa, como lo veremos en seguida.

Puede predicarse de la directiva presidencial 001 de 2010 su contrariedad con el convenio 169 de 1989 de la OIT, en razón a que dicho acto violó el derecho de Consulta Previa que debe realizarse a los pueblos étnicos en toda actuación legislativa o administrativa del Estado. La Directiva 001 de 2010 expedida por el doctor Álvaro Uribe Vélez, presidente de la República en ese momento, no fue consultada con ninguna de las autoridades representativas, y en todo caso, con las comunidades indígenas y negras a quienes se les aplica el convenio 169 de 1989. Sobre el último punto resulta evidente que según lo que se puede leer del convenio 169 de 1989 de la OIT y todo lo expuesto hasta el momento, los Estados deberán consultar a estos pueblos cualquier actividad sea legislativa, o como es el caso administrativa, que los afecte o pudiera afectar en sus intereses y derechos. No cabe duda que la naturaleza de la Consulta

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Previa, la hace un tema de exclusivo interés para estos pueblos, por lo que resulta lógico que si se va a expedir un acto administrativo en el que se determinan pautas para que se desarrolle la propia Consulta Previa, a la luz del convenio y de la ley 21 de 1991 y tanta jurisprudencia de la Corte en la materia, este acto administrativo debió ser consultado con dichos pueblos.

Resulta eso sí, paradójico, que un acto administrativo atinente a la Consulta Previa, no sea consultado con los grupos étnicos, resultando así, ilegal a nuestro modo de ver.

Cabe en este momento precisar que la vulneración de este principio *iusfundamental*, no sobreviene solo porque para la expedición de este acto no se le haya consultado a los pueblos que se les debió consultar, sino además, porque el contenido mismo de la Directiva rompía el cuello a ese núcleo esencial establecido por la Honorable Corte. Evidencia de ello era la misma directiva cuando consagraba:

Si bien es cierto que la realización del proceso de Consulta Previa en los casos previstos en los acuerdos internacionales es obligatoria, los Grupos Étnicos Nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos.

A nuestro parecer, esto resulta abusivo con los criterios desarrollados por la Corte a cerca de los alcances de este derecho fundamental. Parece un despropósito que a través de un acto administrativo se desconozcan fallos de la Corte Constitucional violentando así el principio de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, y limitando el campo de acción de un derecho fundamental sin contar con esa potestad.

Por lo tanto y de acuerdo a las explicaciones anotadas, siendo la violación de un derecho fundamental constitucional, como es el caso de la Consulta Previa para indígenas y afrodescendientes, nos encontramos ante la vulneración de normas positivas de superior

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

jerarquía y que se constituyen en parte fundamental del principio de legalidad, no exclusivamente formal, si no de ostensible carácter finalístico.

Concluyendo, podemos afirmar, que este acto administrativo de la Presidencia de la República, fue desacertado, en tanto que violó normas de superior jerarquía, si se tiene en cuenta que contradice el convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual integra el Bloque de Constitucionalidad como ya apuntalamos; y porque dicho derecho fundamental, muta en un procedimiento previo que debió surtir para que este acto fuera legal o válido.

Hasta lo visto, se puede decir que no ha habido claridad en la reglamentación de este derecho por parte del gobierno nacional; es más, siempre se ha hecho uso de normas jurídicas incorrectas para su desarrollo legal. Siendo la Consulta Previa de comunidades negras un derecho de rango fundamental, por mandato de la ley superior, su desarrollo legal o reglamentación deberá hacerse mediante ley estatutaria, según nos lo dice la disposición 152 de la carta:

Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.

Sin embargo, como hemos visto, se han emitido leyes ordinarias, códigos, y hasta directivas presidenciales, como en el caso particular, con el pretendido de darle reglamentación, violentando así la Constitución en el aparte que acabamos de citar.

Por lo que se ve, no es muy gratamente recordada dicha directiva. Y creemos que con sobradas razones fue duramente criticada, pues aspiraba a más de lo que podía.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

En cuanto a la directiva 010 de 2013, está expedida por el actual Presidente Dr. Juan Manuel Santos Calderón, quizás con la lección aprendida de la anterior directiva presidencial, no aspiró a mucho y tan solo se atrevió a dictar pautas realmente generales, que no intervienen directamente en el derecho o su definición y alcance como si lo hizo la del doctor Uribe Vélez; sino que, se reservó solo a referirse al aspecto meramente formal que debían seguir las instituciones públicas que se vean involucradas en este procedimiento.

En lo que tiene que ver con las entidades públicas, la Consulta Previa según esta directiva puede dividirse en 5 fases o etapas:

- Certificación de presencia de comunidades étnicas,
- Fase de coordinación y preparación,
- Preconsulta,
- Consulta previa,
- Seguimiento de acuerdos.

Según la directiva, cada una de estas fases tiene un propósito u objeto fundamental.

a) ***Certificación de presencia de comunidades étnicas.*** Determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no presencia de una comunidad étnica según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas.

b) ***Fase de coordinación y preparación.*** Identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA que se consultará, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación.

c) Preconsulta. Realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas.

d) Acuerdos. La realización de un diálogo entre el Estado, el Ejecutor y las Comunidades Étnicas, para que la DCP asegure el cumplimiento del deber de garantizar su participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones de POAs que puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

e) Seguimiento de los acuerdos. Asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas.

No hay duda, de que en esta ocasión, el ejecutivo nacional prefirió no entrar a terrenos en los que no estaba autorizado deambular, y en su caso, y de manera atinada, decidió solo determinar orientaciones a seguir por parte de las entidades públicas evitando con ello entrar en definiciones que no le corresponde.

De la misma manera, enmarcó un conjunto de instrucciones muy generales que intentan ser respetuosas de las decisiones y jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, pero sobre todo, de aquella interpretación de la misma Corte, que indica que son las propias comunidades las que definen sus reglas de juego, procedimientos y metodología de cada Consulta, pues finalmente, la Consulta como derecho étnico y colectivo, es una reafirmación del carácter especial de cada pueblo, y con él, de sus propias costumbres y reglas sociales.

1.2.1.6.7. Proyecto de Ley Estatutaria para la reglamentación del derecho de Consulta Previa de los grupos étnicos.

Hoy se conoce de un proyecto de ley estatutaria que hace su curso respectivo en el Congreso de la República con el objeto de darle real reglamentación a la Consulta Previa como derecho fundamental de los grupos étnicos, sin que se note mucho interés por el legislativo en darle final aprobación.

Aunque hasta el momento es solo un proyecto de ley estatutaria, y seguramente será objeto de variadas modificaciones en su trámite y discusión ordinaria, del texto de la propuesta es preciso comentar:

1. Su aplicación procede solo en favor de sujetos colectivos o lo que es lo mismo, comunidades étnicas. Tal cual lo hemos afirmado nosotros con anterioridad.
2. Establece unos casos en donde será imperativo conseguir el consentimiento de la comunidad para proseguir con la medida objeto de Consulta.
3. Mantiene el formalismo de la certificación de existencia de comunidades étnicas en el territorio donde se pretenda realizar la obra. Insistimos es un requisito innecesario que puede generar trabas en los procesos de Consulta.
4. Crea una Asamblea de Consulta Previa, de la cual no especifica si es interétnica y cómo se constituye.

En general el proyecto de ley creemos hace aportes importantes y contempla los avances y algunas pautas que desde hace varios años la Corte Constitucional ha venido dictando. Sin embargo, por ser solo un proyecto de ley, se estima conveniente hacer una alusión general al mismo como acabamos de hacer, ya que sus modificaciones en el trámite legislativo pueden variar completamente el texto y espíritu de la ley estatutaria.

1.2.1.7. Objeto del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de las Comunidades Negras.

La Consulta Previa es un mecanismo que busca salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y comunidades negras que habitan el territorio colombiano. Esta tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la implementación de cualquier tipo de proyecto para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio o por la aplicación de alguna medida administrativa o la expedición de una ley que incida gravemente en sus vidas, como ya hemos tenido oportunidad de ver.

La Consulta Previa por lo tanto, es un procedimiento-derecho mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades representativas de los grupos étnicos, la participación y el acceso a la información sobre el programa o proyectos que se pretendan aplicar o realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los efectos positivos y negativos de los mismos.

1.2.1.8. ¿Cuándo procede?

La Consulta Previa se realizará cuando la medida legislativa o administrativa o el proyecto, obra o actividad toque intereses o afecte los derechos del sujeto colectivo denominado comunidad negra. Igualmente, se realizará Consulta Previa cuando se intente adelantar un proyecto, obra o actividad que se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, puesto que lo importante no es la demostración de un título jurídico que acredite la propiedad sobre la tierra habitada, sino la comunidad misma. Este es un derecho dirigido fundamentalmente a salvaguardar la integridad de estas comunidades, por ello lo importante es saber si el territorio está o no habitado por personas pertenecientes a estas comunidades, más allá de una certificación que emita alguna institución estatal, ya que estas en múltiples ocasiones se han emitido negando la existencia de pueblos étnicos por no identificar Resguardos Indígenas o Consejos Comunitarios constituidos, hecho que por supuesto ha generado escenarios muy problemáticos¹².

De acuerdo a lo establecido en el convenio 169 de la OIT la Consulta Previa se debe realizar, cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas u OPA que puedan afectar a los pueblos indígenas.

El carácter de previo, indica que la Consulta debe someterse a los grupos étnicos antes de que la medida administrativa, legislativa o proyecto de explotación o afectación de sus territorios, sea adelantada, lo contrario, significa a la luz del Convenio 169 de 1989 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte, una violación al núcleo esencial del derecho fundamental, puesto que la temporalidad en estos casos, resulta determinante en el goce del derecho. Lo que se dice,

¹² Como lo sucedido en caso que tuvo que resolver la Corte Constitucional mediante la acción de tutela T-880 de 2006.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

no es más que entender que la Consulta, y cada uno de los pasos que a ella generalmente la componen, sigue la finalidad de establecer las consecuencias jurídicas y fácticas que sobre el pueblo o comunidad étnica tendrá la medida sometida a consulta.

1.2.1.9. Procedimiento.

En cuanto al procedimiento específico por el cual se hace efectivo este derecho, es decir, el paso a paso de la Consulta Previa, hay que decir que no hay una formula única o un procedimiento uniforme que sea exactamente el mismo en todos los ejercicios de Consulta. Ello por la elemental razón de que la Consulta se realiza por comunidades, en los casos de obras o proyectos regionales y locales, los cuales afectarán a comunidades específicas, las que seguramente tendrán un conjunto de instituciones particulares y sus procedimientos internos muy singulares.

Por lo que se tendrá claro que es posible que una Consulta Previa cuyo objeto sea la tala de un número específico de árboles para la extracción de madera, por una misma empresa, con los mismos instrumentos, el mismo personal, idéntico presupuesto etc. En dos comunidades distintas, arroje acuerdos y resultados distintos. Puede ser incluso posible que una comunidad esté de acuerdo con la tala de los árboles y la otra niegue o rechace completamente el proyecto maderero.

Esa realidad ha sido interpretada de manera acertada por nuestro Tribunal Constitucional, quien ha señalado que los procesos de Consulta Previa, en cuanto a sus fases y etapas serán determinados comunidad por comunidad, atendiendo las especificidades de la comunidad consultada; ello para garantizar su derecho propio y prácticas tradicionales.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Esto porque la riqueza cultural que distingue a nuestro país, y que es expresamente reconocida por nuestra Constitución implica esa variedad de cosmovisiones de nuestras comunidades indígenas o afrodescendientes.

No obstante, el 27 de agosto de 2013, en la ciudad de Quibdó, se realizó el Primer Congreso Nacional Autónomo para la Conformación de la Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana. En este espacio se eligieron 109 delegados distribuidos. En este espacio comunitario, se estableció un Protocolo de Consulta, que contiene los principios rectores, reglas y procedimientos establecidos por este pueblo para todo ejercicio de Consulta; por lo que sería este documento, el llamado a ser aplicado en todos los procesos de Consulta que sigan en adelante mientras no se apruebe la Ley Estatutaria reglamentaria de este derecho fundamental.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-576 de 2014 decidió en su parte resolutive, que mientras no exista una Ley Estatutaria aprobada que reglamente este derecho, para efectos de los intereses de las comunidades negras, los ejercicios de Consulta que se adelanten, observarán lo dispuesto en este Protocolo comunitario.

1.2.1.10. La particularidad de las consultas en medidas de alcance nacional.

Cosa distinta es en el tema de Consulta de medidas legislativas o administrativas de alcance nacional, en las que se pone bajo Consulta una actuación estatal general y abstracta, como lo es una norma con rango de Ley, sea decreto-ley o ley propiamente dicha. En este caso, consideramos que hay sustanciales diferencias entre una Consulta de obra o actividad regional y

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

local, con una cuyo objeto de Consulta es la actividad legislativa o la potestad reglamentaria del ejecutivo como ejemplo de medida administrativa de alcance nacional.

En principio, es problemática la idea de que una ley sea consultada a un grupo específico de la población, en razón a que la teoría constitucional clásica nos enseña que el legislador es la voz de la soberanía popular y por tanto, a través de este se expresa la voluntad general. El legislador, quien es elegido en nuestro País de manera directa, por circunscripción nacional para el caso del Senado y por circunscripción departamental para la Cámara de Representantes, está dotado de toda la soberanía que un régimen de democracia directa como el colombiano puede otorgarle a su parlamento, por lo que puede afirmarse que el legislador es autónomo y soberano en su ejercicio de producción normativa.

A nuestro modo de ver, no es un requisito en los procesos de Consulta de medidas legislativas que se obtenga el consentimiento de las comunidades consultadas, esto, porque el tipo de Consulta adelantada en este caso, tiene como único propósito garantizar la participación de estas comunidades en el proceso de construcción de la Ley. Exigir su consentimiento para que el legislador pueda cumplir con su función estatal, sería deslegitimar el parlamento mismo y desconocer la soberanía y autonomía legislativa de la cual goza por mandato constitucional. No puede verse con buenos ojos, que la actividad legislativa de un Estado, sea virtualmente paralizada por un sector de la población nacional, en un tema que como las leyes, interesan a la comunidad nacional.

Sin embargo, lo que si queda claro, sobre todo luego de las sentencias estudiadas sobre la aplicabilidad de la Consulta en el caso de Leyes del Congreso, es que obviarla o realizarla en forma precaria o deficitaria, sería un vicio de inconstitucionalidad de la ley misma que amenazaría inexequibilidad.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Mayor dificultad tiene la idea si se recuerda que en ambas cámaras de nuestro parlamento hay representantes de comunidades negras y pueblos indígenas, las llamadas circunscripciones especiales de minorías étnicas. El problema jurídico es, ¿cómo justificar que bajo estos dos argumentos en contra de la Consulta Previa de normas legales, o en todo caso de alcance nacional, en efecto esta termine exigiéndose cuando se trate de una norma jurídica nacional cuyo objeto sea de interés de estos pueblos étnicos?

Y en los asuntos del Ejecutivo Nacional, en uso de sus potestades emanadas de la Constitución Política, como en efecto lo es la facultad reglamentaria de las leyes, lo cual hace a través de decretos típicamente administrativos y por tanto desde el lenguaje del convenio sujeto a Consulta, la idea parece ser invasiva de este tipo de funciones que históricamente se han visto tan naturales en estos órganos del poder público, que no deja de ser casi obligada la pregunta sobre la pertinencia y necesidad de este derecho fundamental.

Mayor dificultad o por lo menos escandalosa resulta la idea cuando todas estas reglas de procedibilidad y la dogmática de la Consulta Previa como institución jurídica *iusfundamental*, para el caso de los diálogos de la Habana sostenidos por el Gobierno Nacional con las FARC-EP, que atañe al País entero, que involucra la materialización de un derecho constitucional de todos los ciudadanos residentes en Colombia como lo es la Paz, termine finalmente sometándose a una Consulta específica con sectores específicos de la población nacional? La pregunta por supuesto, eje de esta investigación, no deja de ser llamativamente provocadora, pero que de alguna manera debemos superar sea dándole una respuesta positiva o negativa desde el campo eminentemente jurídico, lo cual aspiramos hacer con total claridad. Sin embargo, este espinoso tema, será detenida y pacientemente esclarecido en el último capítulo de este trabajo.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

La posible respuesta proviene de dos razones: 1. Una de carácter positivo, y es que es la misma Constitución a través de sus normas contenidas en el bloque de constitucionalidad quien lo consagra. Es el mismo convenio 169 de 1989 de la OIT insertado en nuestro **acordeón constitucional** el que dispone que serán consultadas las medidas legislativas o administrativas incluyendo naturalmente las de alcance nacional, que impacten los intereses de comunidades negras y pueblos indígenas. 2. Que esta exigencia es compatible con principios constitucionales y fines estatales expresamente consagrados en la Constitución, como la protección de la riqueza cultural de la Nación, la participación ciudadana, el pluralismo democrático y la justicia material.

Lo anterior puede traer como conclusión, que hay por su alcance, dos tipos de Consulta Previa: 1. Aquellas en las que se requerirá el consentimiento de la comunidad consultada, como es el caso de obras de construcción, licencias ambientales, permisos de explotación minera, creación de municipios y demás en las que haya un riesgo inminente de que la comunidad sea desplazada o amenazada en su existencia y en los casos debidamente señalados por la Corte e incluso en la directiva presidencial 010 de 2013. 2. Aquellas consultas en las que no se requiera el consentimiento del sujeto colectivo consultado, sino, que es de naturaleza participativa, como en las expediciones de normas con rango legal.

Ahora, el análisis hecho sobre este tipo de medidas, o conocidas OPAs o medidas y proyectos administrativos y legislativos, resulta de gran interés para este trabajo, ya que, como veremos en el análisis puntual de cada uno de los puntos de la agenda temática discutida por el Gobierno y las FARC-EP, puesto que como propondremos, los procesos de Consulta Previa a comunidades negras que resulten del tema de los diálogos de Paz, se derivarán de medidas

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

administrativas o legislativas, políticas públicas, obras, proyectos o programas que materialicen los consensos efectuados entre las partes.

En todo caso, lo importante en los procesos de Consulta Previa como ejercicio de un derecho fundamental de comunidades negras en los casos que se requiera el consentimiento, es que este sea obtenido de manera libre e informada, y que la misma se desarrolle de manera previa al proyecto, obra, licencia u otra actividad objeto de Consulta. Esto se extrae de lo dicho por la Corte Constitucional cuando afirmó:

Como se pudo apreciar en la jurisprudencia relacionada, la Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la Consulta Previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la Consulta Previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. (Sentencia C. Const., T-129 de 2011).

Muy bien, creemos haber agotado hasta aquí, cada uno de los elementos trascendentales, distintivos y más característicos de la Consulta Previa como derecho *iusfundamental* de comunidades negras y pueblos indígenas; o por lo menos, los que consideramos claves para la resolución de esta investigación jurídica.

Como se anunció en la introducción de este trabajo, el primer capítulo estaba destinado a hacer una aproximación teórica de la Consulta Previa como derecho de los grupos étnicos, es decir comunidades negras y pueblos indígenas, apoyado fundamentalmente, en el desarrollo dado por nuestro tribunal constitucional a ese derecho, así como su alcance y procedibilidad.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Ahora, corresponde empezar a descender en el trabajo de investigación en concreto, y con ello, indagar y dar respuesta a la pregunta que se hace piedra de toque en esta investigación: ¿es procedente un derecho de Consulta Previa de comunidades negras en las negociaciones de paz que adelanta el gobierno colombiano con las FARC-EP en estos momentos?

Como aclaramos desde la introducción de este trabajo, solo haremos la revisión de la procedibilidad de la Consulta Previa como derecho fundamental en el proceso de Paz entre las FARC-EP y el gobierno colombiano, con respecto de las comunidades negras.

Esta pregunta, será prolijamente abordada en las páginas siguientes, con las que daremos conclusión al presente trabajo académico.

CAPÍTULO II.

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO *IUSFUNDAMENTAL* FRENTE AL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP

2.1. Génesis del Conflicto con las FARC-EP.

No es este el trabajo académico ni investigativo para abordar cada una de las causas que generaron el actual conflicto político y armado que enfrenta el Estado colombiano con las guerrillas; o abordar exhaustivamente las raíces del mismo. No. Una pretensión de ese tipo, sería más propia de un trabajo sociológico si se quiere, dedicado de manera exclusiva a estudiar los motivos históricos de la guerra interna colombiana.

Tampoco es nuestra tarea, explorar detenida y minuciosamente las circunstancias sociales, políticas o militares que dieron nacimiento a la guerrilla de las FARC-EP en especial. Pero si es pertinente, para gracia de un trabajo investigativo serio, indagar somera pero suficientemente en la historia, de cómo es que aparece este grupo guerrillero que por más de 50 años persiste en la guerra, y finalmente hoy, se encuentra sentado en la Habana frente al gobierno colombiano para hablar de dejación de armas y de Paz perpetua.

