

# Reparación integral a pueblos y comunidades afrocolombianas

Decreto Ley 4635 de 2011



Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES





# Reparación integral a pueblos y comunidades afrocolombianas

Informe sobre el proceso de consulta previa y construcción del Decreto Ley 4635 de 2011, relativo a la asistencia, atención y reparación integral y restitución de tierras de las víctimas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.



## Reparación integral a pueblos y comunidades afrocolombianas

Informe sobre el proceso de consulta previa  
y construcción del Decreto Ley 4635 de 2011,  
relativo a la asistencia, atención, reparación  
integral y restitución de tierras de las víctimas  
de comunidades negras, afrocolombianas,  
raizales y palenqueras.

Bogotá, diciembre de 2013

ISBN: 978 958 577 68 69

© Consultoría para los Derechos Humanos y el  
Desplazamiento, CODHES

MARCO ROMERO SILVA  
Director

Proyecto “Reparación integral para pueblos  
y comunidades indígenas y afrocolombianas.  
Énfasis en consulta previa como derecho  
fundamental”.

EQUIPO DEL PROYECTO:

SONIA LONDOÑO  
Coordinadora

HELMER EDUARDO QUIÑONES MENDOZA  
ARIEL ROSEBEL PALACIOS ANGULO  
PATRICIA TOBÓN  
Investigadores

Francisco Taborda y Rodolfo Vega hicieron parte  
del equipo del proyecto durante su primer año de  
ejecución (2011-2012), desempeñándose como  
coordinador y analista indígena respectivamente.

ARIEL PALACIOS, HELMER EDUARDO QUIÑONES  
y SONIA LONDOÑO  
Investigación y redacción

CODHES  
Cra 6 No 34-62 oficina 302. Bogotá D.C  
Tel. (57- 1 ) 2325666  
codhes@codhes.org  
www.codhes.org

En la portada, escultura de Benkos  
Biojó, ubicada en San Basilio de  
Palenque (Bolívar).

Fotografía de Helmer Quiñones

Producción editorial:  
Torre Gráfica Limitada

Impresión:  
Corcas Editores SAS

## CONTENIDO

- 7 PRESENTACIÓN Codhes
- 10 PRESENTACIÓN Cnoa

### 15 INTRODUCCIÓN

- 24 I. Exclusión estructural y crisis humanitaria de los afrodescendientes en Colombia
- 32 II. La consulta previa en Colombia para los pueblos y comunidades afrodescendientes

### PRIMERA PARTE

- 47 ANÁLISIS DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN Y DEBATE DEL DECRETO LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS PARA COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS

#### CAPÍTULO I

- 51 El proceso de “consulta” adelantado por el Gobierno nacional en el marco del Decreto Ley 4635
- 51 A. *El mecanismo de consulta del Decreto Ley 4635 en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel*
- 54 B. *El desarrollo del proceso de consulta previa: la consultiva nacional y las consultivas departamentales*
- 62 C. *Voces de los procesos organizativos étnico-territoriales, nacionales y de víctimas del pueblo afrocolombiano respecto al proceso de “consulta”*

#### CAPÍTULO II

- 70 Derechos de las víctimas afrocolombianas y Decreto Ley 4635
- 71 A. *Las víctimas afrocolombianas y el acceso a las medidas de reparación en el marco del Decreto Ley 4635 de 2011*
- 80 B. *Principios, derechos y medidas en el marco del decreto ley 4635*
- 92 C. *Las víctimas afrocolombianas y el sistema de atención y reparación integral a las víctimas*

### SEGUNDA PARTE

- 103 DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL DECRETO LEY 4635

#### CAPÍTULO I

- 104 El Decreto Ley 4635 desde una perspectiva comparada
- 104 A. *Análisis comparado entre el Decreto Ley 4635 y el Decreto Ley 4633, “por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”*
- 119 B. *Breve exposición comparativa entre el Decreto Ley 4635 y el Decreto Ley propuesto al Gobierno nacional por la Mesa de Nacional de Organizaciones Afrocolombianas*