2.1.1. La periodización de la violencia en Colombia. Así pues, entraremos a abordar la génesis y aparición en Colombia de lo que hoy se conoce como FARC-EP, no sin antes revisar hechos ineludibles en ese relato histórico en el cual aparece este grupo guerrillero. Para el profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Carlos Medina Gallego, la historia de la violencia en Colombia puede verse por grandes periodos de tiempo, y que según dice son:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

1. Primer Periodo: Orígenes de actores y conflictos sociales y políticos del siglo XX (1903- 1929).
 2. Segundo Periodo: Retorno de los conflictos interpartidistas y la violencia (1930-1957).
 3. Tercer Periodo: Conflictos sociales y político-ideológicos (1958-1977).
 4. Cuarto Periodo: “Enrarecimiento y degradación” de los conflictos. (1978 al presente).
- (2010, p. 18).

Siendo el tercer periodo en el que aparece este grupo guerrillero. En todo caso, la idea que domina su trabajo investigativo y académico es que la guerra que hoy sufre Colombia con las guerrillas está anclada en la inequidad de la propiedad de la tierra fértil y productiva, y una débil por no decir nula política de apoyo al campesino:

La tierra se va convirtiendo al lado de la necesidad de una reforma agraria democrática en el eje esencial de los problemas agrarios y razón de las luchas campesinas, que atraviesan el siglo XX e instituyen una de las causas centrales de la violencia y la guerra. (2010, p. 22).

Abordando ya cada periodo, el primero se caracteriza desde la primera década del siglo XX, en el que aparecen movimientos huelguísticos liderados por obreros del sector portuario y ferroviario. Lo cual es severamente reprimido por las grandes empresas y empleadores, no sin que dicha iniciativa obrera desfalleciera, por el contrario se acrecia, tanto que en 1919 logra que la huelga sea declarada un derecho laboral en Colombia. Luego de ello, el propósito sindical fundamental era constituir un órgano nacional que permitiera la unidad de acción de todo el sindicalismo colombiano; lo cual se presentaba a la par de los acercamientos más claros cada vez, a las ideologías socialistas.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Desde comienzos pues del siglo XX, la idea de una vanguardia de la “Revolución en Colombia” siempre giró en torno a la necesidad de constituir un gran partido político de la clase obrera; es así como dicha idea finalmente madura y toma forma real con la aparición del Partido Socialista Revolucionario (PSR), el cual para 1926 ya está afiliado a la Internacional Comunista. Para Medina Gallego, la importancia que se le atribuye al PSR es ser la matriz de la cual nace el Partido Comunista Colombiano. Este periodo finalmente se sella al término de la segunda década del siglo XX.

El siguiente periodo de violencia descrito por el profesor de la Universidad Nacional de Colombia, se marca en la historia del País desde el 7 Junio de 1929 al 10 de Mayo de 1957. Durante este lapso retorna al poder el partido liberal gobernando de 1930 a 1946, a través de las administraciones de Enrique Olaya Herrera(1930-1934), Alfonso López Pumarejo (1934-1938 y 1942-1945), Eduardo Santos (1938-1942) y Alberto Lleras Camargo (1945-1946).

En este periodo, son las luchas sociales entre terratenientes, gamonales y sectores empresariales (oligarquía) y los sectores campesinos y populares en la lucha por la tierra y modificación de las condiciones de vida y trabajo las que activan la violencia, incrementada con la pugna por el control estatal y territorial, dada la pérdida de los liberales del gobierno y el surgimiento de un liderazgo popular creciente representado en Jorge Eliecer Gaitán y su movimiento. (Medina Gallego, 2010, p. 25).

La muerte de este líder popular, en abril 9 de 1948, provoca el recrudecimiento de la violencia entre liberales y conservadores, que deja decenas de miles de muertos por todos los rincones del País. Dicha crisis, aunada a las disputas intestinas en el partido Conservador termina siendo latente el 13 de junio de 1953 cuando el general Gustavo Rojas Pinilla decide tomarse el poder violentamente materializando un golpe de Estado.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Una vez en el poder, el general Rojas genera las condiciones para dos grandes hechos que marcan de manera importante este periodo: 1, la búsqueda en distensionar la violencia bipartidista ofreciendo amnistías a las recién formadas guerrillas liberales y comunistas, y 2, el pacto bipartidista entre liberales y conservadores latente en el denominado FRENTE NACIONAL, acuerdo por el cual ambos partidos se alternarían durante 16 años el poder en el País, que dejó para la historia como presidentes en su orden cronológico a: Lleras Camargo, Guillermo Valencia, Lleras Restrepo y Pastrana Borrero.

De este periodo, deben resaltarse algunos ingredientes que sumaron a la efervescencia del conflicto por aquella época. Por un lado, gobiernos duros y que exacerbaban la violencia como el de Laureano Gómez del Partido Conservador en 1949, quien inicia un mandato con mano de hierro, que persigue y recrimina brutalmente la ya aniquilada oposición. Entre tanto, si bien habían marcadas disputas entre los dos partidos mayoritarios, al interior de estos el ambiente también era hostil, lo cual agravó aún más la violencia en cada pueblo y vereda colombiana. La aparición de grupos de intelectuales que se preocuparon más por exacerbar la guerra civil que por ponerle freno, como el denominado grupo conservador conocido como “Los Leopardos”. El intento de los gobiernos liberales por institucionalizar algunas de las reivindicaciones campesinas pedidas a gritos en décadas pasadas, como la vista mediante la Ley 200 de 1936 por la cual se dio una reforma agraria, cuya discusión empezó con Henríque Olaya Herrera hasta que Alfonso López la expide, fue un hecho visto como provocador al sector patronal, empresarial y ante todo, a sectores retardatarios del Partido Conservador.

Sin embargo, un punto clave en la historia que nos interesa en este trabajo, fue la “traición” institucional en el periodo de Rojas Pinilla, a los guerrilleros liberales y comunistas que atendieron el llamado de pacificación hecho por el gobierno, y que terminó con la muerte

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

impune de destacados líderes y comandantes guerrilleros como Guadalupe Salcedo luego de que estos firmaran la amnistía y dejaran las armas. Lo cual a la postre, impediría que nuevos intentos de amnistías con estos grupos no tuvieran éxito, ya que la confianza estaba irreconciliablemente rota, por lo menos hasta la década de 1980.

2.1.2. Aparición de autodefensas campesinas como embrión de las FARC-EP.

Incrustada en la tercera fase de la violencia colombiana, y posterior a la muerte de grandes líderes guerrilleros liberales una vez que entregaron las armas, la historia de las FARC, surge dando inicio a la organización de un grupo de familias campesinas que se defienden de la ola de violencia desatada por el partido conservador, quien, desde el gobierno, fustiga cruelmente a todo aquel que bajo el rótulo de “chusma” no comparta la membresía de su partido.

Las FARC, dentro de la historia de la violencia colombiana, tiene, a su vez, una propia historia, también marcada, curiosamente, por periodos internos, que reflejan cambios sustanciales en su maduración política, de estructura de mandos y estrategia militar. Podríamos decir, a la par del profesor Medina, que sus propias fases de consolidación como grupo guerrillero de corte marxista comprende las siguientes franjas de tiempo:

1. De las autodefensas campesinas a la creación del Bloque Sur y la expedición del Programa Agrario de las Guerrillas de Marquetalia. 1948-1964. Primera Conferencia.
2. Del Bloque Sur a la constitución de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. FARC. 1964-1966. Segunda Conferencia.
3. Las FARC: Reveses y reconstituciones. 1966- 1974. Tercera Conferencia. ! Consolidación orgánica y Plan Nacional Militar. 1974-1982. Cuarta, Quinta y Sexta.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

4. Conferencia. De su constitución a la Plataforma de un Gobierno de Reconstrucción y Reconciliación Nacional de las FARC-EP. 1982-1993. Séptima y Octava Conferencia. ! FARC-EP de su Plataforma y Agenda Común por el cambio para una Nueva Colombia al Plan Colombia y Patriota. 1993-2006. (Medina Gallego, 2010).

En lo que respecta a este trabajo, revisaremos rápidamente solo las primeras dos fases o periodos.

En verdad, el origen de las FARC, parece increíble, pues desde la concepción de los fines del Estado, donde este como ente abstracto de regulación social, debe cumplir con la satisfacción de unas mínimas necesidades de la humanidad local; lo afirmamos así, porque el grupo de familias, fundacional de las llamadas autodefensas campesinas y futuras FARC, se refugia en una zona selvática como consecuencia de la inconsecuencia estatal; amenazados por un establecimiento que en lugar de protegerlos, los persigue y amenaza. Quizás, esa puede ser la síntesis de ese periodo. Jaime Guaracas, uno de esos primeros campesinos perseguidos por el Establecimiento autoritario de aquel momento, narra así lo que se vivió por esos días:

Fueron las circunstancias, dice Jaime Guaracas, la necesidad de defender la vida la que nos obligó a convertirnos en guerrilleros. Lo importante en ese momento era defender la vida porque los bienes materiales no se podían defender. En el sur del Tolima quedaron regiones enteras desoladas no solamente de semovientes y cultivos sino también de gente porque todas las familias huyeron y las que no lo hicieron fueron asesinadas. (Arango, Carlos, 1982, p. 138)

Los niveles de despropósito de la dirigencia conservadora de aquella época, cruzaba largamente los límites de la humanidad y bordeaba la barbarie descaradamente, según sigue el testimonio del mismo Guaracas:

“...se escapaba más fácil un perro que un niño porque los conservadores decían que un perro no tenía posibilidad de convertirse en liberal y en cambio un niño sí...” (Arango, Carlos, 1982. p.140).

Ciro Trujillo, quizás el líder más destacado de aquella época de violencia incesante, junto a Manuel Marulanda, descarnadamente describía lo vivido:

1. “Los chulavitas llegaban en busca de quienes alguna vez habían hecho campaña política a favor de Jorge Eliécer Gaitán.... en todas partes había persecución contra liberales y comunistas. No era posible encontrar un lugar de bonanza en medio de la tempestad que crecía. No era posible organizar trabajo pacífico en alguna parte... La casa había sido incendiada y saqueada. Mis familiares seguían labrando la tierra con testarudez y de noche se refugiaban en el rastrojo o en el monte, donde construían pequeñísimos ranchos que techaban con hojas o pasto. Muchas familias más estaban en las mismas condiciones. Los ganados habían sido robados, los enseres domésticos, las aves de corral. Todo. Doscientos y hasta quinientos hombres que de vez en cuando hacían su aparición a nombre de la autoridad, de la religión, de la Patria ejecutaban la consigna de tierra arrasada!” (Medina Gallego, 2010).

Esa violencia, que empujó a estos campesinos a refugiarse con pocos pertrechos, escases de alimentos y nula preparación militar, se vivió con todo su rigor en veredas del sur del Tolima como El Davis, San Miguel, El Támara, Herrera, Bilbao, Riochiquito, El pato, Guayabero, Marquetalia.

2.1.3. Influencia comunista en las autodefensas campesinas. A esta situación vivida por los campesinos liberales perseguidos, se suman como voz de apoyo muchos sectores, pero entre ellos, y por su marcada influencia que en el transcurso de la historia tendrán en las FARC, destacamos la del Partido Comunista Colombiano, que el 7 de noviembre de 1949 por el Comité Ejecutivo del PCC dijo sobre dicha situación:

Hay que organizar, de inmediato, en todas partes comités, comandos y brigadas para la defensa de la vida y de las libertades ciudadanas, en los barrios, fábricas, transportes, minas, haciendas, ingenios, veredas, para que las masas obreras y campesinas estén en capacidad de dar una respuesta efectiva y contundente a los agresores reaccionarios. (Medina Gallego, 2010).

Poco a poco, bajo figuras denominadas Ligas Campesinas, con influencia de los comunistas, estos pequeños grupos campesinos que se agrupaban inicialmente solo para defenderse, empiezan a ser organizaciones de masas con un dominio territorial claro, para pasar luego a guerrillas móviles con un objetivo más allá de solo defenderse. La más destacada de esas guerrillas móviles recién aparecidas, es la representada por el grupo de campesinos de Marquetalia, cuya resistencia fue ejemplo para muchos otros focos de campesinos, y que posteriormente, sería base de lo que hoy se conoce como FARC-EP.¹³

El nivel de organización de estos grupos de guerrilleros campesinos, va elevándose de manera gradual, alcanzado en 1950 una instancia cuyas claras pretensiones son unificar mandos y accionar guerrillero, dando así creación al Estado Mayor Unificado de la Guerrilla. (Medina Gallego, 2010, p. 51).

¹³ A este respecto puede leerse FARC-EP. Las autodefensas: De unas a otras hay mucho trecho. en: REVISTA RESISTENCIA No.30.Edición Internacional (jul-oct 2002). AH-FARC-EP-sección libros.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Sin embargo, había claramente dos tipos de guerrillas campesinas distinguidas por sus ideologías políticas: unas liberales y otras comunistas. Las primeras lideradas por Pedro Antonio Marín (Manuel Marulanda Vélez)¹⁴ y las segundas al mando de Ciro Trujillo. Estas, poco a poco a través del llamado Estado Mayor de Guerrillas, van relacionándose cada vez más, pues finalmente tenían un enemigo común. A la postre, con el pasar del tiempo se haría invisible dichas diferencias ideológicas que terminarían sintetizándose en pensamientos marxistas-leninistas.

A este acercamiento, se suma además que a principios de 1953 llegan a la zona Martín Camargo y Pedro Vásquez Rendón, cuadros delegados del Comité Central del PCC que había sido recientemente declarado como ilegal, quienes compartían la tesis de la lucha armada como medio para la consecución del poder en Colombia. Posteriormente el 11 de abril de 1964, solo unas semanas antes de iniciarse la operación del Ejército que pretendía arrasar con el movimiento agrario de Marquetalia, llega una comisión compuesta por Jacobo Arenas (Juan Morantes) y Hernando González Acosta enviada por el Partido Comunista que parte desde Girardot y que serían recibidos personalmente por Manuel Marulanda.

¹⁴ Cuando llega la etapa de la violencia, Pedro Antonio Marín, quien con el tiempo sería conocido como Manuel Marulanda Vélez, vivía con sus padres en la Gaitanía. En el momento que los conservadores comienzan a perseguirlos para matarlos por su condición de liberales, Pedro Antonio, que ya esta contactado los Loayza que son sus primos, se lleva la familia para la Ocasión donde tienen asiento los guerrilleros liberales y más tarde para El Davis donde hay liberales y comunistas. La familia Marín como muchos de los campesinos liberales de esa región vive durante años la crudeza de la violencia a través de la persecución, el asesinato, el incendio de sus casas y las prácticas de terror y despedazamiento de los cuerpos que caracteriza esa época. Cuando viene la amnistía de Rojas Pinilla, la Familia Marín, que se ha refugiado en el monte para sobrevivir a la barbarie, sale de nuevo a la ciudad. Solo Pedro Antonio Marín permanece en la guerrilla. *Ibíd.*

2.1.4. Marquetalia, aparición del Bloque Sur e inicio de la guerrilla de las FARC-EP.

Conocida la decisión del gobierno nacional de atacar Marquetalia y aniquilar la resistencia a través del envío de 16.000 soldados, los campesinos deciden conformar una dirección militar cuyo Estado Mayor de Marquetalia estaría a cargo de Manuel Marulanda, Isaías Pardo, Tula Pardo, Darío Lozano, Jaime Guaracas, Joselo, Eduardo Lozada, Chucho Nazareno y Rogelio Díaz.

El 18 de mayo de 1964, los mandos militares dan a conocer oficialmente el inicio de la Operación Marquetalia, y el 27 de ese mismo mes (día que se toma como conmemorativo del nacimiento de las FARC-EP), se produce el primer combate contra un número reducido comandado por Jaime Guaracas, David González y Darío Lozano. El duro combate se posterga varias semanas, y en medio de los tiros, muere Isaías Pardo, carismático líder y amigo de Marulanda Vélez. Seguidamente, las peleas entre ambos bandos, duran cerca de 10 días. Una vez conocida la muerte de su compañero Isaías Pardo, Marulanda Vélez convoca una conferencia para analizar la situación y, como acto que sellaría su existencia como un grupo más que militar, con evidentes pretensiones políticas y reivindicativas, el 20 de Julio de ese mismo 1964, durante la conferencia se elabora y se da a conocer en la primera reunión de los combatientes de Marquetalia, el Programa Agrario De Las Guerrillas.

Los guerrilleros de Marquetalia resisten en la zona emboscados y combaten con el ejército hasta que éste ocupa completamente el territorio. Una vez el asalto se produce, el movimiento de resistencia concluye en una asamblea general de guerrilleros que ya nada tienen que hacer allí y se plantean como única alternativa convertirse en una guerrilla móvil, lo cual determina no solo la modificación de la táctica de combate, sino del carácter del grupo armado.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Terminando el año de 1965, el Movimiento Agrario de Riochiquito convoca a la considerada Primera Conferencia Guerrillera, en la cual se constituye el grupo guerrillero al que llamaron **El Bloque Sur**. Y finalmente, los grupos guerrilleros por los departamentos del Cauca, Tolima y Huila crean la necesidad de convocar la Segunda Conferencia de las guerrillas del Bloque Sur, en donde terminan llamándose FARC-Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, siglas a las que en la década de 1980 luego de otra conferencia guerrillera, le añaden EP-Ejército del Pueblo.

2.2. El proceso de paz actual: sus antecedentes cercanos.

Los diálogos o negociaciones de paz entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las FARC-EP, también conocidos como los diálogos de la Habana, en Cuba, son las conversaciones que se están llevando a cabo entre el Gobierno de Colombia (en representación del Estado) y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo FARC-EP. Estos diálogos iniciaron silenciosamente en Oslo cuando delegados de las partes, hicieron acercamientos exploratorios para llegar a un mínimo de consenso y poder sentarse a tocar de fondo el problema de la guerra en Colombia. Su objetivo según el gobierno es la terminación del conflicto y para las FARC el “buscar la paz con justicia social por medio del diálogo”, según palabras de Iván Márquez, uno de los miembros del equipo negociador de las FARC.

Pero detrás de dichos diálogos de paz, sucedieron hechos que son pertinentes mencionar. Siendo los años de la Política de Seguridad Democrática, el comisionado de Paz del momento, Frank Pearl, en representación de Uribe Vélez, Presidente en ese entonces, buscó negociar secretamente con las FARC y bajo circunstancias similares a las actuales: sin cese al fuego e

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

incluso desmilitarizando territorio colombiano (lo que se conoce como zonas de distensión), sin embargo, a causa de la entrega del cadáver de Julián Ernesto Guevara de quien se dijo habría muerto en poder de uno de los frentes de guerra de las FARC, la iniciativa del gobierno por buscar maneras pacíficas de terminar el conflicto, cesaron. Solo hasta la llegada del Presidente Juan Manuel Santos, se reactivaron estas gestiones; aunque siendo Presidente electo, Santos recibió un "informe de empalme" del comisionado de Paz de Uribe Vélez, por medio del cual éste le enteraba del estado en que habían quedado los fallidos acercamientos.

Durante el año 2011, mediante la promulgación de la Ley 1448 de ese mismo año conocida como Ley de víctimas y restitución de tierras, el ya Presidente en propiedad Santos Calderón, manifestó a la guerrilla su intención de retomar las discusiones, y explorar alternativas para la instalación de una mesa de negociaciones, lo que se siguió de allí, fue un cruce de comunicaciones secretas entre las partes. Estas epístolas clandestinas, terminaron en reuniones presenciales de ambas partes en Cuba bajo la mirada testiga de los gobiernos de Noruega y la Habana; los delegados del gobierno fueron el consejero presidencial para la reintegración Alejandro Éder, y, Jaime Avendaño, funcionario de la presidencia desde el gobierno de Belisario Betancourt, que en los diálogos de la Uribe en la década de 1980, había tenido alguna participación; las FARC-EP entre tanto, designó a Rodrigo Granda, guerrillero liberado durante el gobierno Uribe y de amplia experiencia en relaciones internacionales en representación de la insurgencia, y Andrés París, uno de los ideólogos del grupo, que contaba con experiencia en estos procesos, pues había integrado la denominada mesa temática en los diálogos frustrados del Caguán en el gobierno Pastrana. Esta etapa culminó con el diseño de una agenda y la definición del lugar en el que se realizaría la siguiente reunión.

Definida la metodología de los próximos encuentros, Santos incluyó en su delegación a Frank

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Pearl, quien hacía parte de su gabinete de gobierno, a Sergio Jaramillo, al ex vicepresidente Humberto de la Calle Lombana y por último a su hermano Enrique Santos, ex director del periódico *El Tiempo*. Según la revista *Semana*, la inclusión de Enrique Santos fue una movida estratégica destinada a generar confianza entre las FARC, ya que este, es una de las pocas personas de la clase política que conoce de manera directa a los líderes guerrilleros. Como respuesta, las FARC delegaron a Mauricio Jaramillo, comandante del Bloque "José María Córdoba", conocido como "el médico" y recientemente integrado al Secretariado del Estado Mayor Central, a Marcos Calarcá, conocido por su experiencia en temas de negociaciones con el gobierno colombiano, y repitiendo Rodrigo Granda y Andrés París; todos, miembros del Secretariado del Estado Mayor Central. Con lo cual se entendía que las FARC creían en el proceso y mandaban a sus mejores cartas.