#### CAPÍTULO II

- 122 Aplicación concurrente: el Auto 005 y el Decreto Ley 4635
- 123 A. *Auto 005 y Decreto Ley 4635: elementos generales para su articulación*
- 127 B. *Complementariedad y refuerzo mutuo: órdenes del Auto 005 y el Decreto Ley 4635*

### 136 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 147 BIBLIOGRAFÍA

## Agradecimientos

La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado (Codhes) expresa su agradecimiento a las organizaciones afrocolombianas del orden nacional y procesos étnico - territoriales y de base, así como a sus líderes y lideresas, cuyo aporte al desarrollo de esta publicación es invaluable. Asimismo, agradecemos a entidades estatales, organizaciones no gubernamentales y agencias de Naciones Unidas que apoyaron el trabajo de Codhes en terreno.

De igual modo Codhes reconoce el aporte del Fondo para la Sociedad Civil Colombiana por la Paz (FOS Colombia), agencia que financió el proyecto en el marco del cual se realizó esta publicación.

El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva de Codhes y no compromete la posición de FOS Colombia.

La presente publicación forma parte del proyecto “Reparación integral a pueblos indígenas y afrocolombianos, énfasis en consulta previa como derecho fundamental”, desarrollada conjuntamente por la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes), la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrodescendientes (CNOA), y que tiene por objeto el seguimiento a la implementación de procesos de consulta previa en materia de derechos humanos, y más específicamente en relación con los derechos de las víctimas indígenas y afrodescendientes. Precisamente sobre esta materia el proyecto dio a conocer en 2011 el libro *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*, que sistematiza los criterios establecidos por este tribunal en los últimos veinte años.

En esta oportunidad, ponemos en manos de la opinión pública el análisis de los contenidos del Decreto Ley 4635 de 2011, que regula los derechos de las víctimas pertenecientes a comunidades afrodescendientes en Colombia. El documento tiene los siguientes propósitos: 1) examinar el proceso de “consulta” del Decreto Ley 4635; 2) realizar una breve presentación de los contenidos de dicha norma; 3) llevar a cabo un análisis comparado con el decreto ley indígena (Decreto Ley 4633 de 2011); y 4) analizar la correspondencia entre el Auto 005 y el decreto ley de atención y reparación a víctimas afrocolombianas.

Es importante recordar que el Decreto Ley 4635 de 2011 fue expedido mediante el otorgamiento, por parte del Congreso de la República, de facultades extraordinarias al Ejecutivo, con el fin de legislar una materia que no podía ser regulada por la Ley 1448 de 2011, dado que en la producción de dicha ley no se llevó a cabo un proceso de consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas y afrodescendientes. En ese contexto, los pueblos aceptaron el procedimiento excepcional como una demostración de solidaridad con el resto de las víctimas del país, en momentos en que los sectores más regresivos del Congreso clamaban por el hundimiento del proyecto de ley de víctimas, tal como había ocurrido durante el gobierno anterior. Sin embargo, advirtieron que esta figura no podía convertirse en regla y llamaron al cumplimiento cabal de los parámetros fijados por el Convenio 169 de la OIT y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Más aún, en el caso del Decreto Ley 4635 de 2011, las organizaciones de víctimas denunciaron su exclusión del proceso de consulta y demandaron el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional contenidas en el Auto 005 de 2008, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025, mediante la cual el Alto Tribunal reiteró “la garantía de la participación efectiva de las comunidades afro en los procesos de toma



de decisión que los conciernan”. Cabe señalar que, aun en estas condiciones de exclusión, participaron activamente en la producción de propuestas alternativas que fueron insumos importantes del proceso.

Con todo, la adopción de estas leyes de víctimas constituye un paso muy importante, en un país acostumbrado a convivir con la negación de la realidad y de los derechos de las víctimas. Existen grandes discrepancias sobre los contenidos específicos de estas leyes, y por eso Codhes, entre otras organizaciones, ha interpuesto demandas e intervenciones ciudadanas ante la Corte Constitucional, para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de varios de sus artículos. Pero en la práctica estas leyes constituyen un gran avance, por su significado en materia del reconocimiento histórico de los daños causados por el conflicto armado.