Listo todo lo anterior, las partes ratificaron a los gobiernos de Cuba y Noruega como testigos y garantes de todo el proceso. A Cuba, por haber sido la sede de los primeros encuentros, además de ser actor de confianza de las FARC, y a Noruega, por ser un país con tradición en temas de resolución de conflictos, y muy vinculado a la promoción y defensa de los derechos humanos; sin mencionar que muchos académicos y personalidades de ese país, tienen un amplio conocimiento del conflicto colombiano.

Luego de herméticas medidas para guardar la confidencialidad y salvar el proceso de enemigos internos o externos a Colombia, en el mes de agosto de ese 2012, se desarrollaron diez sesiones preparatorias: cada una constaba de cuatro a ocho días, que en total fueron finalmente, sesenta y cinco sesiones.

Todo ese esfuerzo de acercamiento, las aparentes intenciones reales de las partes, la manifestación a toda voz de las grandes mayorías del País por acabar la violencia, el respaldo de

la mayoría de los países del mundo al proceso, sin olvidar la disminuida capacidad militar de las mismas FARC, dieron como fruto la firma de un documento, que hoy es la bitácora fundamental de las actuales conversaciones. El documento que hoy es hoja de ruta para la terminación de la guerra en Colombia se le denominó "*Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*". Formalmente los diálogos iniciaron el 18 de octubre de 2012.

2.2.1. Los puntos que hoy discuten las FARC-EP y el Gobierno Colombiano en la Habana, Cuba. El proceso de Paz, fundamentado en el documento denominado "Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera" tiene una metodología simple: se fracciona en cuatro fases:

1. La primera que fue la etapa de acercamientos secretos, conversaciones exploratorias durante seis meses,
2. La segunda que es la concreción de los acuerdos,
3. La tercera que es la refrendación,
4. Y la cuarta que será la implementación de éstos.

La segunda fase, que es la que actualmente se desarrolla y la tercera, serán objeto de nuestro interés en este trabajo.

Sobre el segundo, el documento denominado *Acuerdo General Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, firmado por los denominados miembros plenipotenciarios y delegados de los gobiernos amigos de Cuba y Noruega, el 26 de agosto de 2012, es claro en cuáles serían los temas trascendentales acordados por las partes sobre los que habría necesidad de discutir y llegar a consensos mínimos, para, según estos, materializar

la Paz en el País. Dichos puntos agendados son:

2.2.1.1. Política de desarrollo agrario integral.

El desarrollo agrario integral es determinante para impulsar la integración de las regiones y el desarrollo social y económico equitativo del país.

- Acceso y uso de la tierra. Tierras improductivas. Formalización de la propiedad. Frontera agrícola y protección de zonas de reserva.
- Programas de desarrollo con enfoque territorial.
- Infraestructura y adecuación de tierras.
- Desarrollo social: Salud, educación, vivienda, erradicación de la pobreza.
- Estímulo a la producción agropecuaria y a la economía solidaria y cooperativa. Asistencia técnica. Subsidios. Crédito. Generación de ingresos. Mercadeo. Formalización laboral.
- Sistema de seguridad alimentaria.

2.2.1.2. Participación política.

Derechos y garantías para el ejercicio de la Oposición política en general, y en particular para los nuevos movimientos que surjan luego de la firma del Acuerdo Final. Acceso a medios de comunicación.

Mecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa, en los diferentes niveles y diversos temas.

Medidas efectivas para promover mayor participación en la política nacional, regional y local de todos los sectores, incluyendo la población más vulnerable, en igualdad de condiciones y con garantías de seguridad.

2.2.1.3. Fin del conflicto.

Proceso integral y simultáneo que implica:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Cese al fuego y de hostilidades bilaterales y definitivas.

Dejación de las armas. Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil - en lo económico, lo social y lo político -, de acuerdo con sus intereses.

El Gobierno Nacional coordinará la revisión de la situación de las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC-EP.

En forma paralela el Gobierno Nacional intensificará el combate para acabar con las organizaciones criminales y sus redes de apoyo, incluyendo la lucha contra la corrupción y la impunidad, en particular contra cualquier organización responsable de homicidios y masacre o que atente contra defensores de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos.

Garantías de seguridad.

En el marco de lo establecido en el Punto 5 (Víctimas) de este acuerdo se esclarecerá, entre otros, el fenómeno del paramilitarismo.

La firma del Acuerdo Final inicia este proceso, el cual debe desarrollarse en un tiempo prudencial acordado por las partes.

2.2.1.4. Solución al problema de las drogas ilícitas.

Programas de sustitución de cultivos de uso ilícito. Planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos.

Programas de prevención del consumo y salud pública.

Solución del fenómeno de producción y comercialización de narcóticos.

2.2.1.5. Víctimas

Resarcir a las víctimas está en el centro del acuerdo Gobierno Nacional - FARC-EP. En ese sentido se tratarán:

- Derechos humanos de las víctimas.
- Verdad.

Ahora bien, bajo la mirada de esta investigación analizaremos el punto 1º, sobre la Política de desarrollo agrario integral; y el punto 5º sobre reparación a las víctimas. De esta manera, trataremos de estudiar cada uno de estos temas revisando las implicaciones que los mismos puedan tener sobre los intereses de las comunidades negras de Colombia, los impactos que estos acuerdos pueden desencadenar sobre estas comunidades y así verificar si los presupuestos facticos y jurídicos del derecho fundamental a la Consulta Previa se presentan.

2.3. La política agraria y la reparación a las víctimas como temas de afectación e interés para las comunidades negras en Colombia.

Como ya hemos visto de las normas del Convenio 169 de 1989 de la OIT, de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana y de la jurisprudencia internacional, un elemento definitorio para saber cuándo procede la exigencia de la Consulta Previa a comunidades étnicas es el grado de afectación que la medida administrativa o legislativa a implementar afecte los intereses y derechos de estos grupos. Por lo tanto, es importante tener certeza de qué debe considerarse una decisión o medida de afectación directa.

En su manual de implementación del Convenio 169 de 1989 se dice que, con respecto a la afectación, los Estados deben en los siguientes casos, garantizar el derecho fundamental a la

Consulta Previa a las comunidades o grupos étnicos:

Esta consulta tendrá lugar siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados.

Entre tales medidas pueden mencionarse, a título de ejemplo:

- Enmiendas a la Constitución nacional;
- Nueva legislación agraria;
- Decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las tierras;
- Programas y servicios nacionales de educación o de salud;
- Toda política oficial que afecte a los pueblos indígenas y tribales. En consecuencia, antes de adoptar una norma legal o disposición administrativa que pueda afectarlos directamente, los gobiernos deben iniciar una discusión abierta, franca y significativa con los pueblos interesados. (Organización Internacional del Trabajo, 2003)

Como se aprecia, el mismo convenio, desde su manual de implementación orienta a los Estados sobre las temáticas gubernamentales que *prima facie*, deberán ser consultadas a los grupos étnicos por considerarse que de entrada les afecta en su vida e intereses. Resalta por ser la primera en la lista y por las razones obvias que históricamente distinguen a estos pueblos, el tema de **tierras**. Que como vimos *supra*, incluso en Colombia, la Corte Constitucional ha sostenido que todo lo relacionado con reformas agrarias o el uso de la tierra rural sobre la cual estas comunidades habitan, es de obligada consulta.

De manera que, por prescripción normativa si se entiende que la interpretación auténtica hecha por el órgano que expide el convenio 169 de 1989 a través de su Manual es también

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

vinculante para el Estado colombiano, el tema de tierras o agrario-rural abordado desde la Habana, es asunto de interés y afectación clara de las comunidades negras en Colombia.

La afectación como elemento o requisito que señala si una medida gubernamental es o no objeto de consulta en el caso del punto sobre tierras y reparación de víctimas en nuestro caso consideramos completamente presente.

Y es que esto se concluye de lo que muchos autores, e incluso la misma OIT dicen al respecto del tema denominado “afectación”. Y no solo la doctrina o la jurisprudencia constitucional colombiana, o de otros países o instancias jurisdiccionales internacionales, sino la misma ONU han aportado en lo que al respecto del denominado elemento *afectación* se debe entender:

[Q]ue es aplicable [la consulta] siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Las características específicas del proceso de consulta requerido por el deber de celebrar consultas variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas.¹⁵

El elemento de susceptibilidad o afectación se hace capital para poder argumentar qué debe ser consultado a las comunidades negras de Colombia sobre los acuerdos entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, además de las políticas, planes, obras, proyectos y demás medidas que se deriven de los mismos. Por ello, en el caso del tema rural y territorial, así como de la

¹⁵ Ex relator especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Central, Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, S.L. noviembre 2011, pp.30 y 31.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

reparación a las víctimas, la situación fáctica en que hoy se encuentran estas personas demuestra con suficiencia que existe un grado de afectación e interés en lo que al respecto de estos dos puntos de la agenda discutida en la Habana, se decida.

El doctor Rodrigo Uprimny, nos acompaña plenamente en esa afirmación al escribir una columna en un periódico de connotación nacional:

Al parecer, la mesa de La Habana aceptó reunirse con representantes de los pueblos indígenas y de las comunidades negras en los próximos días, luego de reiteradas solicitudes de estos grupos.

Es una reunión que debió realizarse mucho antes, pero la noticia es importante y positiva pues las voces y preocupaciones de los grupos étnicos tienen que ser tomadas en cuenta en el acuerdo de paz y en su implementación. (Subrayado del autor), (2016)¹⁶

Pero más adelante en su publicación, llega más allá, al concluir que:

Es cierto que en La Habana las partes excluyeron la posibilidad de negociar directamente sobre los derechos específicos de los grupos étnicos (como sus derechos al territorio o a la consulta previa). Y fue una decisión acertada pues no es justo que las Farc y el Gobierno decidan sobre los derechos de los indígenas o los afros. Pero de todos modos el proceso de paz y el acuerdo que se pacte debe tomar en cuenta las voces e intereses de estos pueblos, al menos por las siguientes tres razones.¹⁷(Subrayado nuestro).

Como lo proponemos en este trabajo investigativo, la conclusión a la que llega el profesor Uprimny, es a través de un ejercicio elemental: verificar la situación histórica de las comunidades negras en Colombia, con cifras en mano, sobre su victimización en la guerra

¹⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo (2016): *Paz Multietnica*. Artículo del Espectador del 20 de mayo de 2016. Bogotá.

¹⁷ Ibidem.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

librada entre el Estado y las FARC, que ha sido desarrollada en un porcentaje muy alto en sus tierras ancestrales. De esa manera y de forma simple, se podrá establecer si ese elemento definitorio de la Consulta Previa que el convenio y su manual de implementación llaman “afectación”, se presenta o no en el caso de las comunidades negras de Colombia con relación al proceso de Paz discutido en la Habana, en particular los puntos sobre reforma agraria y reparación a las víctimas.

Para el doctor Uprimny, la afectación desde el punto de vista de las comunidades negras, sobre lo discutido en la Habana y lo que de allí se derive, es indiscutiblemente asunto de interés y afectación directa a estas personas. Ello, bajo los siguientes argumentos que de manera sintética expone:

Primero, porque la guerra ha afectado a estos grupos en forma específica y desproporcionada. Los indígenas y afros se encuentran sobrerrepresentados en la población víctima y muchos de sus líderes han sido asesinados. Estos grupos han sufrido hechos tan terribles como la masacre de Bojayá en 2002 o la matanza de los indígenas Awa en 2009. Es pues justo que en el proceso de paz sean escuchadas las voces de estos pueblos que tanto han sufrido por una guerra que ellos no iniciaron pero que han padecido.

Segundo, porque lo que se acuerde en La Habana probablemente tendrá un impacto significativo sobre los derechos de estos grupos. Basta pensar en el acuerdo sobre reforma rural integral, que prevé una nueva política de tierras y la creación de reservas campesinas, o el acuerdo de fin del conflicto, que deberá definir zonas de desmovilización de las Farc. Ambos acuerdos pueden tener un impacto negativo sobre los derechos de las comunidades negras y de los pueblos indígenas sobre sus territorios colectivos, por lo cual estos grupos étnicos tienen que ser escuchados en La Habana.

Tercero, porque una de las decisiones más importantes de la Constitución de 1991 fue reconocer que Colombia es un país multiétnico, que valora la diversidad étnica como fuente de riqueza cultural. Y por ello, incluso si los indígenas y afros no hubieran sido afectados por la guerra ni el acuerdo tuviera impacto sobre ellos, en todo caso sus voces tendrían que ser escuchadas en La Habana, pues si realmente queremos ser un país multiétnico tenemos que aprender a que las visiones de las minorías étnicas sean respetadas.

Por respeto a los derechos de estos pueblos, la mesa de La Habana debe escuchar con atención a los líderes de los indígenas y los afros. Pero además este diálogo, si es genuino, puede ayudar a que logremos una mejor paz. Estoy convencido de que las visiones y prácticas de convivencia de estos pueblos, si son tomadas en serio en La Habana, permitirían construir una visión de la paz mucho más rica, sólida e incluyente.¹⁸(subrayado nuestro).

Pues bien, el ejercicio que hace el profesor, aunque pareciera ligero, porque a través de él llega a una conclusión de largos alcances, es lo que jurídicamente se debe realizar para saber si en este caso de las comunidades negras, en el Proceso de Paz es o no admisible el ejercicio de la Consulta Previa. Eso lo tenemos claro y es lo que venimos sosteniendo. Pero para el rigor y seriedad científica que exige dicha afirmación, es necesario que el grado de afectación sea prolijamente explicado, que se mire en detalle, las cifras, datos históricos, informes oficiales y de organizaciones no gubernamentales que apoyen dicha conclusión jurídica del doctor Uprimny. Es justamente lo que haremos en lo que sigue del presente trabajo sobre los puntos de Reforma Agraria y reparación a víctimas que hacen parte de la agenda discutida por las FARC-EP y el gobierno de Colombia.

Sin embargo, era necesario que desde antes, ya planteáramos nuestra línea metodológica para

¹⁸ Ibidem.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

establecer las conclusiones jurídicas pertinentes en este trabajo. Y esta aclaración era imperativa hacerla porque la fuerza con la que el elemento “afectación” aparece en el convenio 169 de 1989 de la OIT indica que es el presupuesto *sine quoniam* para hablar de Consulta Previa como exigencia jurídica de los grupos étnicos en cualquier mediada administrativa o legislativa. El mismo convenio lo expone así, según nos enseñan los profesores Ricardo López y Tania Mohr:

Así como la OIT, por medio de su manual, ejemplifica casos de medidas legislativas y administrativas que deben ser objeto de consulta previa, basándose -según entendemos- en el criterio de la susceptibilidad de afectación directa, lo propio hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH- a partir del caso *Saramaka vs. Surinam*, brindando un listado de requisitos mínimos para tal caso. Señala también la CIDH que "[c]ualquier decisión administrativa que pueda **afectar** jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena" llegando a indicar el criterio, un tanto amplio, que las decisiones que "se relacionen con los territorios ancestrales" exigen que se realice la consulta previa incluso antes de otorgar concesiones para explorar o explotar recursos naturales ubicados dentro de territorios ancestrales. Por último, también sería un criterio aquellas "medidas relacionadas" con el acceso y goce efectivo del territorio ancestral. En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha declarado: "La Corte ha destacado que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles". Así, la Corte Constitucional parece no requerir la acreditación efectiva de la afectación directa para llevar a cabo la consulta previa, bastando para ello que el proyecto se ejecute en territorios de usos ancestrales o en donde desarrollan sus prácticas tradicionales.

En Noruega, el acuerdo para el procedimiento de consulta del 2005 establece que los

procedimientos de consulta aplican in matters that may affect Sami interests directly, dejando entrever que se deja espacio a la susceptibilidad de afectación como elemento desencadenante de la consulta previa en lugar de la afectación pura y simple.

En la doctrina chilena, Contesse entiende que la consulta previa debe aplicarse siempre, aunque precisando que procede cuando haya afectación directa a los pueblos indígenas y no cuando "la posibilidad de afectarles sea remota, o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado".

Hasta aquí podemos concluir que este punto dentro de la consulta previa es uno de los que puede parecer menos claro y más potencialmente conflictivo debido a la subjetividad propia de determinar qué es susceptible de afectar o no de manera directa a los pueblos indígenas y tribales, lo que los volverá -o no- "pueblos interesados" y por lo tanto, sujetos del derecho a consulta previa. La razón de por qué este punto es tan conflictivo radica en que escapa al ámbito del Derecho, inmiscuyéndose en el campo de la antropología, pues, en términos simples, aquello (una medida legislativa o administrativa) que no afecta a una persona o grupo de una determinada cultura sí puede afectar a una persona o grupo que provenga de una cultura distinta y viceversa, debido a que presentan diferentes referentes cognitivos²⁴. De tal manera es que no se percibirán los actos externos de un mismo modo y siendo así, una alternativa válida es llevar a cabo un peritaje antropológico²⁵ una vez que se conozca al menos en términos generales el contenido de la medida a consultar, siendo una herramienta útil para determinar si se consulta o no. (subrayado y negrilla del autor), (Ricardo López, Vyhmeister y Tania Mohr, Aros. 2014)

Como bien lo dicen los profesores, la definición sobre qué es "afectación" en los términos del convenio 169 de 1989, del cual se desprende este derecho fundamental, no está ni definida y mucho menos precisada; por lo que este elemento o requisito que hemos querido llamar definidor de lo que se debe consultar o no, depende del caso concreto, del contenido de la medida administrativa o legislativa y del pueblo étnico. Son las condiciones específicas, las

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

circunstancias que rodean el caso concreto, al pueblo étnico con relación al tema gubernamental.

Pero, y qué dicen los actores mismos, qué piensan las propias comunidades negras sobre su interés o no en el actual proceso de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP? Su respuesta dada por la recientemente creada comisión étnica de Paz al respecto:

La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y el Consejo Nacional de Paz Afrocolombiano (CONPA), de cara a la participación en el proceso de negociación de Paz en La Habana (Cuba), luego de reflexión interna del movimiento organizativo realizada el 7 de marzo en espacio autónomo acordamos posicionar una instancia étnica denominada Comisión Étnica para la Paz y la defensa de los Derechos Territoriales, conformada por autoridades de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, para salvaguardar los derechos territoriales y colectivos de las poblaciones étnicas en el proceso de negociación e implementación de estos acuerdos. (2016)

Lo anterior, no es solo una declaración que hacen las autoridades de las comunidades negras y pueblos indígenas sobre la creación de una comisión de sus representantes que le llevarán el pulso a lo que suceda en la Habana entre el gobierno colombiano y la guerrilla, sino que es una real exigencia de participación en dicho proceso lo cual exponen y argumentan así:

Que en el marco de la negociación para la terminación del conflicto entre el Gobierno Nacional y la insurgencia de las FARC y, posible con el ELN, se requerían y se requieren mecanismos especiales, proporcionales y diferenciales de participación que dieran cuenta de las realidades de nuestros pueblos.

(...)

Como conjunto de autoridades y organizaciones étnicas reivindicamos nuestros derechos a la identidad, la autonomía, la participación política, la territorialidad, el ejercicio del gobierno propio y la construcción de la Paz.(2016). (subrayado nuestro).

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Queda claro que las comunidades negras, así como los pueblos indígenas, cuyo caso específico no es objeto de estudio y análisis en este trabajo, sí consideran que el proceso de Paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla, llevado hoy desde Cuba, es un asunto de su total incumbencia y afectación. Lo cual relacionan enérgicamente con sus derechos territoriales y colectivos, que incluye a la Consulta Previa como ya explicamos en la primera parte de este trabajo.

Afirman además, que su participación apunta a garantizar y respetar no solo su derecho a la Consulta Previa, sino también al de la identidad cultural, la autonomía, la participación política y la territorialidad; relación que como ya analizamos, es también señalada por la Corte Constitucional colombiana en todas sus sentencias donde se tutela este derecho colectivo a las comunidades negras e indígenas, y que en nuestro criterio, es oportuna y se acompasa con las finalidades constitucionales de nuestro Estado social de derecho como ya argumentamos en páginas iniciales.

Abordaremos entonces de manera separada cada uno de los puntos antes descritos basados en las probabilidades de impacto que unos y otros puedan tener sobre el conjunto de derechos e intereses de las comunidades negras; de allí que, hayamos escogido los puntos sobre el tema agrario y reparación a víctimas, que a nuestro criterio, *prima facie*, suponen interés directo en estos grupos étnicos. No así a nuestro parecer el tema de la participación política que resulta casi de interés exclusivo de las FARC-EP; ni el de terminación del conflicto, que aunque pudiera resultar de interés de estas comunidades, lo es en definitiva de la población colombiana entera, además de ser un punto casi de ejecución y seguimiento de los temas acordados en la mesa. Lo que hemos querido, es hacer un análisis de parte de la agenda discutida en la Habana en la que

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

de manera especial se advierte un impacto en la vida de las comunidades negras; en estos temas siempre han estado estos pueblos involucrados de una u otra forma, lo cual es indiscutible cuando hablamos de territorio y de reparación a las víctimas del conflicto.

2.4. Análisis sobre el punto 1: los acuerdos sobre la Política Agraria de cara a la Consulta Previa.

Mediante el documento público que las partes denominaron PRIMER INFORME CONJUNTO DE LA MESA DE CONVERSACIONES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LAS FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA-EJERCITO DEL PUEBLO, FARC-EP¹⁹, con fecha del 21 de junio de 2013 firmado en la Habana, se dio a conocer al País que se había llegado a un acuerdo sobre el primer punto de la agenda fijada por las partes, es decir, la Política de Desarrollo Agrario Integral.