Aunque los legisladores optaron por no reconocer expresamente el principio de responsabilidad del Estado, lo cierto es que se ha llegado a la expedición de este tipo de leyes, porque en la práctica el Estado ha fracasado en su deber de asegurar la protección de los derechos de los ciudadanos en sus territorios. Ha fracasado, igualmente, en la administración justicia, cuando no logra evitar las violaciones cometidas por grupos armados al margen de la ley, y porque además existe un sinnúmero de violaciones de derechos humanos y del DIH atribuibles a agentes de Estado.

Un segundo aspecto que vale la pena destacar es el avance en el reconocimiento del deber del Estado en materia de reparación colectiva. Es absolutamente necesario garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de cada una de las víctimas individualmente consideradas. Pero el sentido de la reparación colectiva introduce nuevas dimensiones que tienen un gran potencial para llegar a las causas más profundas de la victimización y, por consiguiente, para asegurar medidas mucho más estructurales de reparación y de no repetición. El fundamento de la reparación colectiva es el reconocimiento de la pertenencia social, territorial y cultural de las víctimas y, por ende, del daño causado a estos procesos organizativos y a sus capacidades culturales y políticas. En este sentido, la reparación debe enfocarse a reconocer este tipo de daños mucho más estructurales, a desarrollar procesos que permitan la reconstrucción de los pueblos y sus organizaciones y, ante todo, a asegurar que se produzca un quiebre histórico en la sociedad colombiana. De este modo se dejarían atrás los fenómenos de victimización desproporcionada causados por el conflicto y, por demás, encadenados a la desprotección histórica de comunidades y pueblos, y a procesos de discriminación de larga duración.

En esa búsqueda se inscriben nuestros trabajos, particularmente el que presentamos en esta oportunidad, el cual tuvo lugar en el marco de la alianza con la Conferencia Nacional de

Organizaciones Afrocolombianas (CNOA) y, más recientemente, con la Asociación de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes), y que se desarrolló como parte del proyecto mencionado, con el apoyo de FOS Colombia.

MARCO ROMERO  
Director CODHES

## **La CNOA saluda el trabajo de visibilidad frente al acceso a derechos del pueblo afrocolombiano**

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre las problemáticas extremas a las que ha sido sometido el pueblo afrocolombiano han significado, sin duda, un paso importante en el proceso emprendido por las organizaciones afrocolombianas, así como por las no afrocolombianas, por visibilizar las afectaciones del conflicto armado y la discriminación estructural. El desplazamiento forzado y el confinamiento como expresiones de la crisis humanitaria, sumados a la exclusión estructural histórica, han tenido una seria incidencia en la proliferación de la marginalidad y las precariedades en el goce efectivo de derechos que hoy constatamos para el pueblo afrocolombiano.

No obstante, las realidades que impactan al pueblo afrocolombiano van más allá de los límites impuestos por la ausencia del Estado. Como pueblo, se ha creado y recreado el territorio para la vida, en el que se han desarrollado diversos tipos de apropiación, entre los cuales resaltan la propiedad colectiva y las prácticas propias que dibujan el estar y ser dentro de una colectividad y un territorio. En razón de ello, no solo se ha reconocido que el territorio es un derecho fundamental, sino que hace parte de las cosmogonías y constituye el sustrato material para el desarrollo de sus particularidades culturales.

Puesto en otros términos, las territorialidades afrocolombianas en el Pacífico y el Caribe colombiano pasan por una diversidad que las hace particulares en el marco de las afectaciones del conflicto, no solo porque los hechos de violación a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario (DIH) han tenido una fuerte irrupción en el proyecto de vida que los descendientes de esclavizados emprendieron después de 1851, sino porque los hechos violentos han derrumbado sus construcciones simbólicas y de significado social, económico, político, cultural y ambiental.

Estas afectaciones que señalamos de forma especial han dejado huellas irreversibles en el territorio y han transformado el ser niño, joven, mujer, hombre y tener mayoría de edad en las diversas comunidades, en el escenario rural y urbano. De ahí que las afectaciones por el conflicto en la territorialidad y la humanidad afrocolombiana no sean iguales a las afectaciones de otros lugares y poblaciones. Por ello es importante comprender el antecedente histórico en relación con la vida y el territorio para las comunidades y el pueblo afrocolombiano.