El documento consiste en 13 páginas de las cuales 6, reseñan los puntos más relevantes del acuerdo en el tema agrario. Pero, el texto que contiene enteramente los detalles acordados sobre este punto es de 22 páginas cuyo título es *Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral*.

Los acuerdos no pueden ser más claros en expresar su idea principal: la necesidad de adelantar algo que las partes llamaron Reforma Rural Integral (RRI). Según el comunicado, el objeto de dicha reforma, es:

Está centrada en el bienestar y buen vivir de la gente del campo, de las comunidades campesinas, indígenas, negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales, y de la gente que habita en los espacios interétnicos e interculturales, y pretende lograr la integración de las regiones, la erradicación de la pobreza, la promoción de la igualdad, el cierre de la brecha entre el campo y la ciudad, la protección y disfrute de los derechos de la

¹⁹ Ver anexo 1.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

ciudadanía y la reactivación del campo, especialmente de la economía campesina, familiar y comunitaria. (Subrayado nuestro).

Algo importante de esta “declaración” hecha por las partes firmantes, y que subrayamos, es que en la historia agraria colombiana, muy contadas veces las poblaciones afros e indígenas, han sido reconocidas como actores propietarios de tierras rurales, o por lo menos poseedores ancestrales de la tierra en Colombia, muy escasamente en la historia estos grupos étnicos aparecen en los mapas agrarios de Colombia. Y es que ese desafortunado olvido institucional, e incluso de estudiosos del tema agrario colombiano, es muy significativo si se tienen datos de las grandes extensiones de tierras fértiles que estas poblaciones étnicas poseen, y no desde hace poco, sino desde hace décadas y hasta siglos. Por lo tanto, este reconocimiento evidente en el acuerdo, es más que sensato, y pone las cosas en su lugar, aceptando automáticamente con ello, que el tema agrario, es asunto también de estos pueblos.

Una segunda idea, que funciona como una especie de principio de la RRI es la denominada **democratización de la tierra**. De lo cual no puede haber objeción alguna, en principio, puesto que es por todos conocido que una fuerte causa de la generación del conflicto fue precisamente la concentración exagerada de la propiedad de la tierra en unos pocos colombianos. De hecho, si de acabar el conflicto se trata en este País, creemos que esta es una de las primeras medidas que habría necesidad de tomar para materializar la equidad en la propiedad de este importante medio de producción.

El acuerdo, explica de manera clara su percepción de este principio de democratización de la tierra, y para ello, crea la figura denominada **fondo de tierras**, que en síntesis es explicada de la siguiente manera:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Con el propósito de democratizar el acceso a la tierra en beneficio de los campesinos sin tierra o con tierra insuficiente, y de las comunidades rurales más afectadas por la miseria, el abandono y el conflicto, se ha acordado la creación de un **Fondo de Tierras** de distribución gratuita. Este proceso apuntará a regularizar los derechos de propiedad y en consecuencia, desconcentrar y promover una distribución equitativa de la tierra.

La pregunta que por intuición y ejercicio lógico debemos hacernos es: ¿de dónde se nutrirá este fondo, cuáles serán sus fuentes? El acuerdo mismo resuelve esta pregunta cuando explica:

El Fondo se alimentará principalmente de tierras que han sido indebida e ilegalmente adquiridas, y para ello se fortalecerá y aplicará la extinción judicial del dominio y se recuperarán baldíos apropiados y ocupados contraviniendo la legislación vigente, sin perjuicio de los campesinos que puedan ser beneficiarios de programas de formalización; igualmente de la aplicación de otros procesos contemplados en la legislación como la extinción administrativa de dominio para tierras inexplotadas que incumplan la función social y ecológica de la propiedad, de la adquisición de tierras o la expropiación con indemnización por motivos de interés social o de utilidad pública, de tierras donadas, y de aquellas con vocación agropecuaria que resulten de la actualización de las zonas de reserva forestal. La sustracción de tierras provenientes de la actualización, delimitación y fortalecimiento de la reserva forestal, está condicionada a la formulación, con la participación comunitaria, de planes que garanticen sostenibilidad social y ambiental. (Subrayado nuestro).

Aquí ya van apareciendo objeciones parciales a este acuerdo. Sobre la primera parte subrayada de la cita, nos preguntamos: ¿todas aquellas tierras usurpadas de manera ilegal y/o violenta serán necesariamente incorporadas al **Fondo De Tierras**? ¿Qué pasará con el dueño o poseedor anterior a la usurpación? ¿Perderá su derecho de propiedad? Si todo esto es así, los Consejos Comunitarios, figura creada por la Ley 70 de 1993 que representa a estas comunidades

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

y administra las tierras a estos adjudicadas, serán altamente perjudicados con esta iniciativa; pues ejemplos de tierras abandonadas por causa del conflicto o por usurpación directa y violenta, pululan entre estas comunidades. Caso típico y emblemático incluso a nivel internacional, es el de las comunidades negras del Chocó en Jiguamiandó y Curvaradó en el Municipio de Carmen del Darién.²⁰

A nuestro modo de ver, habrá necesidad en aclarar esta modalidad de funcionamiento del Fondo, puesto que sería una medida con intenciones de implantar equidad en el campo colombiano, que a la postre, estaría materialmente regresando al círculo vicioso de la injusticia agraria, siendo estas comunidades negras la más afectadas.

Sobre la segunda expresión subrayada del acuerdo, es importante precisar que cuando por virtud de la Ley 70 de 1993 se adjudica a un Consejo Comunitario en representación de una comunidad negra, un área de tierra, sobre dicha comunidad beneficiaria, recaen un conjunto de obligaciones de conservación de la tierra y su riqueza allí inmersa. Lo dicho, se deja ver entre otras normas, en el artículo 20 de la mencionada ley, el cual reza:

Conforme lo dispone el artículo 58 de la Constitución Política, la propiedad colectiva sobre las áreas a que se refiere esta ley, debe ser ejercida de conformidad con la función social y ecológica que le es inherente. En consecuencia, los titulares deberán cumplir las obligaciones de protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y contribuir con las autoridades en la defensa de ese patrimonio. (Subrayado del autor).

Ahora, la inquietud estriba en ¿qué consideraron las partes por la expresión *función social y ecológica*, que en criterio del acuerdo de no cumplirse daría oportunidad a que la misma sea

²⁰ Para conocer el caso se recomienda ver la Sentencia del Tribunal Administrativo del Chocó 075 del 5 de octubre de 2009 M.P. Mirtha Abadía Serna. Expediente 2009-030. O también revisar el auto 005 de 2009 de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

expropiada por vía administrativa? Lo anterior porque bajo la cosmovisión agraria occidental, imperante entre los campesinos mestizos, una tierra ociosa es aquella sobre la cual no hay ningún cultivo de productividad para el ser humano; lo cual dista mucho de las finalidades naturales que estas comunidades le asignan a lo que ellos llaman territorio y que guardan gran similitud con lo que sobre el particular piensan los pueblos indígenas. Para ellos, la mera conservación de la naturaleza, sin que haya una intervención humana, es decir, sin explotación de ningún tipo, es deber universal de estos.

Lo peligroso a nuestro criterio, es que esta forma de ver y aprovechar la tierra y los recursos naturales en ella depositada bajo dominio jurídico de los Consejos Comunitarios, sea entendida como tierra ociosa que no estaría cumpliendo con esa “función social y ecológica”. Habrá obligación de que este punto sea ampliamente explicado, o mejor, acordado con las comunidades negras y los pueblos indígenas a la hora de ser aplicado materialmente.

Y es que el proceso de Paz entre el gobierno y la guerrilla, tiene una particular incidencia desde varios frentes sobre el territorio de las comunidades negras. No solo abordando el tema de la Reforma Agraria se ve en posible afectación los derechos territoriales de este grupo, sino que, en medio de la etapa de dejación de armas que está en este momento en plena discusión en la mesa, se ha puesto a los territorios étnicos como seguros puntos donde dicho procedimiento en el que los guerrilleros se instalen para dar inicio a su reintegración a la sociedad civil.

Esto no solo lo hemos advertido aquí en este trabajo, sino que conocedores del tema como el Profesor Jaime Arocha, también lo han hecho notar:

La reforma a la ley de orden público quedó aprobada el pasado 11 de marzo, incluyendo las zonas de concentración para los guerrilleros que se desmovilicen.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

A los medios les incumbió más que esas zonas complacieran al senador Álvaro Uribe y no tanto que pudieran poner en riesgo los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y afrocolombianos. La sospecha rimaba con lo que un conocedor del proceso de paz le expresó a Laura Ardila de La Silla Vacía: “Lo primero que [los de las Farc] se van a tomar son los resguardos y los consejos comunitarios afro”. La periodista agregó que por eso los indígenas del Cauca y organizaciones afro “tienen planeado un viaje a La Habana para hablar con las Farc en un intento por garantizar su autonomía en el futuro”.(2016).

Advertencia que entre otras cosas, no hace falta deducirla de los hechos que muestra la misma guerrilla, puesto que sus propios líderes y negociadores lo afirman públicamente:

“Lo que se aprobó en el Congreso de la República ; Reforma a la Ley de Orden Público, son cárceles a cielo abierto. No son para un tránsito sino para concentración, según lo plantearon ellos. Lo que nosotros estamos planteando son zonas de tránsito donde hemos convivido históricamente con las comunidades, son zonas para implementar e impulsar el desarrollo”, sostuvo Biohó en una teleconferencia a comunidades afro de Chocó. (El Colombiano, 2016)

En general, el acuerdo sobre el agro colombiano firmado entre el gobierno y las FARC-EP, puede sintetizarse como un esfuerzo mutuo por conjurar la raíz más profunda y gruesa del conflicto colombiano. Y ese esfuerzo pasa por la democratización de la tierra y el establecimiento de parámetros generales para su uso y explotación. Ambos criterios inmersos en el acuerdo tocan fibras sensibles de las comunidades negras, y para ello, bastará con echar una mirada a la importancia insustituible que para estos pueblos representa su tierra, su territorio.

El profesor mexicano, Enrique Valencia, vincula el ejercicio territorial de estos pueblos a los que llama plurales, como un acto de reafirmación de su condición étnica especial:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Para las sociedades periféricas, culturalmente plurales, su modernización sin la destrucción de las diversas culturas que las componen se torna un desafío de su propio desarrollo democrático y de la fundamentación humanista del crecimiento económico con que se trata de justificar la desaparición o desnaturalización de instituciones configuradas a lo largo de una historia propia.

En el contexto de estas consideraciones que aparece la propuesta del etnodesarrollo como un proyecto de la antropología crítica y de intelectuales indígenas contestatarios que rechazaron la orientación etnocida de la política indigenista concebida e implementada por el Estado liberal y la antropología culturalista en América latina. (biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/235/3.pdf el 24 de mayo de 2015).

En sintonía con el profesor mexicano, el uso territorial o las particas de explotación de la tierra entre las comunidades negras, como parte de esos grupos plurales, y las de los campesinos mestizos del País, son diametralmente distintas. Mientras a los últimos los mueve la lógica de la satisfacción para la supervivencia y el abastecimiento de sus víveres, y en general, actuar frente a la tierra como instrumento de producción y sostenibilidad de su familia; a los primeros, los mueve un vínculo espiritual, indisoluble, vinculado a sus ancestros mismos, a sus descendientes, por los cuales la intangibilidad de lo tangible es casi una máxima de cada una de sus acciones frente los recursos naturales de que disponen.

No es solo un asunto relacional el que hace de esa interacción afrodescendiente-tierra algo especial, es su concepción misma. Para el afro, no existe la tierra como algo aislado, esta hace parte de un conjunto inseparable, en donde árboles, animales, agua, aire, minerales, espiritualidad, se conjugan en una entidad llamada territorio. Su uso, por lo tanto, no es un uso de explotación para la mera supervivencia, es una relación hombre-elemento con una mística

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

riquísima en saberes, fabulas, recetas medicinales, ritos de cultivo, de cosecha, de nacimiento y muerte.

En definitiva, la afrocolombianidad, la herencia africana ejercida en Colombia, no puede ser posible sin ese ejercicio territorial así entendido. El elemento tierra y sus recursos, hacen parte pues, de esa dignidad de las comunidades negras que concluyen en la necesidad de proteger esa integridad y riqueza cultural que corresponde al Estado²¹.

Por ello, dada su especialidad de íntima relación con el territorio, el desarrollo concebido por las comunidades negras, no puede ser homologado al del resto del País. Se erige desde la antropología y la sociología, así como desde la economía, un denominado etnodesarrollo, que trata de dar respuesta a esa cosmología por la cual las comunidades entienden otros estándares de desarrollo, de su desarrollo, que parte desde el territorio, que es uno con la comunidad misma.

No solo aquí en este trabajo investigativo creemos inalterablemente en esa idea, la misma Corte Constitucional así lo admite:

El derecho a la Consulta Previa es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios, las cuales forman parte integrante de su estructura cultural propia y proveen la base para la preservación y el desarrollo en el tiempo de sus cosmogonías, saberes ancestrales y formas culturales. Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en el pasado, haciendo referencia a ejemplos históricos concretos, la afectación de estos modos de subsistencia puede traer consigo, en no pocos casos, una amenaza cierta para la

²¹ Constitución Política de Colombia Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

subsistencia misma de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes. Es por esta razón que, según ha precisado esta Corporación, el derecho de los pueblos indígenas a la subsistencia de conformidad con sus formas y medios tradicionales de producción y reproducción material y cultural, dentro de sus territorios propios, es un derecho fundamental, porque de él depende la realización del derecho a la integridad cultural, social y económica de dichos grupos. La misma razón es predicable de las comunidades afrodescendientes y sus medios tradicionales de subsistencia en el contexto de sus territorios ancestrales. El mecanismo de la consulta previa es un medio necesario para garantizar el respeto por tal derecho a la subsistencia, y lo que de él depende; de allí que la consulta previa adquiera, a su turno, la naturaleza de derecho fundamental. (Sentencia C. Const., C-461 de 2008).

Hasta ahora es clara nuestra postura en que sobre este acuerdo de Reforma Rural Integral acordada entre el gobierno colombiano y las FARC-EP en los diálogos de paz actualmente sostenidos en la Habana, Cuba, resulta de interés directo a las comunidades negras de Colombia, en tanto que este acuerdo aborda temáticas que seguramente serán desarrolladas a través de políticas o proyectos institucionales en donde se intentará darle un nuevo orden al campo colombiano, mismo campo en el que negros e indígenas hoy habitan en gran cantidad.

Ahora, no son nuevos los argumentos sobre el estrecho interés que puede tener el pueblo afrocolombiano en todo lo que se llame desarrollo o reforma rural y/o agrario y que por tanto estos tengan derecho a ser consultados al respecto de tales programas estatales. Y es que cuando el tribunal constitucional colombiano debió hacer este análisis con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra 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”***, presentada por el ciudadano Gustavo Gallón y otros dejó claro que:

De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquéllas.

(...)

Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente. (Sentencia C. Const., C-175 de 2009). (Subrayado del autor).

Y es que además de los argumentos de tipo antropológico, cultural o económico que puedan apoyar a nuestra tesis, sumadas a las afirmaciones expuestas por la Corte, se tiene respaldo directo del convenio 169 de 1989 de la OIT, que en su artículo 13 dispone:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

2. 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 otra manera.

Entre tanto, la situación actual de la ruralidad en Colombia pone como gran protagonista a las comunidades negras, y para ello es pertinente mirar algunas cifras.

¿Es Colombia un país urbano o rural? Sería una primera pregunta por responder para tener claridad sobre la importancia del tema rural en Colombia y dentro del mismo, a las comunidades negras y el papel que juegan en el asunto agrario. Pues bien, cerca de 32 millones de colombianos, el 68,4% de la población, son “habitantes urbanos”. Pero la mayor parte de su territorio, el 94,4%, es decir, 1.954.465 kms.² es rural, un espacio ligeramente poblado o totalmente yermo, en el que ha fracasado un modelo de desarrollo que ha priorizado el mercado sobre el Estado.

Los datos son del interesante “Informe de Desarrollo Humano 2011 ‘Colombia Rural, Razones para la Esperanza’, del PNUD (<http://pnudcolombia.org/indh2011/>). Según este trabajo, las tres cuartas partes (75,5%) de los municipios del país son predominantemente rurales. En esos 846 municipios vive el 31,6% de la población, cerca de 15 de millones de personas.

Cifras del DANE, indican que los 100 municipios más poblados de Colombia van de Bogotá a Puerto Tejada (Cauca). Son un conjunto de cuatro “grandes” ciudades y otras agrupaciones “urbanas”, que tienen poblaciones comprendidas entre el millón de habitantes (Cartagena) y el citado y sonoro municipio del Cauca ¡con 40.000 almas! Bogotá se traga el 20% de la demografía nacional, Medellín y Cali son la cuarta parte de la Capital, y Barranquilla se eleva un poco de la valla del millar.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

El informe señala que “Colombia entró a la modernización sin haber resuelto el problema agrario, porque siempre pensó que el país era más urbano que rural... Y preservó su orden social injusto, que no ha cambiado por falta de decisiones políticas y de una visión de largo alcance sobre lo rural y su papel estratégico para el desarrollo”. (<http://pnudcolombia.org/indh2011/>).

El problema no es sólo tener el 95% del territorio colombiano en una condición rural; es que el Estado no se ha apropiado ni preocupado de él con un modelo de desarrollo equitativo o integral, solo ahora, bajo la coyuntura de los diálogos de Paz con las FARC-EP este se obligó a abordar un problema estructural de la pobreza en Colombia como lo es indiscutiblemente la tenencia de la tierra, y quien la posee gracias a regímenes especiales como indígenas y comunidades negras, está sumido en el olvido. Por el contrario, lo ha asumido con una institucionalidad precaria y un sentido deteriorado de lo público. En ese país, por ejemplo, los estudiantes de primaria, niñas y niños de Amazonas, Arauca, Guajira, Córdoba, Chocó y Putumayo pasaron el primer trimestre del año sin estudiar o haciéndolo a medias, sin comida, profesores, ni transporte, y recibiendo “clases” en infraestructuras de lástima, y a todo esto tan triste, se suman los serios y recientes cuestionamientos sobre los contratos de alimentación escolar en Guajira y Chocó con Bienestar Familiar y las entidades territoriales.

En el caso particular de la tierra bajo dominio jurídico de las comunidades negras, formulamos un derecho de petición al INCODER cuyo objeto fue:

El objeto de la presente petición es obtener pronta, precisa y cierta respuesta sobre el número de Resguardos Indígenas y Consejos Comunitarios con territorio colectivo titulado que hoy existe en el País.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Así mismo, por esta petición quisiera obtener información clara, precisa y cierta sobre los lugares donde estos Resguardos Indígenas y Consejos Comunitarios están ubicados.

22

La respuesta que en efecto dio el INCODER, se puede sintetizar en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Títulos Colectivos de comunidades negras

Departamento	Comunidades	Hectáreas
Chocó	684	3.083.001
Nariño	55	1.153.696
Valle del Cauca	558	384.917
Cauca	123	574.604
Risaralda	149	4.817
Bolívar	11	3.392
Totales	1.580	5.396.909,5341

Fuente: INCODER

Del cuadro sin dudas debe destacarse que hoy en Colombia, más de CINCO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL hectáreas, están en manos de las comunidades negras, quienes principalmente se encuentran alojadas en toda la franja pacífica del País. Zona fértil, totalmente apta para la siembra y la producción agrícola. Ahora, el departamento del Chocó, el de mayor extensión de todo el pacífico colombiano, y el de más concentración de comunidades negras según el censo DANE de 2005²³ lo cual lo hace la muestra más representativa para

²² Revisar anexo 3.

²³ Fuente: Censo General 2005; Marco Geoestadístico Nacional, 2004 Espacializado en: Dirección de Geoestadística, Fecha: Octubre de 2006, <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/etnias.pdf>, 28 de mayo de 2015.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

analizar la situación afrocolombiana en este aspecto, contaba con más del 50% de su población en las zonas rurales, 231.892 habitantes, mientras que 222.138 vivían en los perímetros urbanos²⁴. La condición de estas comunidades es en esencia, según las muestras, eminentemente agrícola o rural.

Ahora, la cifra que nos muestra la información suministrada por el INCODER al suscrito investigador, no es despreciable, por el contrario, con ella reafirmamos a esta comunidad como legítima poseedora y protagonista innegable del agro colombiano, quiéranlo reconocer o no las partes que hoy dialogan en la Habana.

En nuestro trabajo investigativo, pudimos acceder a un documento con cifras y datos importantes sobre la realidad de las comunidades negras en torno a la situación territorial. Se trata de una respuesta dada el 23 de febrero de 2015 a un derecho de petición elevado por la Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados-AFRODES en donde la Unidad de Restitución de Tierras en un documento de 18 páginas esclarece algunos puntos que hoy interesan en esta tesis relativos a la situación territorial de esta comunidad étnica.