También es relevante señalar que, con el conflicto y las dinámicas históricas que se han presentado en Colombia en las últimas cinco décadas, las territorialidades afrocolombianas han cambiado, pero también se han reconfigurado en la ruralidad y en lo urbano, lo que nos obliga a comprender que las victimizaciones han tenido lugar en la ruralidad, pero también

en la urbanidad a lo largo y ancho del territorio nacional. Así las cosas, las referencias a las víctimas afrocolombianas van mucho más allá de la ruralidad afrocolombiana, porque hoy la mayoría de esta población se encuentra en los territorios urbanos y mantiene una conexión fuerte con los ámbitos rurales, lo cual supone la necesidad de adoptar lecturas especializadas para abordar la reparación como pueblo; la Ley 70 permite esta lectura dado el concepto campo-poblado que la estructura (art. 2).

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester sentar que la política pública de reparación y los mecanismos que se adopten no deben perder de vista las afectaciones específicas del conflicto y los demás factores que han conducido a nuestra actual crisis humanitaria —entre ellos, la exclusión estructural, el impacto negativo de los megaproyectos, el despojo y la inseguridad jurídica de nuestros territorios—, ni mucho menos las construcciones que hemos adelantado como pueblo desde el ejercicio de exigibilidad de los derechos a partir de lo organizativo.

En primer lugar, hemos realizado en diferentes momentos acciones que han apostado por identificar una ruta para la discusión y la visibilidad del desplazamiento forzado interno y del confinamiento del pueblo afrocolombiano en las territorialidades ancestrales y nuevas territoriales. A este hecho nos referimos al inicio de nuestra conversación.

Es valioso recordar que la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA) —con el liderazgo de las organizaciones Proceso de Comunidades Negras (PCN) y Asomujer & Trabajo— se propuso, junto con la Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes) y la Organización de Comunidades Negras (Orcone), visibilizar la voz de las víctimas afrocolombianas de desplazamiento forzado, confinamiento y resistencia en demanda de una política pública con enfoque diferencial étnico racial, que se consolidó con un documento general de propuesta para el país<sup>1</sup>.

También, de manera permanente, se realizaron acciones de incidencia en los ámbitos local, departamental, nacional e internacional, especialmente para lograr el empoderamiento de la población, las organizaciones y las víctimas afrocolombianas, para la participación en el proceso de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y la implementación de sus respectivas órdenes mediante espacios de discusión y coordinación, en especial, las órdenes diferenciales derivadas del Auto 005 de enero de 2009. La consolidación de este proceso de entendimiento, comprensión y determinación, para movilizar procesos de exigibilidad, implicó la urgencia de acercarnos al marco conceptual y jurídico que acompaña los derechos y la problemática que nos ocupa en esta conversación.

En segundo lugar, en este recorrido las organizaciones afrocolombianas hemos mantenido un proceso de construcción pacífico desde la base afrocolombiana, centrados en la organiza-

---

1 Se trata del documento “Política pública con enfoque diferencial para la población afrocolombiana en situaciones de desplazamiento forzado o confinamiento. Propuestas para la construcción” (octubre de 2008), cuyo objetivo era generar respuestas de atención y protección, fomentar acciones incluyentes y fortalecer el espacio de coordinación organizativo.

ción, la incidencia y el cabildeo, a partir de los cuales se han logrado diálogos institucionales de todo nivel. De manera simultánea, hemos formado líderes y lideresas afrocolombianos para la continuidad del ejercicio de exigibilidad de los derechos. Los mensajes emitidos como resultado de los acuerdos étnico-organizativos y comunitarios han estado orientados a la construcción de una paz duradera y al cumplimiento de los mecanismos de protección al pueblo afrocolombiano, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la consulta previa.