El derecho de petición de AFRODES, indaga acerca del ingreso de tierras y territorios pertenecientes a comunidades negras al registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente. Esa inscripción al Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente RTDAF es el requisito de procedibilidad para que los jueces de restitución reconozcan los casos caracterizados por la Unidad, es un procedimiento descrito en el Decreto Ley 4635 de 2011 sobre reparación y restitución a víctimas del conflicto armado pertenecientes a la etnia negra. Y en su artículo 120 dispone:

²⁴ Fuente: <http://www.dane.gov.co/censo/files/presultados.pdf>, 28 de mayo de 2015.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Inscripción en el registro de tierras despojadas forzosamente. En los casos en los que el informe de caracterización se concluya la existencia de daños y afectaciones territoriales. La Unidad Administrativa Especial de Gestión y de Restitución de Tierras Despojadas inscribirá el respectivo territorio en el registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. La inscripción del territorio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente será requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución a que se refiere este capítulo.

De la respuesta que ofrece la Unidad de Restitución extraemos las siguientes cifras:

Tabla 2. Casos inscritos en el registro (caracterización finalizada)²⁵

Concejo comunitario	Municipio	Depto.	Hectáreas	Familias
Renacer Negro	Timbiquí	Cauca	71.149	739
Mayor de la Opoca Cocomopoca	Bagadó	Chocó	74.272	2.319
Bajo Mira y Frontera	Tumaco	Nariño	47.839	1.865
La Toma	Suarez	Cauca	4.453	1.300
TOTAL			197.714	6.223

Fuente: Unidad de Restitución de Tierras.

En la tabla anterior incluida en la respuesta dada por la Unidad de Restitución, se reseñan los casos que ya han surtido todas las etapas y que se encuentran inscritos en el registro con etapa administrativa finalizada. En total 197.714 hectáreas de comunidades negras se encuentran inscritas en el registro.

Sin embargo, la cifra entregada por la Unidad, no es fiable, y no alcanza a radiografiar la real y actual situación de despojo territorial de las comunidades negras colombianas. Pues en su misma respuesta, la Unidad así lo advierte:

²⁵ Ver documento de respuesta de la Unidad de Restitución. Anexo 2

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

“Por otro lado, se ha identificado que muchas comunidades profundamente afectadas por el conflicto armado, no tienen la posibilidad de ir hasta las ciudades a realizar la solicitud de restitución.” Por la cual se aplicó la fórmula de llegar a los territorios afectados en vez de esperar que ellos lleven las solicitudes. “

Por cuanto se supone que la cifra sobre tierras despojadas a las comunidades negras del País, puede ser realmente mucho más alta.

AFRODES, también solicita por medio de su petición acerca de los procesos, lugares, comunidades, municipios en los cuales se ha llevado a cabo procesos de restitución de territorios colectivos despojados a comunidades afrocolombianas, así como información sobre las medidas cautelares adoptadas en procesos judiciales. A estas solicitudes, la Unidad de Restitución de Tierras, responde gráficamente con los siguientes cuadros:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Tabla 3. Casos comunidades negras intervenidos y estado. ²⁶

No	Estado	Territorios étnico	Municipio	Depto.	Hectáreas	Familia
1.	Finalizados, inscritos en el registro de tierras	Renacer Negro	Timbiquí	Cauca	71149	737
2.		Cocomopoca	Bagadó	Chocó	74272	2319
3.		Bajo mira y Frontera	Tumaco	Nariño	47839	1865
4.		La Toma	Suarez	Cauca	4453	1300
5.	Caracterización finalizada	Eladio Ariza	San Jacinto	Bolívar	2324	82
6.		Alto MIRA y Frontera	Tumaco	Nariño	25518	1725
7.		Unión Río Rosario	Tumaco	Nariño	11044	1112
8.		Los Ríos la Larga y Tumaco	Riosucio	Chocó	110434	164
9.		Pedeguita y Mancilla	Riosucio, Carmen del Darién	Chocó	49740	850
10		Aires de Garrapatero	Santander de Quilichao	Cauca	8000	1386
11		Zanjón de Garrapatero	Santander de Quilichao	Cauca	5136	560
12		Villa Arboleda	Valle del Guamuez	Putumayo	570	31
13		Rio Yurumanguí	Buenaventura	Valle del Cauca	53200	553
14	Caracterización iniciada	El hoyo	Patía	Cauca	3000	300
15	Estudios Preliminares finalizados	Manatíes	Turbo	Antioquia	4376	55
16		Puerto Girón	Turbo, Apartadó	Antioquia	0	0
17		Asociación	Tadó	Chocó	54517	1224
TOTAL					525.572	14.265

Fuente: Unidad de Restitución de Tierras

²⁶ Ver anexo 2.

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.**

Tabla 4. Casos de medidas cautelares falladas²⁷

#	Territorio étnico	Municipio	Depto.	Hectáreas	Familia	Estado
1	Renacer Negro	Timbiquí	Cauca	71149	739	Falladas a favor
2	Mayor de la Opoca~Cocomopoca	Bagadó	Chocó	74272	2319	Falladas a favor
3	Bajo Mira y Frontera	Tumaco	Nariño	47839	1865	Falladas a favor
4	La Toma	Suarez	Cauca	4453	1300	Fallada a favor
5	Alto Mira y Frontera	Tumaco	Nariño	25518	1725	Falladas a favor
6	Los Ríos la Larga y Tumaradó	Riosucio	Chocó	110434	164	Falladas a favor
7	Pedeguita y Marcilla	Riosucio, Carmen del Darién	Chocó	49740	850	Falladas a favor
TOTAL				383.407	8.962	

Fuente: Unidad de Restitución de Tierras.

Pues bien, con estas cifras vamos precisando con mayor certeza de manera estadística, el nivel de afectación que hoy tienen las comunidades negras colombianas por causa del conflicto armado, en particular, en lo que al tema de tierras se refiere. Y es que, sumando las hectáreas de tierras reflejadas en los tres cuadros suministrados por la Unidad de Restitución, que tienen algún tipo de afectación como despojo o abandono forzoso, son UN MILLÓN CIENTO SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES (1.106.693) hectáreas, que hoy, no pueden gozar las

²⁷ Ver anexo 2.

comunidades negras del País, sin que en ellas, puedan hacer sus prácticas tradicionales de producción y ritos ancestrales, que es lo que precisamente, les hace especial como cultura y etnia.

Esta cifra, aterra, si recordamos que el INCODER en respuesta a derecho de petición del suscrito investigador, nos informó que el total de tierras por hectáreas que se encuentran adjudicadas a estas comunidades es de CINCO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS NUEVE (5.396.909), concluiríamos que casi un 20% de las tierras de los afrocolombianos, que jurídicamente les pertenecen, no están en sus manos para su goce y disfrute. Y aún más, en medio de este despojo, la cifra de familias afrocolombianas despojadas es la no despreciable cifra de VEINTICUATRO MIL NOVECIENTAS CINCUENTA 24.950.

2.4.1. Conclusiones. Con lo dicho, la afirmación sobre el nivel de afectación que pudieran tener los acuerdos sobre el tema agrario en Colombia suscrito entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, en los intereses de las comunidades afrocolombianas, creemos se hace patente. Es notorio a nuestro entender, el hecho de que estas comunidades han sido sistemática e históricamente vulneradas en sus derechos territoriales por causa de la guerra entre las guerrillas y el Estado colombiano; por lo tanto, el grado de afectación supera los niveles en donde este pueblo puede vivir con tranquilidad.

La idea de que aproximadamente el 20% (aunque la cifra puede ser más alta como lo reconoce la Unidad de Restitución por la complejidad que significa para estas comunidades denunciar la afectación y el despojo a sus tierras) de sus territorios hoy reconocidos a estas comunidades, les hayan sido despojados o estén despoblados como efecto de una guerra que no es suya, ejemplifica un caso de despojo de grandes proporciones en el hemisferio. No es fácil

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

encontrar a un pueblo en Latinoamérica que le hayan sido despojadas más de un millón de sus tierras ya legalmente reconocidas; hecho que se acentúa en gravedad en el caso de estos pueblos étnicos, cuyo ejercicio cultural, espiritual, organizativo, religioso y económico, depende bastante del nivel de disfrute que este pueda tener sobre su territorio ancestral en el que materializa todas sus expresiones que lo hacen distinto del resto poblacional.

Por tanto, los acuerdos entre las partes tendientes a acabar el conflicto, no pueden posar sus esfuerzos lejos de estas comunidades; los afrocolombianos, en el caso de la tierra productiva del país, tienen mucho que ver, y mucho por decir. Estos acuerdos no pueden ignorar a las comunidades negras colombianas, pues la importancia que para estos tiene la tierra, y el nivel de despojo, que ya vimos los afecta de manera innegable, los hace legítimos interesados en lo que se llegue a acordar en la Habana, desde la perspectiva de su derecho *iusfundamental* a la Consulta Previa.

Bajo las reglas y subreglas ya establecidas por la Corte Constitucional, revisadas en detalle en la primera parte de este trabajo, el presupuesto primordial para la exigibilidad del derecho de Consulta, en el caso de los acuerdos pactados entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, sobre el tema agrario, esto es, el punto número 1 de la agenda temática de discusión, se hace evidente en el caso concreto de las comunidades negras. El interés o nivel de incidencia o incumbencia, que representan estos acuerdos y las acciones o actividades que se tendrán que desplegar para la concreción de los mismos en el sector agrario colombiano, está respaldado por las cifras y la realidad de este pueblo frente al tema de tierras.

La democratización de la tierra como principio para adelantar la anunciada Reforma Rural Integral, o la llamada Jurisdicción Agraria, o el Fondo de Tierras, todos puntos derivados del acuerdo, tendrán un impacto inminente sobre los derechos e intereses territoriales de los

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

afrocolombianos, por lo cual no dudamos en el deber de Consulta que el Gobierno tendrá con estas comunidades. Y esto, particularmente desde las medidas administrativas o legislativas que hayan que ser impulsadas desde el Gobierno Nacional, para que el denominado principio de democratización de la tierra sea concretizado; y no solo con respecto a este principio sobre el cual parece que las partes no muestran ninguna resistencia, sino sobre el denominado fondo de tierras, que deberá ser desarrollado por el Congreso de la República mediante una ley especial, y a su vez seguramente, el Presidente expedirá el respectivo decreto reglamentario, medidas de alcance nacional que según lo señalado en la primera parte de este trabajo, deberán estar objeto a procesos de Consulta Previa debido a que ambos temas, desarrollados mediante las medidas gubernamentales respectivas, son de interés y afectación directa de las comunidades negras como ya la Corte lo ha dicho y que hemos tenido oportunidad de comentar *supra*.

La intensidad con la que estos puntos del acuerdo sobre el tema agrario pactados entre las partes sentadas en la Habana, tocan los intereses de las comunidades negras es en grado sumo. Podría sustentarse con relativa facilidad la posible amenaza sobre derechos como la integridad física de estos pueblos, el peligro de desplazamiento masivo, la dignidad de cada uno de estos sujetos colectivos, y con ello, claro está, la violación de los principios contenidos en los artículos 7º y 8º constitucionales.

Por tanto, no es solo un deber de Consulta el que se ve jurídicamente exigible al Estado colombiano; este es un asunto conexo con la Paz misma, con esa Paz que las partes en diálogo han manifestado en querer materializar: una duradera y estable. Sería el peor de los inicios de esa “nueva Paz”, pretendida por todo el País, si en medio de esa Paz generalizada, anhelada por la Nación entera, por la comunidad internacional, pasamos por encima de un derecho fundamental de pueblos históricamente golpeados por la guerra. Estas comunidades en medio de

todo este escenario de diálogos, está también interesada en buscar su propia versión de la Paz; la Consulta Previa, sería ese escenario idóneo para darles la oportunidad de que lo hagan. Esa sería una verdadera Paz, una pluralista y democrática, incluyente y reivindicativa.

2.5. Análisis del punto 2: víctimas de cara a la consulta previa.

Al momento de terminación de este trabajo jurídico-investigativo, este punto, que sería el último a tratar entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, no ha sido si quiera abordado, de hecho, en el momento actual, los diálogos se encuentran en una especie de meseta, un ambiente con cierto tono de incertidumbre sobre lo que le deviene a este proceso de Paz en el futuro. Varias circunstancias relacionadas con ataques, secuestros y muertes, ocasionadas por la actividad propia de las acciones de guerra en este tipo de conflicto, ha enrarecido el clima y la confianza entre las partes.

En todo caso, este punto no presenta hasta el momento acuerdo alguno. Sin embargo, dadas las actuales cifras, el “sobre diagnóstico” del conflicto y las víctimas, hecho en innumerables documentos oficiales, informes de organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales inspectores de los derechos humanos, pueden vaticinar con cierto grado de confiabilidad jurídica qué tipo de afectación o interés puede representar para las comunidades afrocolombianas cualquier acuerdo al que con respecto del tema, se pacte entre las partes en diálogo. Para ello, la revisión del estado de victimización de las comunidades negras en Colombia, son de referente obligado para determinar si por este punto las comunidades étnicas deben ser consultadas.

2.5.1. Victimización de las comunidades negras en Colombia por el Conflicto Armado.

Lo primero que debemos precisar en el hilo de la investigación jurídica, es el asunto poblacional o demográfico de estas comunidades. Pues bien, según el Censo DANE de 2005 las personas que se auto reconocían como de la etnia negra para ese año, eran 4.261.996, cifra que representaba un 10% aproximadamente de la población total del país; sin embargo, otras investigaciones realizadas por organizaciones afrocolombianas dedicadas a la defensa y promoción de los derechos de estas comunidades, argumentan que esta cifra hoy es muy superior, de algo así como entre el 18%-26% de total de la población colombiana, es decir, entre 7.8 y 11.6 millones de afrocolombianos. (Afrodes, 2009).

Según el informe de Afrodes que recibe además el respaldado de la CNOA- Conferencia Nacional de Organizaciones Afro- el número de afrocolombianos en situación de desplazamiento no sería inferior a los 700 mil afrocolombianos y podría llegar hasta 1.4 millones.

Estas cifras sin embargo, corresponden al año 2009, cuando el informe fue realizado, y por tanto, no arroja datos actuales que puedan dar certeza a nuestras tesis. Decidimos entonces, elevar un derecho de petición a la Defensoría del Pueblo indagando sobre la situación de desplazamiento de las comunidades negras de Colombia y por ello obtuvimos la siguiente información:

- En el año 2013 se presentaron situaciones de desplazamiento de comunidades negras en 889 municipios.
- En los 32 departamentos del País y Bogotá Distrito Capital, hubo hechos de desplazamiento forzado a comunidades negras.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

- Que departamentos como Chocó, Nariño, Cauca y Valle del Cauca presentaron los índices más altos de desplazamientos forzados a comunidades afrocolombianas.
- En total, para ese año de 2013, las personas de la etnia negra que fueron desplazadas sumaron un total de 540.778. Cifra que, medida con los datos del censo DANE de 2005, sobre población negra de Colombia, representa más de un 10%.

Y dicha afectación, es similar a la presentada en el año 2012, tal como lo analiza una ONG en un interesante y revelador informe durante el año 2013.

CODHES en un esfuerzo por hacer seguimiento a la situación del pueblo afrocolombiano, hizo un estimativo básico y parcial a través del Sisdhcs, de la cifra de desplazamiento forzado de estas comunidades para 2012. De acuerdo con tal ejercicio, se identificó que por lo menos 51.938 personas afrocolombianas llegaron a todos los departamentos del país huyendo de la violencia.

Estas casi 52 mil personas representan el 20,26% del total de desplazados en el país durante el año 2012. Lo cual significa que también la población afro, que constituiría, de acuerdo con el DANE el 10,62% de los colombianos, tiene un nivel de afectación doble en proporción a su estatuto en la estructura demográfica nacional. (Codhes, 2013).

La importancia de estas cifras, radica en que con ellas se demuestra que el impacto que la guerra en Colombia ha tenido sobre el pueblo afrocolombiano ha sido de gran magnitud, dejándola como una comunidad étnica victimizada que sufre en todos los departamentos del País, el rigor y las crueles consecuencias del conflicto. Los datos del desplazamiento de estas comunidades son verdaderamente altos, si tenemos en cuenta que la respuesta dada por la Defensoría del Pueblo al derecho de petición radicado por el suscrito investigador, es solo del año 2013. Es alarmante que en solo un año, más de medio millón de personas de un pueblo

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

étnico que en total suman algo más de 5 millones según los estimativos oficiales, sean desplazadas de sus tierras ancestrales. El nivel de desarraigo, es extremo. Y es que el desplazamiento masivo en Colombia se constituye en uno de los más masivos movimientos humanos sobre la tierra en los últimos años; provocando así, la violación de los derechos humanos y trayendo consigo, la deshumanización de las sociedades que en el caso de Colombia, bordea los límites de la barbarie.

Y no es solo una visión o diagnóstico que podemos hacer desde Colombia, tales cifras, son también signo de alarma para la comunidad internacional:

A finales de 2013, había por lo menos 33,3 millones de desplazados debido al conflicto armado, la violencia generalizada y violaciones de los derechos humanos en el mundo. Esta cifra representa un aumento de un 16% en comparación con 2012, y alcanza un récord histórico por segundo año consecutivo.

En 2013, el IDMC cumplió 15 años monitoreando el desplazamiento interno en todo el mundo. Mientras que en 1998, la cifra de desplazados internos en todo el mundo era de 19,3 millones, en esta última década se ha observado una tendencia al alza a más largo plazo, llegando a alcanzar los 25 millones en 2001.

A finales de 2013, por lo menos 6,3 millones de personas habían sido objeto de desplazamiento interno en las Américas. La gran mayoría de desplazados se encuentra en Colombia, donde la cifra ha aumentado de forma constante durante un período de diez años y alcanza ahora los 5,7 millones. El conflicto prolongado en el país es la principal causa del desplazamiento, pero también lo es la expansión de la violencia criminal que ha forzado a decenas de miles de personas a abandonar sus hogares en toda la región, incluyendo países como México y Honduras. El número de nuevos desplazados ha descendido alrededor de un 23% en la región, de 230.000 en 2012 a 176.900 en 2013. La

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

mayoría de nuevos desplazamientos se registraron en Colombia. El gobierno ha estado manteniendo conversaciones de paz con las FARC desde 2012, pero la falta de un alto el fuego ha hecho que los civiles que viven en zonas rurales sigan sufriendo los estragos del conflicto. (Consejo Noruego de Refugiados, 2014). (Subrayado del autor).

Y es que esta situación parece no terminar de asombrarnos, pues el fenómeno del desplazamiento por sus características, y las condiciones particulares de sus víctimas, impide una medida precisa de la magnitud del fenómeno.

La recopilación de datos sobre desplazados internos sigue siendo un reto, ya que el acceso a los desplazados en zonas aisladas es difícil y se carece de información sobre los desplazados internos que no están registrados o sobre los que han regresado a sus lugares de origen, se han integrado localmente o se han reasentado en otra parte del país. (Consejo Noruego de Refugiados, 2014).

Es decir, que la trascendencia y el impacto real del desplazamiento en Colombia aun no puede precisarse, incluyendo allí, a las comunidades negras. Y justo la situación de las comunidades afrocolombianas ha sido particularmente investigada y denunciada por organismos como ACNUR, lo cual denota que la intensidad de violación de los derechos humanos a estas personas, es alta.

Desde 1997 al 1 de diciembre de 2013 han sido registradas oficialmente 5.185.406 personas desplazadas internas con un impacto desproporcionado en la población afrocolombiana y las comunidades indígenas. De estas declaraciones, 99.150 personas han sido víctimas de desplazamiento en 2012. Entre el año 2007 y el 2013 ha aumentado la concentración de la tasa de expulsión en el país. Mientras que en el 2007 el 25% de las tasas de expulsión se concentraba en 17 municipios, en el 2013 sólo 10 municipios

(Buenaventura, Medellín, Tierralta, Suárez, Ricaurte, Riosucio, López de Micay y Puerto Asís) concentraron el 50%. Los 3 departamentos con la concentración más alta de eventos de desplazamientos masivos (más de 50 personas) durante el 2013 son Nariño, Antioquia y Chocó (Costa Pacífica). Sólo entre enero y noviembre de 2013, el ACNUR registró un total de noventa eventos de desplazamiento masivo, afectando a cerca de 6.881 familias. La mayoría de los desplazados internos, son desplazados de zonas rurales a centros urbanos, aunque los desplazamientos intra-urbanos también están en aumento ya que el 51% los desplazados internos residen en las 25 ciudades principales de Colombia. (www.acnur.org ,15 de abril de 2015, 17:49).

Los datos son contundentes, los afrocolombianos desafortunadamente, han estado aportando al universo de víctimas del conflicto colombiano, el mayor porcentaje en los últimos dos o tres años con respecto a su total poblacional. Advirtiéndose claro está, que no hay cifras en las cuales se pueda confiar plenamente, hecho que incluso es reconocido por la Corte Constitucional en el auto 005 de 2009:

Existen numerosos cuestionamientos a las cifras oficiales sobre el desplazamiento de la población afro colombiana por el alto subregistro que se presenta en relación con esta población. Ello obedece a varias situaciones específicas: (i) esta población prefiere quedarse en su territorio como una forma de resistencia al desplazamiento y al destierro; (ii) la existencia del fenómeno del confinamiento; y (iii) la ocurrencia de desplazamientos de corta duración y de retornos sin condiciones de seguridad. Si bien estas situaciones favorecen ese subregistro, los sistemas de información para la población desplazada también han fallado al incluir a los afrocolombianos como víctimas de desplazamiento forzado,²⁸ y por lo tanto, es muy difícil obtener un fiel relato de la magnitud del problema y de la crisis humanitaria que enfrenta esta población.