El derecho fundamental a la consulta previa, además de constituir un derecho vital para los pueblos y la protección de su integridad cultural, en tanto que de este dependen la vida de las comunidades y su existencia como pueblos, obliga a que el Estado construya los dispositivos de garantías por medio del diálogo intercultural. En efecto, el contenido de sus políticas públicas debe dar cuenta de la eficacia de los marcos participativos y, de forma simultánea, de las particularidades que el pluralismo reconoce constitucionalmente. Este último argumento, en efecto, plantea que la política pública para la reparación y atención a la víctimas afrocolombianas debe ser el resultado de la consulta previa y del consentimiento del pueblo afrocolombiano, a partir de sus expresiones organizativas y reconociendo su diversidad interna: organizaciones de víctimas, consejos comunitarios, organizaciones de base y organizaciones representativas de segundo y tercer nivel.

En tercer lugar, es imperativo resaltar que el entendimiento y la comprensión de lo que significa una política para la atención y reparación del pueblo afrocolombiano es determinante para la efectividad del mecanismo que se adopte. Entre otras circunstancias, un primer desafío consiste en comprender a qué se refieren los procesos organizativos cuando expresan, en el diálogo político, la adopción de un enfoque diferencial étnico afrocolombiano. Un segundo desafío estaría amarrado a las grandes debilidades de la institucionalidad colombiana para reconocer y establecer un diálogo con el proceso organizativo afrocolombiano en todas sus dimensiones, en lo generacional, local, regional y nacional. Finalmente, un tercer desafío está constituido por la generación de claridades sobre los responsables institucionales para la atención y reparación, lo cual implica que haya entidades específicas, recursos claros, mecanismos eficaces y pertinentes, y un equipo humano suficiente y con experticia. Ello supone que la institucionalidad debe fortalecerse con mayor decisión para cumplir con los derechos de las víctimas afrocolombianas.

En cuarto y último lugar, es valioso compartir que hemos logrado diálogos como pueblo, pero también con otros sectores de la sociedad civil y de la comunidad internacional que han cooperado en la identificación y visibilización de las realidades del pueblo afrocolombiano. Este nivel de relación ha avanzado y se ha profundizado con escenarios importantes de indagación en el marco del conflicto, como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes). Después de un largo caminar entendiendo, comprendiendo y haciendo entender los derechos del pueblo afrocolombiano, también logramos unir esfuerzos organizativos y de la sociedad civil para llegar a la construcción de un componente de políti-

ca pública que fuese tenido en cuenta y pudiera materializar gran parte del trasegar histórico. No obstante, aunque estos esfuerzos han sido muy valiosos, no se ha logrado aún el objetivo central, dadas las limitaciones institucionales del Estado para la comprensión de las dinámicas organizativas afrocolombianas.

El análisis aquí presentado por Codhes hace referencia a las grandes limitaciones y debilidades del proceso de construcción de los lineamientos jurídicos para la aplicación de una política pública de atención y reparación del pueblo afrocolombiano. Es esta una apuesta de análisis a la que adjudicamos gran valor por la retroalimentación y el llamado que en efecto hace para la continuidad del proceso de exigibilidad en todo el territorio nacional; y en particular, porque construye la memoria del proceso organizativo nacional afrocolombiano, para las instituciones del Estado colombiano, la sociedad civil en su conjunto, la comunidad académica y la comunidad internacional, sobre lo que aconteció en la construcción de un marco jurídico determinante para las víctimas históricas del pueblo afrocolombiano. No por el cumplimiento de un marco legal, sino porque pudo ser aprovechado por el Estado para avanzar con mayor decisión en afrontar por vez primera, con mecanismos idóneos y políticas públicas, las deudas históricas con nuestras comunidades.

ARIEL ROSEBEL PALACIOS ANGULO

Conferencia Nacional de organizaciones Afrocolombianas, CNOA



## INTRODUCCIÓN

*Reconocemos que los afrodescendientes han sido durante siglos víctimas del racismo, la discriminación racial y la esclavización, y de la denegación histórica de muchos de sus derechos, y afirmamos que deben ser tratados con equidad y respeto de su dignidad, y que no deben sufrir discriminación de ningún tipo. Por lo tanto, se deben reconocer sus derechos a la cultura y a la propia identidad; a participar libremente y en igualdad de condiciones en la vida política, social, económica y cultural; al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones y costumbres; a tener, mantener y fomentar sus propias formas de organización, su modo de vida, cultura, tradiciones y manifestaciones religiosas; a mantener y usar sus propios idiomas; a la protección de sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural y artístico; al uso, disfrute y conservación de los recursos naturales renovables de su hábitat y a participar activamente en el diseño, la aplicación y el desarrollo de sistemas y programas de educación, incluidos los de carácter específico y propio; y, cuando proceda, a las tierras que han habitado desde tiempos ancestrales.*

*Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia,*

*“Declaración y plan de acción de Durban” (párrafo 34, 2001)*

En el Virreinato de Nueva Granada habitaban, junto con la población nativa, los europeos y sus descendientes, africanos y afrodescendientes traídos a América en calidad de esclavizados, como producto de la conquista de las potencias europeas sobre los pueblos de América y África en los siglos XV, XVI y siguientes, y de la captura violenta y sistemática de millones de africanos y nativos americanos y la trata esclavista. Esto se dio en medio de un fenómeno de expansión territorial a gran escala enmarcado en complejos y prolongados procesos de conquista, dominación, colonización y exterminio de las culturas locales y sus diásporas, que se extendieron hasta finales del siglo XIX en América, y hasta la segunda mitad del siglo XX en África. Tal situación histórica configura hasta nuestros días una de las más profundas tragedias y es recordada como el capítulo de horror sistemático más prolongado e injusto en la historia de la humanidad.

Esta circunstancia y sus consecuencias jurídicas y fácticas en América, en medio de diferentes formas de violencia y crímenes contra nativos, africanos y sus descendientes, reducidos a trabajos forzados a lo largo y ancho de toda la región, estuvo sustentada, para el caso de africanos y afrodescendientes, en diferentes mecanismos estructurales de *apartheid* de facto, racismo y discriminación racial institucionalizados en su contra. Los efectos de tales mecanismos condujeron a la negación sistemática de todos sus derechos y persistieron aún en el marco de los ahora independientes Estados de la región, que en muchos casos dieron continuidad a la esclavitud de



africanos y afrodescendientes, luego de los procesos de independencia adelantados de forma progresiva a lo largo del siglo XIX.

La resistencia activa de africanos y afrodescendientes a la esclavitud contra el Imperio español, de aquellos conocidos como cimarrones, supuso, entre otras consecuencias, que Santa Marta fuera quemada por los cimarrones de la Ramada en 1554, y que se construyeran palenques<sup>1</sup> en diferentes territorios de Colombia<sup>2</sup>. Hoy, el único palenque que permanece en nuestro país es San Basilio (Mahates, Bolívar), el cual fue reconocido como pueblo libre en 1713<sup>3</sup>, y en 2005 fue declarado Patrimonio Oral<sup>4</sup> e Inmaterial de la Humanidad por la Unesco.

Cabe advertir que, si bien la independencia de Colombia tuvo lugar entre 1810 y 1819, la esclavización de africanos y sus descendientes fue restringida solo hasta mediados del siglo XIX, con la aprobación de la Ley del 21 de mayo de 1851 —llamada Ley de Manumisión o Libertad de Esclavos—, la cual entró en vigencia el 1.º de enero de 1852. Asimismo, el reconocimiento de derechos de los afrodescendientes en Colombia tuvo lugar solo hasta la Constitución de 1991.

Por el contrario, su antecesora, la Constitución de 1886, proclamó la nación como católica e hispanohablante. En ese sentido, señaló que: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social” y que “la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica”<sup>5</sup>.

Bajo este orden constitucional que reivindicaba la herencia colonial, era imposible pensar en un país y una sociedad diversa, pues su carácter era a todas luces homogeneizante. “La esencia de esa lección aparece resumida en las enormes letras doradas que adornan el recinto de la sede de la Academia Colombiana de la Lengua en pleno centro de Bogotá: *una sola lengua, una sola raza, un solo Dios*”<sup>6</sup>.

1 “Los palenques fueron comunidades de negros que se fugaban de los puertos de desembarque de navíos, de las haciendas, de las minas, de las casas donde hacían servidumbre doméstica y aun de las mismas galeras de trabajo forzado”. Nina Friedmann y Richard Cross, *Ma Ngombe: guerreros y ganaderos en Palenque* (Bogotá: Carlos Valencia Editores. Colombia, 1987, 59 ).