²⁸ Por ejemplo, hay solo una pregunta en el formulario de registro de Acción Social que tiene que ver con etnia y simplemente pregunta si la persona pertenece a una minoría étnica – sin dar la oportunidad para estipular cual.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Entre tanto, ¿Cuál es el trato que reciben los afrocolombianos en los lugares en donde hoy se encuentran? ¿Cuál es la respuesta institucional para el restablecimiento de sus derechos? Las organizaciones de comunidades negras, tiene su propio balance. Por ejemplo, Afrodes, que como ya dijimos es la más importante organización de desplazados afrocolombianos, advierte que hay una especie de revictimización con estas comunidades, pues además de tener que abandonar sus tierras ancestrales, deben soportar actos de discriminación racial, que, increíblemente, aun son latentes en la sociedad colombiana.

La discriminación racial hacia el Pueblo Afrocolombiano sigue existiendo hoy en día. Aunque en Colombia no se registran normas formales que de manera explícita prescriban la discriminación, la población afrocolombiana (individual y colectivamente) es objeto de una vulneración sistemática de sus derechos asociada a su condición como grupo étnico. En el caso específico de la población afrocolombiana en situación de desplazamiento forzado, los fenómenos de discriminación racial se ven particularmente agravados. No solamente en razón de las múltiples violencias ejercidas por los actores armados, sino a través de las acciones u omisiones del Estado y de actores económicos legales e ilegales, así como con prácticas, actitudes y comportamientos individuales y colectivos provenientes de la sociedad en general. (Afrodes, 2009, p.6).

Por su lado, el informe también precisa de una situación de especial victimización entre el pueblo afrocolombiano, y profundiza acerca de la puntual forma en que las mujeres afrocolombianas son víctimas del conflicto armado colombiano.

Los análisis de AFRODES confirman que la múltiple discriminación mujer-negra-desplazada, configura una realidad de dimensiones cuantitativas y cualitativas significativas, cuya transformación demanda de una política pública con enfoque diferencial que realmente se fundamente en un reconocimiento adecuado y garantice la participación de las mujeres

afrocolombianas en situación de desplazamiento forzado como sujetas de derechos específicos.
(Afrodes, 2009, p.6).

2.5.2. El interés por la tierra detrás del desplazamiento. Del informe hecho por las comunidades negras representadas en AFRODES, más las cifras de los organismos internacionales, se destaca que hay indiscutiblemente un factor de afectación fáctica y jurídica (en tanto que con la victimización a través del desplazamiento, se les priva de sus derechos territoriales) de alta intensidad que amerita de medidas urgentes para un restablecimiento integral de estas comunidades. Pero, la situación de estas personas, no se detiene en lo hasta aquí dicho, hay un asunto aun por analizar y es el particular interés de los actores armados por sus tierras. Por ello, es importante advertir dentro del mapa colombiano su ubicación para abrir la discusión al respecto. Por lo que mostramos el siguiente mapa.

Mapa 1. Población Indígena, Rom y Afrocolombiana

Fuente: DANE

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Mapa 2. Población Afrocolombiana desplazada en 2012 por el Departamento de llegada

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Mapa 3. Población Afrocolombiana desplazada en 2012 por Municipio de llegada

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Como se muestra en el mapa 1º, el nivel de concentración de la población afrocolombiana en lo que se denomina el Chocó biogeográfico (Chocó, Valle, Cauca, Nariño y Putumayo) es evidente. Dicha información debe tenerse muy presente, pues analizada la situación de los desplazamientos en los últimos años, resulta coincidente con los hechos de desplazamiento reportados y registrados.²⁹

De esta coincidencia, se deriva que hay un particular y aterrador interés por los actores armados en vaciar de población estos territorios, lo cual podría explicar el ensañamiento que la guerra en Colombia ha tenido en los últimos tiempos contra estas comunidades, lo que al igual sucede con los pueblos indígenas.

CODHES en su informe, también advierte esta triste coincidencia:

“De manera desproporcionada las vulneraciones a Derechos Humanos en los departamentos de la Costa Pacífica han cobrado un extendido número de víctimas durante los últimos años, reflejando no solo la intensidad del conflicto armado que como se verá más adelante produjo para 2012 el mayor número de desplazamientos masivos de los últimos años, sino los intereses económicos de una zona que es considerada estratégica para el modelo de desarrollo que se impone y para las actividades de actores legales e ilegales.”

Esta situación, presentada en las últimas dos décadas, ha venido también acompañada de un discurso que critica fuertemente dos aspectos esenciales de estos pueblos. 1, es la no muy productiva forma de desarrollo de estas comunidades negras, que solo explotan sus recursos para su subsistencia, imposibilitando así, “optimizar” el uso de los recursos naturales existentes en

²⁹ Ver mapa 2.

sus territorios. A cambio de ello, el gobierno colombiano ha venido proponiendo como estrategia de desarrollo, las economías extractivas como la minería en extensiones amplias del Chocó y Antioquia, y la implantación de monocultivos³⁰ como la palma aceitera en el Urabá. El segundo punto de crítica hacia las comunidades negras, es justamente el legítimo derecho de Consulta Previa, pues lo consideran un retraso para el Estado: “El problema es que es un trámite largo y costoso, que incluso puede frenar los proyectos, ya que las comunidades afectadas tienen poder de veto” (El Tiempo.com, FC: abril 1, 2013; FP: febrero 26 de 2012).

Quizás esa concepción de uso racional y amigable del medio ambiente, que ya tuvimos oportunidad de comentar, que distinguen a estas comunidades afrocolombianas, ha llevado a que sus territorios, considerados “desperdiciados” para el “desarrollo” y acumulación de riquezas, haya llevado la guerra hasta sus casas.

En consecuencia, existen dos causas del “ensañamiento” y despojo estructurales sobre la región (Escobar, 77: 2010): “el racismo entronizado por la modernidad euro-andina [...] y la obsesión con el desarrollo”. Desde la llegada de los actores armados con las confrontaciones y sus respectivas estrategias de control territorial, la violencia ha sido un complemento a las iniciativas de explotación no tradicional de los recursos, es decir, el uso de la violencia como instrumento transformador ha servido para relegar las tradicionales formas de organización social y de explotación para ser sustituidas por las prácticas económicas extractivas en el marco del desarraigo y el despojo de las comunidades. (CODHES, 2013)

³⁰ El caso ya comentado de las comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó, en el Carmen del Darién en el Chocó. Ver sentencia del Tribunal Administrativo del Chocó, ya citada.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Las conclusiones ya advertidas, se coligen con facilidad luego de comparar los dos mapas anteriores, pues las tierras abandonadas, corresponden a aquellas que fueron despojadas forzosamente por cuenta de la guerra. Todo esto teniendo como escenario muy reiterado, el pacífico colombiano.

2.5.3. Comunidades negras como sujetos de especial protección constitucional. No obstante, lo que hemos estado diciendo aquí, no es novedoso dentro del análisis constitucional que en materia de derechos fundamentales se ha hecho sobre las comunidades negras violentadas por el conflicto armado. La Corte Constitucional, en el auto 005 de 2009, providencia por la cual se hizo seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, que declaró el Estado de cosas inconstitucionales en materia de derechos a la población desplazada, advirtió la grave crisis de estas poblaciones étnicas. En la sentencia, la Corte impartió varias órdenes complejas encaminadas a asegurar su superación y a avanzar en la garantía del goce efectivo de los derechos de los desplazados.

Pues bien, en el mencionado Auto, hito dentro de los pronunciamientos judiciales de la Corte en materia de derechos constitucionales de esta población, el argumento central parte del supuesto de que estas personas son “sujetos de especial protección constitucional”:

El punto de partida y el fundamento común de la presente providencia es el carácter de sujetos de especial protección constitucional que tienen las comunidades afro descendientes. Esta condición de sujetos de especial protección impone a las autoridades estatales a todo nivel, respecto de la población afro colombiana víctima de desplazamiento forzado, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos, a cuyo cumplimiento deben prestar particular diligencia. Tal carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica, como se

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

indicó en la sentencia T-025 de 2004, la adopción de medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos. (Auto 005, C. Const., 2009, p. 4)

La Corte impone así a la institucionalidad, realizar mayores y mejores esfuerzos gubernamentales a la hora de la garantía de derechos de estas comunidades, buscando con ello, una igualdad material que hasta ahora, parece lejana en lo que respecta a los afrocolombianos. Lo cual, no es solo a la hora de diseñar o estructurar políticas públicas o programas destinados a estas comunidades, sino en toda actividad estatal que tenga que ver con derechos cuyos destinatarios sean las comunidades negras de Colombia.

Dicha categoría constitucional, en nuestro pensar debe ser también advertida y aplicada en el marco de los acuerdos firmados entre el gobierno y las FARC, pues hasta ahora, es claro que el nivel de interés o incumbencia de estas personas en lo que se discuta y acuerde en esa mesa de negociaciones, alude directamente al conjunto de derechos de los afrocolombianos. Siendo así, es deber del Estado, a través de su gobierno, dar especial cuidado a que todo lo acordado guarde especial correspondencia con esta categorización de las comunidades negras como sujetos de especial protección.

El auto es sumamente importante porque logra sistematizar gran parte de la información existente en relación con el desplazamiento de las personas afrocolombianas, caracteriza el fenómeno y ordena acciones en comunidades específicas que de manera acentuada y especial revisten una situación de vulneración de derechos masiva; casos que finalmente fueron catalogados como emblemáticos.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Pero también declara escuetamente la condición de víctimas del conflicto armado a las comunidades negras del País. De manera que es este el fallo judicial por el cual de manera formal, y desde una mirada constitucional, se reconoce a estas personas como afectadas por la guerra, y no como a la generalidad de la Nación, sino que identifica unas razones y consecuencias propias de esta población.

Los anteriores párrafos evidencian la gravedad de la situación que enfrentan las comunidades afrocolombianas y las particularidades del desplazamiento que los afecta: (i) los altísimos índices de la violencia rural y urbana asociada a una lucha por el control territorial, (ii) la persistencia del conflicto armado en los territorios ancestrales que habitan los afrocolombianos; (ii) el apego de la población afrocolombiana a sus territorios, lo cual genera una mayor resistencia a la expulsión, confinamiento, y desplazamientos intraurbanos o de corta duración que no son registrados. (Auto 005, C. Const., 2009, p. 20.).

La Corte además coincide con nosotros en identificar elementos que de alguna forma explican el por qué estas personas y sus territorios son especialmente golpeados por los actores armados. Con lo cual desvela crudamente la situación agravada de los afrocolombianos.

En la documentación remitida a la Corte Constitucional por las distintas organizaciones que participaron en la sesión del 18 de octubre de 2007, se resaltan tres factores transversales que contribuyen a que la población afrodescendiente sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado. Estos factores son (i) una exclusión estructural de la población afrocolombiana que la coloca en situación de mayor marginación y vulnerabilidad; (ii) la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha

favorecido su despojo;³¹ y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afro colombianos, lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para abandonar sus territorios. (Auto 005, C. Const., 2009, p. 21).

Incluso alcanza a determinar según cifras obtenidas un estimativo de afectación provocado directamente por las FARC, lo cual es extremadamente útil para esta investigación.

A la pregunta *¿a quién atribuye su primer desplazamiento?*, el 39% de los grupos familiares desplazados de afrocolombianos incluidos en el RUPD señalaron a los grupos paramilitares (el porcentaje para la población desplazada RUPD Total fue 32,6%; el 18,9% a la guerrilla de las FARC (24,8%, para el total RUPD); el 14,6% a un grupo guerrillero no identificado (similar al total RUPD), 11,8% no saben y el 12% a la acción de más de un actor. (Auto 005, C. Const., 2009, p. 21).

2.5.4. Conclusiones. De esta demostración fáctica hasta ahora detallada, se colige que el conflicto colombiano ha dejado a las comunidades negras como grandes perjudicadas y victimizadas; que el despojo territorial de sus tierras ancestrales ha sido característica inherente al desplazamiento, con lo que se ha perpetrado una afectación más violenta aún, puesto que como se explicó páginas precedentes, el elemento tierra junto con sus recursos para los pueblos étnicos es fundamental porque en él realizan todos sus ritos y prácticas tradicionales propias de su etnia y cultura que los hace especiales. Es pacífico afirmar que la caracterización de los daños

³¹ Ver entre otros, AFRODES, CNOA y otros. Insumos para Política Pública de prevención y atención al desplazamiento forzado y confinamiento de la Población Afrocolombiana; Planeta Paz (2004) Ponencia “Economías extractivas, Inequidad y exclusión”. En foro sobre el Pacífico, Cali. Citado en PCN, 2007; ACNUR, AFRODES y Conferencia Nacional Afrocolombiana. Lineamientos para la construcción de una política pública de atención diferenciadas a la población afrocolombiana en situación de desplazamiento y confinamiento, Documento Borrador, Bogotá, Julio de 2007, pp. 25-26

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

por estos recibidos frutos del conflicto, es de singular magnitud, que no puede asimilarse al universo general de víctimas del conflicto colombiano.

No puede en consecuencia el Estado darle igual tratamiento ni iguales medidas de reparación a las comunidades negras, porque la significancia de sus daños trascienden del simple daño. Solo para ejemplificar lo que queremos decir, el despojo material, o la muerte física de algunos de sus individuos, puede representar un daño adicional en la comunidad étnica que el hecho mismo del daño. En el caso del médico tradicional, la comunidad sufre más que una pérdida de un miembro, pues pierde en realidad un conjunto de saberes ancestrales que no tiene forma de ser restituido, y con ello, los daños colaterales propios de no tener a la mano al médico tratante de todos los enfermos de la comunidad. Pierde además un líder y amigable componedor de los conflictos internos de la comunidad, los cuales por tradición y derecho propio, son también asunto del médico tradicional. Ahora, la forma y procedimiento como estas comunidades serán reparadas, deberá surtirse a través de la Ley o el Reglamento respectivo, que como ya afirmamos, desde todo tipo de vista deberán ser sometidos a los procesos de Consulta Previa de estas comunidades étnicas. No hacerlo, desencadena la obligación del Estado Colombiano en reparar por la ausencia de Consulta Previa, como ya lo ha dicho la Corte Interamericana (1989 y 2005) y los profesores Rodrigo Garavito y Natalia Ordúz (2010); no consultar a las comunidades negras sobre los aspectos relativos y consecuentes de los acuerdos de Paz entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP lleva a estas personas a una indignante revictimización que en medio de un proceso de paz sería impresentable.

En el caso de la tierra, que les es despojada o usurpada, ya vimos que pierden no el elemento físico de la tierra y sus recursos solamente, sino, el espacio en donde son especiales, ya que en él desarrollan todos sus ritos, prácticas y actos ancestrales, con los cuales unifican la

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

comunidad, se reafirman como pueblo étnico y aseguran la continuidad de su cultura. Perder entonces su territorio, es casi como perder su identidad, puesto que el desplazamiento para el caso de estas comunidades que los empuja a las ciudades, los divide y les impide practicar sus ritos y saberes que con el tiempo sin ser practicados tenderán a ser olvidados, y con ello, el riesgo de nuestra riqueza cultural a ser exterminada.

Esto hace pensar que de manera lógica, al ser un pueblo víctima en un porcentaje verdaderamente alto en relación con su total población, tiene derecho a actos y medidas de reparación por los daños causados por la guerra desencadenada entre el Estado y las FARC, que en el caso particular de las comunidades negras, deberá ser mediante diálogos sostenidos con las mismas víctimas afrocolombianas, en el marco de procesos de Consulta para obtener medidas de reparación con enfoque diferencial étnico que seguramente se harán vía legal o reglamentaria.

La situación de las comunidades negras como víctimas del conflicto armado hoy es un hecho notorio, extremadamente documentado, con cifras que abundan en su caracterización y que explican las particulares secuelas que solo estas personas sufren como consecuencia de la guerra. Sin embargo, no es un pueblo que suela desvanecerse en medio de las adversidades, por el contrario, resiste en gran medida en sus territorios y reivindica sus derechos. Quizás esa sea una actitud coincidente con el ejercicio de la Paz, pues finalmente la Paz, es eso, el ejercicio pleno de los derechos de todos y todas.

Sus líderes pueden explicar de mejor manera la visión que estos tienen de la Paz y los actuales diálogos entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. Zulia Mena³², en el año 2013 en el evento organizado por la Corte Constitucional denominado Diálogo Constitucional para la

³²Exalcaldesa de Quibdó, líder de comunidades negras impulsora de la Ley 70 de 1993 y primera congresista por circunscripción especial de comunidades negras.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Paz, dio una exacta visión de lo que para estas personas significa la guerra que han vivido y la Paz que quieren:

“Hasta ahora, es claro que a negros e indígenas como al resto de los colombianos nos beneficia más la Paz que la guerra. Eso sí, somos particularmente víctimas de la guerra, y eso no puede desaparecer del mapa y de las actuales conversaciones de Paz que adelanta el gobierno, todo por una sencilla razón, porque hemos sido en mayor cantidad víctimas del desplazamiento, porque han sido muchos los miembros de nuestra etnia los que han muerto, y porque ha sido en mayor medida nuestras tierras los escenarios donde la guerra se ha desarrollado.

El actual proceso de Paz, es de particular interés para nosotros en el Pacífico colombiano, y por ello, merecemos ser escuchados y participar activamente en dichos diálogos a través de voceros legítimos que representen nuestros intereses. El Estado no puede hacer a un lado en un escenario de negociaciones para alcanzar la Paz, a quienes han recibido con mayor rigor los coletazos de la guerra.

Lo anterior sería una primera conclusión a rescatar de esta intervención. Es claro que negros e indígenas merecen que su voz se escuche, que la verdad que ellos tienen de la guerra también cuente.

Un escenario de Paz cercano, representa mucho para el país, pero para nosotros, los negros y los indígenas representan la posibilidad de retornar a las tierras tradicionales, y por consiguiente de cosecharla, de ejercer en ella las prácticas tradicionales. De sembrar alimentos, que hoy adquieren especial importancia cuando hablamos de seguridad y autonomía alimentaria como expresión de libertad de un pueblo. Para los negros y los indígenas el desarrollo no es cualquier desarrollo, es nuestra forma propia de entendernos felices. Y en el posconflicto, con negros e indígenas de regreso a sus tierras, esa debe ser la visión imperante de qué tipo de desarrollo requiere el Choco, el Valle, Cauca y Nariño,

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

donde hoy habitamos. No un desarrollo foráneo que destruya la riqueza biológica que hemos tenido a bien cuidar, y que gracias a nosotros hoy tiene el país, por el contrario una visión de desarrollo que intente reparar los daños ocasionados al medio ambiente por causa de la guerra, los megaproyectos y despojos.” (Memorias Encuentro Constitucional, C. Const., 2013, p. 600 y 601).

De otro lado, las comunidades negras de Colombia, según las cifras oficiales y de organismos no gubernamentales e instancias internacionales, suman un aproximado de 5 millones y medio de personas, de las cuales un 10% de su población, se encuentran en situación de víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado; siendo seguramente más altas las cifras, debido a el subregistro y las dificultades inherentes con la guerra que impide un registro preciso del fenómeno, como fue reconocido por la Corte en el auto 005 de 2009 que citamos anteriormente.

Esta realidad en cifras, estadísticas y datos, demuestran claramente que como víctimas de la guerra librada en Colombia, y que hoy se intenta conjurar en gran medida con la posible dejación de las armas de las FARC-EP, luego de la firma de los acuerdos de Paz, las comunidades negras tienen un especial interés en ser oídas y reparadas en sus derechos, por lo cual el ejercicio del derecho de Consulta Previa, parece abrirse paso en lo que respecta a los detalles de la reparación diferencial y con enfoque étnico que seguramente deben concretarse con el pueblo afrocolombiano a través de las normas nacionales respectivas.

Que la Corte ha podido identificar que el rigor y crueldad de la guerra, en lo que respecta a las comunidades negras, asentadas en el pacífico colombiano, reviste unas particularidades solo presentadas en estas personas. Parte de esta especificidad, tiene que ver con un nivel alarmante despojo de sus tierras y la imposibilidad que estas comunidades tienen en el uso y goce de sus

derechos territoriales, debido a la implantación por la fuerza de proyectos minero-energéticos y de economía extractiva que intentan suprimir su cosmología y formas de entender un desarrollo ajeno a la acumulación de riqueza y devastación de los recursos naturales propios de la visión occidental. Quizás, y así parece resultar del análisis hecho en este trabajo, que la riqueza inmersa en sus territorios, de amplias extensiones de tierras como se vio en los datos analizados cuando revisamos el punto de Reforma Agraria, han provocado que los escenarios de guerra se hayan acentuado en mayor medida en estos territorios étnicos.

2.6. Naturaleza jurídica de los acuerdos de Paz.

En este punto, es crucial para la investigación jurídica realizada en esta tesis, determinar la naturaleza jurídica de los acuerdos de Paz, fundamentalmente, para indagar si es procedente o no la Consulta Previa en beneficio de las comunidades negras en el marco del Proceso de Paz que el Gobierno de Colombia sostiene con las FARC-EP.

En las anteriores páginas de esta tesis, hemos dedicado gran parte de nuestros esfuerzos, en demostrar la situación de afectación o interés que las comunidades negras pueden llegar a tener sobre dos de los puntos agendados por las partes en negociaciones en la Habana, Cuba; el tema de tierras y el asunto relativo a las víctimas. Para ello, nos apoyamos en datos, estadísticas, informes oficiales y de las mismas organizaciones, de organismos internacionales, respuestas conseguidas por derechos de peticiones que formulamos, mapas y toda la información de que pudimos disponer. Así logramos establecer que en efecto hay razones fácticas para argumentar que el nivel de interés de las comunidades negras en el Proceso de Paz, es innegable.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Sin embargo, no es ese el único presupuesto que debe verificarse para afirmar si una mediada es o no objeto de Consulta Previa de los grupos étnicos; hace falta aún, completar el silogismo jurídico planteado por la dogmática de este derecho *iusfundamental*.

El convenio 169 de 1989 de la OIT, como vimos, al establecer el derecho de Consulta dispuso:

Artículo 6. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, 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. (Subrayado del autor).

Del artículo anterior, queda claro que hay dos presupuestos básicos para que un acto sea pasado por Consulta Previa: 1, que se trate de una actuación que afecte directamente al grupo étnico. Hecho que en esta tesis se ve cumplido de acuerdo a todo lo que ya expusimos y del cual creemos hay suficiencia de datos que así lo comprueban. Y 2, que la medida sea un acto legislativo o administrativo. Dicho presupuesto ya pudimos explicar *supra* (páginas 49 a 58) y por tanto, como los diálogos de paz se concretan finalmente en los acuerdos de paz, es decir, en el documento firmado por las partes en donde quedan explícitos los términos del acuerdo, es necesario examinar si este acto es uno de las medidas que el convenio 169 de 1989 de la OIT obliga a ser consultado a los pueblos étnicos.

Demarcado el análisis a hacer, debemos empezar por lo que al respecto de los acuerdos de Paz se dispone en la Constitución Política, y para ello, es necesario citar el numeral 6° del artículo 189 de la carta que literalmente prescribe:

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso.

Lo primero por precisar, es que aunque la redacción del artículo inicia explicando que es deber del Presidente procurar la seguridad exterior de la República, lo cual sugiere que la norma constitucional trata sobre amenazas a la seguridad que provengan del exterior del País, no es menos cierto que cuando aborda al final del articulado la potestad del Presidente, en firmar tratados de Paz, no distingue si los tratados que este puede firmar, son con enemigos exteriores o internos.

En todo caso, pareciera que la inteligencia de la norma constitucional, o su finalidad, es que debe el Presidente resguardar a la Nación de toda amenaza que ponga en peligro su Paz y tranquilidad. Dicha conclusión es compatible con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2º que reza así:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Subrayado del autor).

Y es justo la Paz, según el artículo 22 un derecho: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” lógicamente entonces, y aplicando una interpretación integral del

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

texto constitucional, es natural que la firma de un acuerdo de paz con un enemigo interior, como lo es un grupo guerrillero, es más que una facultad del Presidente, un deber que está llamado a cumplir.

Pero, ¿es una medida legislativa o administrativa la firma de un acuerdo de Paz? Lo claro es que es una potestad o facultad que tiene el Presidente de la República, derivada de la Constitución misma, que ejerce en búsqueda de uno de los más altos compromisos de todo gobernante: garantizar a sus gobernados una vida en Paz y tranquila.

Ahora, el constitucionalismo clásico, y el colombiano de igual manera, ha establecido que en todo régimen de gobierno presidencial, el Presidente tiene una doble naturaleza o calidad, puesto que ejerce la máxima autoridad administrativa, para lo cual es Jefe de Gobierno; y también la de Jefe de Estado, con la que cumple actos del más alto interés del Estado, actos regularmente conocidos como políticos.

En el caso colombiano, nuestra Constitución le atribuye al Presidente esa doble condición: “Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.”

En el primer caso, cuando actúa como autoridad administrativa o Jefe de Gobierno, busca el cumplimiento o la prestación de los servicios a cargo del Estado, y por tanto de esa actividad propia y natural de la función administrativa, que incluso en nuestro diseño constitucional, no necesariamente es cuestión exclusiva de la función administrativa, pues la Constitución permite que esta sea también prestada por los privados como lo dice el inciso segundo del artículo 210: “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Ahora, de este tipo de funciones y actos, se derivan las denominadas actuaciones administrativas: actos administrativos, contratos administrativos, operaciones administrativas y hechos administrativos. Estos, claramente sujetos a Consulta cuando su contenido o aplicación afecten de manera directa a las comunidades negras, como ya explicamos *in extenso* en la primera parte de este trabajo investigativo. Es nuestra opinión, de que los acuerdos de Paz, no encajan dentro de las actuaciones típicamente administrativas que el Presidente ejecuta, pues con estos no se busca la satisfacción ni prestación de ningún servicio público, ni tampoco facilitar el adecuado funcionamiento de la rama ejecutiva.

Por su parte, los actos políticos, que dice la doctrina son ejecutados por el Presidente en ejercicio de su calidad de Jefe de Estado, adquieren otra tonalidad y finalidad jurídica; y no es propiamente la de satisfacer o prestar los servicios públicos, pues para esto actúa como autoridad administrativa como vimos anteriormente; en este caso, mediante los actos políticos o de poder como le llama la doctrina española, el Presidente ejerce facultades tendientes a la conservación de la esencia del Estado mismo, a garantizar su estabilidad y mantener su fundamento distintivo; con estos, el Presidente o Jefe de Estado, procura como objetivo, la protección de los derechos esenciales o fundamentales de los ciudadanos, que en definitiva, es el *súmmum* de los Estados contemporáneos.

La doctrina explica así estos actos:

Pero, aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual, el Presidente de la República ejerce sus actividades como jefe del Estado, es decir, como jefe del gobierno de la República, dirigiendo la acción de gobierno (arts. 226, 236,2). A

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

través de esta función política, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ocurre por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (arts. 236,4, 9, 20). También puede considerarse que ejerce la función política cuando decreta los estados de excepción, y restringe garantías constitucionales, incluso, en este caso, a pesar de que la Constitución dispuso que una ley orgánica deba regular la materia (art. 338). La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, no pudiendo, otros órganos ejecutivos ejecutarlas. (Parejo, Luciano: 2009, página 54 y 55).

El profesor español, termina distinguiendo estos actos de los denominados actos administrativos argumentando que:

En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan frente a los actos administrativos por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno solo puede ser realizado por el Presidente de la República como Jefe del Estado, “en cuya condición dirige la acción de gobierno” (art. 226); y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución sin posibilidad de condicionamiento legislativo y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes. (Parejo Luciano: 2009. Página 67)

El constitucionalista colombiano Vladimiro Naranjo opina de igual manera:

Los actos de gobierno son de índole política; dentro de esta categoría aparecen las actividades que cumple el ejecutivo como órgano que ejerce la suprema dirección del Estado. A diferencia de los actos administrativos, no son recurribles, es decir, no cabe

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

solicitar su revocación por la vía judicial. Sin embargo, no es fácil trazar una línea divisoria precisa entre los actos de gobierno y los actos administrativos propiamente dichos. Para algunos autores, los primeros son aquellos que el Estado realiza por motivos políticos, siendo los demás administrativos. Empero, con esta definición se deja al arbitrio del poder público la calificación de la naturaleza del acto que ejecuta. Otros autores distinguen con base en la ley en que se funde el acto: si este se deriva directamente de leyes constitucionales, será considerado como acto de gobierno, y si se deriva de leyes ordinarias será acto administrativo. (2010, Páginas 289 y 290).

En el caso del Presidente de la República de Colombia, estos parámetros delineados por estos autores, se presentan en lo que respecta a los tratados o acuerdos de Paz ya que, esta facultad solo es atribuida al Presidente y la misma deviene de orden directa de la Constitución.

Así las cosas, la firma de un acuerdo de Paz, al no ser ni una actuación administrativa, ni mucho menos legislativa, estaría *prima facie*, exenta del deber de Consulta Previa respecto de las comunidades negras. Así se deduce del artículo sexto del convenio 169 de 1989 de la OIT que prescribe la Consulta Previa de los grupos étnicos, cuando las medidas que los afecten de manera directa sean o una medida legislativa, o una administrativa.

Esto indica que la exigibilidad de la Consulta Previa a las comunidades negras en el actual proceso de Paz que el gobierno de nuestro País adelanta con las FARC-EP, en el momento actual, no es jurídicamente posible, en tanto que el acto que sella estas negociaciones, es decir, el acto de acuerdo de Paz firmado por las partes, no es de aquellos que el convenio de la OIT ordena sean sujetos de Consulta Previa.

2.7. Las otras alternativas.

Aunque la conclusión a la que llegamos en el apartado inmediatamente anterior, pareciera y de hecho lo es, frustrante para los intereses y expectativas de estas comunidades en el marco del proceso de Paz entre las FARC-EP y el gobierno, hay claridad en que los temas discutidos en Cuba por las partes y los acuerdos que de ellos se sigan, afectan innegablemente sus derechos e intereses; y frente a esa realidad, no podemos dar la espalda. Habrá necesidad de que le demos una solución jurídica a este panorama.

Pues bien, en nuestro criterio, hay dos alternativas jurídicamente sustentables para que a las comunidades negras se les dé la oportunidad para que sean escuchadas y concertar con ellas medidas que las restablezcan en sus derechos como víctimas del conflicto armado social y político librado en nuestro País por más de sesenta años.

Primera solución. La primera alternativa, proviene del *Acuerdo General Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, firmado por las partes el 26 de agosto de 2012, puesto que en el mismo hay un punto 6 que trata de:

Implementación, verificación y refrendación.

La firma del Acuerdo Final da inicio a la implementación de todos los puntos acordados.

1. Mecanismos de implementación y verificación.

a. Sistema de implementación, dándole especial importancia a las regiones.

b. Comisiones de seguimiento y verificación.

c. Mecanismos de resolución de diferencias. Estos mecanismos tendrán capacidad y poder de ejecución y estarán conformados por representantes de las partes y de la sociedad según el caso.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Se ha planteado desde muy temprano de instalada la actual mesa de negociaciones en Cuba, que lo que las partes acuerden, será objeto de consulta popular por el pueblo colombiano.

Creemos que a eso se refiere el acuerdo cuando habla de una fase de refrendación, es decir, de una especie de ratificación popular que le dé cierto grado de legitimación a lo que pacten las partes.

Si ello es así, es perfectamente posible que en dicho procedimiento se hagan Consultas con enfoque diferencial a las comunidades negras para que estas, desde su cosmología, y como víctimas étnicas, puedan tener la oportunidad para dar su pronunciamiento.

El procedimiento del que hablamos, sería un acontecimiento jurídico *sui generis*, puesto que se trataría de una especie de Consulta Previa ejercitada a través de un mecanismo constitucional de participación política. Lo cual es a nuestro parecer totalmente compatible, ya que, si recordamos, la Corte Constitucional ha atribuido a la Consulta Previa ese carácter de mecanismo de participación de estas comunidades en los asuntos que les compete.

Para lo propuesto, habría necesidad de que paralelamente a la consulta popular o plebiscito hecho al pueblo colombiano, en un documento de Consulta especial, que deberá contener una casilla en donde el ciudadano se identifique como persona afrocolombiana, no solo dé su respaldo o no al acuerdo, sino que además se le presenten opciones diferenciales con enfoque étnico como medidas de restablecimiento de sus derechos territoriales y de reparación como víctimas del conflicto, que como ya vimos, comprenden los temas de mayor interés para estas comunidades, para que de dichas alternativas puedan libremente seleccionar las que consideren viables.

Este procedimiento, exige que previamente se diseñen opciones de medidas especiales para los afrocolombianos en cada uno de los puntos de la agenda que puedan tener un nivel de

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

afectación sobre sus intereses; lo que exigirá la construcción de este paquete de propuestas por una sub-mesa de representantes de organizaciones de comunidades negras y de Consejos Comunitarios elegidos por el pueblo afrocolombiano los cuales ya se encuentran establecidos, para que en sintonía con el espíritu del tratado, prepare o traduzca los mismos acuerdos en medidas contextualizadas a las realidades de este pueblo.

Segunda posible solución. Como se ha visto, los acuerdos que hasta ahora se conocen, establecen puntos en común en donde coinciden las partes en negociación; no hay allí medidas específicas de cómo proceder en tal o cual tema de la agenda. Los acuerdos se componen de principios o criterios generales en donde las partes manifiestan coincidir.

Esto significa, que los acuerdos no se agotan en el documento mismo de firma de la Paz, en efecto, es solo el inicio del conjunto de medidas administrativas o legislativas que se deberán tomar para que los acuerdos se materialicen. De los acuerdos se seguirán los actos de ejecución de los mismos. Esta implementación, que también incluye el *Acuerdo General Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, como un elemento importante dentro de todo lo que se negocia, deberá componerse de Políticas Públicas, Programas o Proyectos gubernamentales que como medidas administrativas en cabeza del gobierno nacional, si están sujetos a Consulta Previa, como lo ratifica la innumerable jurisprudencia de nuestra Corte y que en gran medida vimos en este trabajo investigativo en su parte primera.

Lo que decimos es sencillamente, que como los acuerdos requieren de una implementación, o lo que es lo mismo, de proyectos o programas estatales para ser materializados, y estos si son medidas administrativas o legislativas según sea el caso, sería la oportunidad pertinente

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

jurídicamente para que a las comunidades negras les sea consultada al momento de su aplicación.

Solución homologa dio la Corte Constitucional cuando analizó la ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, pues en este caso se consideró que:

Una lectura detenida de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1151 de 2007 revela que éstas prevén varios proyectos susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados. En efecto, varios proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Inversiones, o resaltados por su importancia dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, incidirán directa y específicamente sobre distintos grupos del país –independientemente de si su impacto será benéfico o perjudicial, cuestión cuya determinación atañe a las comunidades étnicas – indígenas o afrodescendientes- potencialmente afectadas en ejercicio de su autonomía y sus derechos colectivos. Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, sí existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional, según lo sintetizado en el apartado siguiente. (Subrayado Nuestro), (Sentencia C. Const., C-461 de 2008, p. 25).

Por ello, en la sentencia, luego del análisis constitucional realizado por la Corporación, ordenó en su parte resolutive:

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 incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de

constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional. (Sentencia C. Const., C-461 de 2008, p. 35).

Ambas soluciones propuestas, son jurídicamente viables, pero, no podemos dejar de mencionar que por su nivel de practicidad y eficacia de los resultados conseguidos en una y otra, consideramos que la segunda es más conveniente. Finalmente la Paz, se construye con la gente, en los campos, y si ha habido algo de olvido estatal por estas comunidades, ha sido justamente a la hora del diseño de las políticas gubernamentales en materia de salud, del agro, educación y en general en toda actividad estatal de carácter social. Esta solución pone en manos de las comunidades a través de la exigencia de Consultas Previas, la posibilidad de construir con el gobierno las políticas públicas y programas destinados a su beneficio. Ello, garantiza en mayor medida, la pretensión de las FARC-EP y el gobierno de construir una Paz estable.

2.8. ¿Cómo y ante quién se debería proceder en estas propuestas de Consultas de los acuerdos de Paz?

Es la pregunta que debemos responder ahora. Cualquiera de las propuestas a implementar que ya planteamos, como efecto de la necesidad de no omitir el deber de Consulta en estos acuerdos de Paz, debe seguir un procedimiento y surtirse ante una autoridad representativa de las comunidades afrocolombianas. Sintéticamente responderemos estas dos interrogantes.

Debemos dejar por sentado y recordar el carácter protector que este derecho implica para las comunidades negras como expresión de nuestra riqueza cultural. Ya sabemos, como lo ha dicho la misma Corte Constitucional colombiana, que la Consulta Previa a su vez protege la cultura del País representada por estos grupos humanos, y por eso la importancia que estos procesos no sean

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

solo vistos como el cumplimiento de protocolos o formalidades; sino como un verdadero acto democrático y de pluralismo para hacer partícipes a estas personas de los asuntos que de una manera u otra les afecta e interesa.

La Consulta Previa que en el caso de los acuerdos de la Habana firmados entre el Gobierno de Colombia y las FARC –EP, son especialmente importantes y revisten la mayor delicadeza por los valores y finalidades que se suponen deben materializarse para beneficio del País entero. Por lo tanto, un proceso de Consulta a las comunidades negras sobre este tema, debe ser quirúrgicamente diseñado, con la mayor responsabilidad esperada. Y debemos entender que su trámite debe ser lo más adecuado posible. Los tres aspectos cruciales de un verdadero y completo proceso que garantice la Consulta Previa como derecho fundamental de las comunidades negras debe observar plenamente que esta sea **previa, libre e informada**, criterios que de manera sencilla, los expone la doctora Patiño así:

En primer lugar, la consulta debe ser previa implicando un elemento temporal para satisfacerla, es decir esta debe realizarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce los derechos de los pueblos indígenas al romper los tiempos propios de las comunidades étnicas. Su fundamento se encuentra en los artículos 6o numeral 1o letra a) y 15o del Convenio 169 de la OIT, así como el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite pre-consultivo en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de los pueblos indígenas, las bases del procedimiento participativo acerca de cómo se

efectuará el proceso consultivo, el cual deberá corresponder a la medida a consultar, y las características propias del pueblo indígena que podría ser afectado.

En esta etapa previa se sugiere realizar una evaluación exhaustiva junto con participación indígena para determinar si existen otras comunidades étnicas a quienes se requiera consultar; buscando una mayor eficiencia, equidad y no contradicción de los procesos de consulta se debería intentar realizar una consulta conjunta con diferentes comunidades étnicas de un mismo territorio, por ejemplo, si existiera un mismo proyecto en territorio indígena y afrodescendiente. Es un reto complejo pero muy fructífero que fomenta un diálogo en un espacio multicultural. Además, en todas las etapas se podría constituir una instancia de participación que incluyera terceros intervinientes que pueden coadyuvar en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, la consulta debe ser libre, esto es, participar en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que los afecten, sin ningún tipo de intromisión o de presión sobre la comunidad que afecte el principio de libertad y por lo tanto vicie las decisiones que se tomen. La libertad de decisión de los pueblos indígenas también se afecta cuando se asesina o se desaparece a los líderes que se opongan a la realización de un proyecto. Significa entonces que la consulta debe ser libre en el sentido en que no debe existir ninguna manipulación o predeterminación que conduzca a la adopción de determinada posición, es decir, no debe haber intimidación o presión, esta última implica riesgos reales. En casos de conflicto armado no existe un consentimiento libre hasta tanto no existan las debidas garantías para su realización, en consecuencia, mientras continúe el conflicto, se pueden proponer áreas de exclusión de medidas por encontrarse viciado el procedimiento al mediar fuerza dependiendo del caso.

En tercer lugar, la consulta debe ser informada, lo cual implica que los pueblos indígenas deben disponer de tiempo suficiente para realizar su propio proceso de adopción de decisiones y participar en las decisiones tomadas en consonancia con sus prácticas culturales y sociales. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes, brindando información al respecto

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

en un formato entendible y públicamente accesible ya que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (acceso a la información). Por ejemplo, tratándose de proyectos se deben conocer los alcances del proyecto a desarrollar. Con este fin se deberían realizar estudios antropológicos por parte de expertos imparciales acerca de la afectación al interior de los pueblos sobre su cosmovisión y la forma como debe desarrollarse la consulta dentro de un pueblo indígena específico, y, a su vez, traducir a la lengua del pueblo estos estudios para su comprensión. (2012).

A este punto, creemos también ilustrativo y útil, por el fin democrático y pluralista que persigue, tener presente el conjunto de características que aconseja el Instituto Interamericano de Derechos Humanos deben estar siempre presentes en procesos de Consulta Previa con comunidades étnicas:

- La consulta debe realizarse con carácter previo;
- La consulta no se agota con la mera información;
- La consulta debe ser de buena fe dentro de un proceso que genere confianza entre las partes;
- La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas;
- La consulta debe ser sistemática y transparente; y
- El alcance de la consulta busca el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de las decisiones. (2016).

Preguntarnos por quién es la autoridad representativa de las comunidades negras que estaría en condición de ser el espacio legítimo al que se le consultarían las actividades, obras y proyectos relacionados y derivados de los acuerdos de Paz firmados en la Habana es quizás un cuestionamiento difícil de plantearse y mucho más complejo de responder si se sabe de la multiplicidad de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base de estas comunidades negras que hoy existen en Colombia; sumado a ello, la aparente falta de una organización que como la

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Organización Nacional Indígena de Colombia-ONIC- que si tiene cierto grado de representatividad de los pueblos indígenas del País, en el caso de las comunidades negras el tema parece muy complejo. Sin embargo, esta dificultad, no justifica de ninguna manera que los procesos de Consulta Previa con las comunidades negras no se haga; puesto que según la jurisprudencia internacional y la colombiana han estado de acuerdo en que son los Estados quienes deben promover las condiciones para que estas comunidades y grupos étnicos tengan el grado de organización indicado que les permita asumir uniformidad y representatividad a la hora de presentarse estos escenarios.

Si ese fuera el caso, que repetimos, aunque no es tan clara la representatividad de una especie de organización nacional de comunidades negras, estas sí están caminando hacia un espacio de Consulta Nacional que podría facilitar o por lo menos ser el camino a seguir y fortalecer por parte del Estado con miras a garantizar el derecho de consulta de medidas de alcance nacional de las comunidades negras, el Estado es quien debe ocupar el primer puesto como responsable e interesado en que las comunidades consultadas sean debidamente consultadas a través de sus autoridades representativas en los términos del convenio 169 de 1898 de la OIT. Sobre el punto, el Profesor Carmona de Chile, plantea lo siguiente:

Una consecuencia importante de estas prescripciones es que se produce una desformalización del concepto de representación, en el sentido básico que no se requiere que dichas instituciones gocen de algún tipo de reconocimiento jurídico o certificación previa por parte del Estado –por ejemplo, no es necesaria personalidad jurídica vigente– y lo que se podría requerir sería un documento de “acreditación de representantes” ante la autoridad promotora de la consulta, como se hace en la legislación peruana¹⁴. Sin embargo, si se considera el hecho que en muchos países de América Latina la estructura político-representativa de estos pueblos se encuentra –valga el oxímoron– fuertemente

debilitada, entonces en la práctica puede haber situaciones en que se requiera un juicio discrecional del Estado respecto a qué instituciones consultar. A modo de ilustración: si, como correctamente señalan Salgado y Gómez, el Estado no puede abstenerse de realizar la consulta alegando defectos en la representatividad de las instituciones indígenas¹⁵, ante situaciones de inexistencia o desorganización de éstas, será el propio Estado quien, finalmente, intervenga en su determinación, sea proponiendo mecanismos de definición, o, por ejemplo, en casos impugnación judicial de ciertos representantes, derechamente decidiendo (Estado juez) cuáles serán. (2013)

La misma ONU en su famoso Manual de Explicación e implementación del Convenio 169 de 1989 explica:

b) Respetando el principio de **representatividad** lo cual es “un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.³³

Quedando clara la idea de que el Estado debe proceder de tal forma que ante las dificultades internas y organizativas que muestren las comunidades objeto de consulta, se optará por facilitar y producir las condiciones para que se erijan con rapidez las instancias e instituciones propias que garanticen un adecuado proceso de Consulta Previa; deberemos ahora hacer mención de lo que a nuestro criterio, y que por fortuna ha sido también refrendado por la misma Corte Constitucional en un reciente fallo que tendremos la oportunidad de comentar, como el espacio que han decidido crear muchas organizaciones de base y Consejos Comunitarios para tramitar

³³ Ob. Cit.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

legítimamente los procesos de consulta previa de lo que hemos llamado medias administrativas y legislativas de alcance nacional.

El 27 de agosto de 2013, en la ciudad de Quibdó, se realizó el Primer Congreso Nacional Autónomo para la Conformación de la Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana. En este espacio se eligieron 109 delegados distribuidos así: 55 de los Consejos Comunitarios, 32 de las formas organizativas urbanas, 1 de capitanía, 2 de mujeres, 2 de víctimas, 2 de jóvenes, 2 de Palenques, 3 de Raizales, 2 de estudiantes, 1 LGBTI, 1 de población con discapacidad, 1 de adulto mayor y 5 por los distritos especiales.³⁴

La denominada Mesa Transitoria, quedó autorizada para interlocutar con el Gobierno Nacional en asuntos relativos con procesos de Consulta Previa derivados del Convenio 169 de 1989 de la OIT. Como se ve, es una mesa con carácter transitorio, que aglutina de manera incluyente y democrática cada sector diferencial dentro del pueblo afrocolombiano, por lo que está revestido de toda la legitimidad posible para preparar el paquete de propuestas que serían consultadas al grueso del pueblo afrocolombiano en la refrendación de los acuerdos de Paz, si hablamos de la implementación de la primera propuesta planteada por esta tesis, o si se trata de la Consulta de los proyectos o políticas públicas de ejecución de los acuerdos en el segundo caso.

Este mismo Congreso, realizado en Quibdó en agosto de 2013, estableció un Protocolo de Consulta, que contiene los principios rectores, reglas y procedimientos establecidos por este pueblo para todo ejercicio de Consulta; por lo que sería este documento, la hoja de ruta a seguir no solo en este ejercicio de Consulta de los acuerdos de Paz, sino en todos los que sigan en adelante mientras no se apruebe la Ley Estatutaria reglamentaria de este derecho fundamental.

³⁴ Ver anexo 4.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Este Protocolo derivado del Primer Congreso Nacional Autónomo para la Conformación de la Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana, es además aceptado por la Corte Constitucional y de hecho, en sentencia T-576 de 2014, ordena en su parte resolutive:

Cuarto. Ordenar al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional la *“Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas”* aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. El ministerio deberá informar que dicha propuesta será el punto de referencia para el trámite del proceso de consulta en el curso del cual se definirán las **pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales**. La divulgación del documento deberá presentar, de forma sencilla y comprensible, el contenido de cada uno de los siete puntos definidos en la propuesta de protocolo, destacando, especialmente, el contenido del punto v), relativo a *“los participantes del proceso de consulta”*, por ser este, en últimas, el que se debatirá en el marco del proceso consultivo al que se refiere esta sentencia.

Si el ministerio considera que el diseño, la integración o el funcionamiento del referido espacio nacional de consulta deben sujetarse a requisitos distintos a los concertados por las comunidades que participaron en el Congreso Afro, deberá formular su respectiva propuesta y divulgarla en los términos acá previstos, con el objeto de que se discuta al respecto en el escenario del correspondiente proceso consultivo.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

El protocolo construido por el pueblo afrocolombiano³⁵, en efecto establece como principios que lo guían en su aplicación, los siguientes:

- principio de buena fe,
- principio de información,
- principio de consulta culturalmente aceptada,
- principio de carácter previo,
- principio del consentimiento,
- principio de prevalencia del territorio y de la integridad étnica y cultural,
- principio de objeción cultural,
- principio de libertad,
- principio de representatividad,
- principio de progresividad,
- principio de reparación,
- principio de publicidad,
- principio de participación integral del Estado,
- principio de unidad, integralidad e interdependencia
- principio de garantías
- principio de responsabilidad,
- principio de pro-pueblos,
- principio de prevalencia de la integridad cultural y étnica.

³⁵ Revisar anexo 5.

2.9. ¿Será necesario en este caso, obtener el consentimiento de las comunidades negras?

Respondiendo esta interrogante, daremos por terminado este trabajo de maestría. Creyendo agotar cada detalle, cada arista de la Consulta Previa enfrentada al caso concreto del actual Proceso de Paz sostenido entre las FARC-EP y el Gobierno de Colombia.

En realidad, la respuesta es sencilla de realizar. Nos planteamos la cuestión de si puesto los acuerdos de Paz bajo Consulta de las comunidades negras en ejercicio de ese derecho *iusfundamental*, sería requisito jurídico conseguir su consentimiento, o lo que es lo mismo, la Consulta Previa, Libre e Informada. La respuesta es no, bajo el entendido de dos argumentos:

El primero es que las reglas y subreglas de la Consulta Previa a comunidades negras señaladas por la Corte Constitucional en sentencia T-129 de 2011 manifestó que dicho requisito del consentimiento solo es requerido para la validez constitucional de la medida objeto de Consulta, en alguno de los siguientes casos hipotéticos:

Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos,

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

No siendo el caso de la Consulta a los acuerdos de Paz, de los reseñados por la Corte, ni poder interpretar que de la aplicación de los acuerdos se pueda poner en seria amenaza la integridad cultural de estas comunidades, no cabría entender que en este aspecto se requiera de un consentimiento.

El segundo argumento, tiene que ver con la acepción jurídica que dentro de nuestras normas constitucionales tiene la Paz. Para la Corte es claro que la Paz, es un derecho-deber, convertido igualmente en un valor constitucional que el Estado persigue incansablemente. Así lo dijo recientemente:

Destaca que, en su criterio, el establecimiento de un proceso de paz es el mecanismo que desarrolla de mejor manera el contenido y propósito de la *paz* en su múltiple naturaleza (tanto como derecho, valor y finalidad de las actuaciones de las autoridades públicas), pues impone en cabeza de la totalidad de la población, esto es, tanto de los servidores públicos como de los ciudadanos, el deber de hacer lo posible para materializar su garantía. (Sentencia C. Const., C-574 de 2014, p. 29)

Y es que además de ser un derecho, y una obligación de manera concomitante como lo dice el artículo 22 constitucional: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, la idea de que sea una obligación en cabeza de los ciudadanos se refuerza por el artículo 95 que recuerda esa carga que tenemos los ciudadanos:

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

5. Propender al logro y mantenimiento de la paz. (Subrayado del autor).

Exigir que en estos eventos hipotéticos de Consulta Previa de los acuerdos de Paz, las comunidades negras tengan poder de veto, que implica necesariamente el hecho de que se entienda necesario conseguir su consentimiento, es una conclusión contradictoria con las normas constitucionales que acabamos de citar. Pues estaríamos dando licencia a estas comunidades para que se eximan de su deber en hacer como ciudadanos lo que les corresponda para la consecución de la Paz. Ahora, la Paz, no es solo asunto de las comunidades negras, este es un asunto de interés de la Nación colombiana en su conjunto; hacer depender la viabilidad de los acuerdos de Paz solo si las comunidades negras dan su consentimiento, es un despropósito que no guarda relación con un fin constitucional tan loable como la Paz. Una conclusión de esta naturaleza, no sería proporcional con muchos de los artículos de la Constitución ni se correspondería con fines estatales como la armonía, la tranquilidad, o el interés general. En síntesis, no puede quedar en manos de un sector de la población, un asunto que atañe a todos los colombianos; dejar tal decisión en manos de la liberalidad de las comunidades negras, repetimos, no sería proporcional con los más caros principios y valores constitucionales, incluyendo por su puesto, la Paz como uno de ellos.

3. CONCLUSIONES

Revisada la temática propuesta con este trabajo de Maestría, confiamos que fueron esclarecidos todos los ítems que debían tocarse para un abordaje serio del tema, del cual somos conscientes genera gran interés, sensibilidad y expectativas, especialmente, para las comunidades negras de Colombia. De cada tema superado, se pueden extraer las siguientes conclusiones que de alguna manera terminan siendo el aporte académico que le deja este trabajo investigativo al País, al derecho y de manera particular al pueblo negro.

La Consulta Previa, es un derecho fundamental, reconocido en nuestro bloque de constitucionalidad, de carácter colectivo, cuyos titulares son los grupos étnicos, que consiste en que toda medida administrativa o legislativa, proyecto o actividad que pueda afectar los intereses y derechos de las comunidades étnicas, les será puesto bajo su consideración para que de manera abierta puedan participar y opinar sobre el mismo. En algunos casos esa Consulta requiere de un consentimiento previo, libre e informado para que la medida tenga continuidad y aplicación, lo cual está sujeto a la casuística explícitamente señalada por la Corte Constitucional.

Revisados los puntos de la agenda que se propusieron discutir el Gobierno Colombiano y las FARC-EP para llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto, se pudo constatar con base en cifras, datos, estadísticas y mapas oficiales y de organizaciones no gubernamentales que estudian el conflicto colombiano, que parte importante de los mismos, tienen un nivel de afectación indiscutible en los intereses, los derechos y las vidas de las comunidades negras de Colombia.

Que no obstante de la conclusión anterior, no se requiere para la firma del Acuerdo de Paz en el marco de los diálogos sostenidos entre las FARC-EP y el Gobierno de Colombia, surtir el derecho de Consulta Previa a las comunidades negras, en este momento o etapa en la que se

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

encuentran los diálogos, por no ser este documento de acuerdo, ni una medida administrativa ni una legislativa, obra o actividad, únicos actos que de manera expresa ordena el convenio 169 de 1989 son objeto de Consulta Previa. Dicha afirmación, se establece luego de revisada la naturaleza jurídica de los tratados o acuerdos de Paz, pues si bien es un acto realizado por el Presidente de la República, este se realiza en ejercicio de sus facultades como Jefe de Estado y no como autoridad administrativa; por tanto, este tipo de actos según la doctrina no son actos de la administración, sino, actos políticos o de poder en donde el Presidente ejerce potestades derivadas de manera directa de la Constitución buscando materializar fines de alto valor estatal, como justo sucede con la Paz.

Sin embargo, como se pudo comprobar que le asiste un interés irrefutable a las comunidades negras en torno a los temas y acuerdos discutidos y pactados entre el Gobierno y las FARC-EP, es posible que los mismos si sean finalmente puestos bajo Consulta de las Comunidades negras. Dos propuestas fueron presentadas: la primera, consiste en que al momento de la refrendación de los acuerdos que hace parte del documento *Acuerdo General Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera* firmado por las partes, que se concreta en una consulta popular a todo el país, dará la oportunidad para que de manera diferencial y con enfoque étnico, se haga una Consulta especial a las comunidades negras para que ejerzan su derecho de Consulta. La segunda alternativa planteada en este trabajo propone que las políticas públicas, programas y proyectos gubernamentales que deberán darle aplicación a los acuerdos alcanzados entre las partes, al ser jurídicamente actuaciones administrativas, sean consultadas a las comunidades negras, garantizando con ello su derecho a la Consulta Previa sobre asuntos que son claramente de su interés.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

Que indagando la jurisprudencia y haciendo un análisis constitucional, determinamos que en estos ejercicios de Consulta Previa propuestos, no será necesario obtener consentimiento de las comunidades negras.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO, C. J. (2012) *Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales*. Traspassando Fronteras: Revista estudiantil de asuntos transdisciplinarios, ISSN-e 2322-9152, ISSN 2248-7212, N°. 2, 2012, Bogotá, Colombia
- AFRODES; (2009). *Informe presentado al comité para la eliminación de la discriminación racial-CERD*. Bogotá Colombia.
- AFRODES, CNOA y otros. Insumos para Política Pública de prevención y atención al desplazamiento forzado y confinamiento de la Población Afrocolombiana; Planeta Paz (2004) Ponencia “Economías extractivas, Inequidad y exclusión”. En foro sobre el Pacifico, Cali. Citado en PCN, 2007; ACNUR, AFRODES y Conferencia Nacional Afrocolombiana. Lineamientos para la construcción de una política pública de atención diferenciadas a la población afrocolombiana en situación de desplazamiento y confinamiento, Documento Borrador, Bogotá, Julio de 2007, pp. 25-26
- ALEXY, R. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid-España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁLZATE MORALES, J. J. (2013). *Consulta previa: un derecho fundamental*. Bogotá-Colombia. Consultores.
- ANAYA, J. (2011). *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Central*, Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Ex relator especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas. pp.30 y 31.
- ARANGO, C. (1982). *FARC 20 años: de Marquetalia a la Uribe*. Bogotá-Colombia. Aurora

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

ARIZA SANTA MARIA, R. (2013) *Pueblos indígenas de Colombia ante el sistema interamericano de derechos humanos*. Universidad del Rosario-Fundación Konrad Adenauer. Bogotá.

AROCHA, J. (2016) *Comisión étnica para la Paz*. El Espectador, edición digital del 14 de marzo de 2016. Bogotá.

CARMONA CALDERA, C. (2013). “Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas”, Revista Ius et Praxis, Año 19, No 2, 2013, pp.301-334. ISSN0717-2877, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile.

CODHES; (2013). *La crisis humanitaria en Colombia persiste. el Pacífico en disputa. Informe de Desplazamiento 2012*. Bogotá-Colombia.

COMISIÓN ÉTNICA PARA LA PAZ Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS TERRITORIALES. (2016). *Comunicado a la opinión pública No 2*. Organización nacional indígena de Colombia-ONIC- y Consejo nacional de paz afrocolombiano-CONPA-, 8 de marzo de 2016, Bogotá.

CONSEJO NORUEGO DE LOS REFUGIADOS (2014). *Desplazados internos por los conflictos y la violencia*. (s.l.)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL (2013). *Diálogo constitucional para la paz, Memorias del IX conversatorio de la jurisdicción constitucional de Colombia*. Medellín-Colombia.

**EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL
MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.**

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-564 de 1992. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-295 de 1993. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-422 de 1996. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 039 de 1997. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-169 de 2001. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2002. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-880 de 2006. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 2008. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-461 de 2008 M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154 de 2009. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-769 de 2009. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-702 de 2010. M.P.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 de 2011. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 2011. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-129 de 2011. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-253 de 2013. M.P.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2014. M.P.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 15 de junio de 1989 en el caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, Reparaciones y costas párr. 30.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 10 de septiembre de 1993 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aloeboetoe vs Surinam párr. 43.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 15 de junio de 2005 en el caso comunidad moiwana vs Surinam.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam.

CHARRIS BENEDETTI, J. P. (2014). *El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública*. Revista Derecho del Estado No 33, julio-diciembre de 2014, pp. 123-147. Bogotá, ISSN 0122-9893

DANE. (2005). Censo General. Marco Geoestadístico Nacional, 2004 Espacializado en: Dirección de Geostadística, Fecha: Octubre de 2006, <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/etnias.pdf>, 28 de mayo de 2015.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

DANE. (2015). Censo. Disponible en Internet: <http://www.dane.gov.co/censo/files/presultados.pdf>, 28 de mayo.

EXALCALDESA DE QUIBDÓ, líder de comunidades negras impulsora de la Ley 70 de 1993 y primera congresista por circunscripción especial de comunidades negras.

FARC-EP. Las autodefensas: de unas a otras hay mucho trecho. en: Revista Resistencia No.30.Edición Internacional (jul-oct 2002). AH-FARC-EP-sección libros.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Washington D.C., 20036.*

GARCÍA SERRANO, F. (2014). *Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la amazonía ecuatoriana.* Revista Antropológica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Ecuador.

I.I.D.H.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2016). *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas.* San José, C.R., ISBN 978-9930-514-09-2

ISAZA GIRALDO, M. (2016). El Colombiano periódico. Publicación digital del 12 de marzo de 2016. Medellín.

MEDINA GALLEGOS, C. (2010). *FARC-EP, Notas para una historia política,* Bogotá Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

NARANJO MESA, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas.* Bogotá-Colombia. 11ed. Temis.

- NAVARRO SMITH, A., BRAVO ESPINOSA, Y. y LÓPEZ-SAGÁSTEGUI, C. (2014). *Derechos colectivos y consulta previa: territorio cucapá y recursos pesqueros en baja California, México*. Revista Colombiana de Sociología, 37(2), 43-64.
- LÓPEZ VYHMEISTER, R. & MOHR AROS, T. (2014). *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de normas previstas y de su trato en la jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?*. Revista de Derecho, ISSN 0716-9132, Vol. 27, N° 1, 2014, págs. 105-126.
- LUCIANO PAREJO, A. (2011). Palabras pronunciadas por el profesor español, en el acto de lanzamiento del Código. Salón Rojo del Hotel Tequendama. Bogotá
- O.I.T. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003). *Convenio Número 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, Manual*. ISBN 92-2-312056-X.
- PATÍÑO PALACIOS, L. A. (2012) *Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas*”, ISSN 2027-1131, ISSN-e 2145-4493, Vol. 7, 2014, págs. 69-111.
- RED DE OBSERVADORES DE LA CONSULTA PREVIA EN AMÉRICA LATINA- RED OBSERVA (2016). [En Línea] Disponible en Internet: <https://redaccion.lamula.pe/2016/04/06/organismo-mundial-minero-critica-a-la-snmpe-por-declaraciones-contrala-consulta-previa/victorliza/>
- RESTREPO, E. (2013). *Articulaciones de negritud: políticas y tecnologías de la diferencia en Colombia en hegemonía cultural y política de la diferencia*. CLACSO.
- RODRIGUEZ GARAVITO; M. M.; ORDÚZ SALINAS, N.; BURITICÁ, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Revista justicia global. Universidad de los Andes. Bogotá.

EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP.

RODRÍGUEZ, G. A. (2009). *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Bogotá-Colombia. Revista ILSA.

RODRÍGUEZ, G. A. & MUÑOZ, A. L. M. (2009). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2007). *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo procedimiento, eficacia y validez. Tomo II*. Bogotá-Colombia. 4ed. Universidad Externado de Colombia.

SALINAS ALVARADO, C. E. (2011). *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*. Revista derecho del estado, ISSN 0122-9893, Nº. 27, 2011, págs. 235-259.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ 075 DEL 5 DE OCTUBRE DE 2009 M.P. Mirtha Abadía Serna. Expediente 2009-030. Auto 005 de 2009 de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana.

UPRIMNY YEPES, R. (2001). “*El bloque de constitucionalidad en Colombia*”, en compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

-----, (2016). *Paz Multiétnica*. Artículo del Espectador del 20 de mayo de 2016. Bogotá.

VIDAL PERDOMO, J. (2010). *Derecho administrativo colombiano*. Bogotá-Colombia. Temis