2 Entre ellos, el de Zaragoza, en 1598, 1626 y 1659; en Cartagena, en 1600, 1619, 1650, 1663, 1696 y 1799; en los Montes de María, dirigido por la Negra Leonor, en 1633; en las Sierras de María, por Domingo Criollo y Pedro Mina, en 1694; en Norosí y la Serranía de San Lucas, los dirigidos por Juan Brun y Cunaba, en 1694; en Sierras de Luruaco, el dirigido por Domingo Padilla y Francisco Arará, en 1693; en las montañas de Coloso y Tibú, por Domingo Criollo, en 1684; en Marinilla, Río Negro y Giradora, en 1706; en Tadó, en 1728; en Guayabal de Siquima (Cundinamarca), en 1731; en Tocaima, en 1758; en río Yurumanguí y Cali, por Pablo, en 1772; en Cartago y Cerritos, por el Negro Prudencio, en 1758; y el más reciente de ellos, el del río Saija (Valle), en 1819. Centro de Pastoral Afrocolombiana (Cepac), *Historia del pueblo afrocolombiano. Perspectiva pastoral* (Popayán: Tecnigráficas, 2003, 33).

3 Este año 2013 conmemora su tricentenario.

4 La Unesco reconoce la importancia de la lengua palenquera, por cuanto “un elemento esencial del espacio cultural de Palenque de San Basilio es la lengua palenquera, la única lengua criolla de las Américas que combina una base léxica española con las características gramaticales de lenguas bantúes”. Consultado 9 de octubre de 2013, Unesco, página web: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/RL/00102>,

5 Constitución Política de Colombia de 1886 (artículos 38 y 41).

6 Arocha Jaime, “Región del Pacífico: Entorno y derechos territoriales” En: Colombia, país de regiones, *El Colombiano*, 19 diciembre, (Medellín) n.º 32, 1993. Consultado 10 de mayo de 2013 en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/geografia/region4/cap3.htm>

Fue hasta 1991 que la nueva Carta política reconoció la diversidad étnica y cultural de la nación y a los grupos étnicos como sujetos de especial protección constitucional. Este reconocimiento de derechos de los grupos étnicos en el país fue producto de las luchas del movimiento indígena y de las comunidades negras durante los años 70 y 80.

Es de señalar que la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1991 tuvo un carácter plural. Representantes de diversos sectores hicieron parte de este proceso, desde el Movimiento 19 de Abril (M-19) y la Unión Patriótica (UP), hasta el Partido Conservador y el Movimiento de Salvación Nacional. De este escenario también hicieron parte tres representantes indígenas: Francisco Rojas Birry (Organización Nacional Indígena de Colombia) y Lorenzo Muelas (Autoridades Indígenas de Colombia), dentro de los setenta constituyentes con voz y voto, y Alfonso Peña Chepe (Movimiento Armado Quintín Lame), con voz pero sin voto.

Sin embargo, no fue posible la elección de un candidato de las comunidades negras para la ANC. Por lo tanto, estas buscaron mecanismos de visibilización e incidencia, como el “Telegrama negro”<sup>7</sup>, la toma pacífica de la catedral de Quibdó y del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) en esa misma ciudad, así como de la embajada de Haíti. Adicionalmente, tuvieron diálogos con constituyentes indígenas, particularmente Francisco Rojas Birry, y aliados del M-19, como Orlando Fals Borda. Si bien las organizaciones generaron diversos mecanismos de incidencia, el reconocimiento específico de las comunidades negras en la Carta política no fue fácil. Finalmente, a poco tiempo de clausurarse la ANC, fue incluido el At 55, redactado en el marco de una comisión incidental de la cual hicieron parte Francisco Rojas Birry y Orlando Fals Borda.

Es de resaltar que, entre los principios fundamentales de la Constitución Política de Colombia, el artículo 7 reconoce y obliga a proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y el artículo 8 establece como obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación. Entre tanto, el artículo 13 superior establece como derechos fundamentales la igualdad y la no discriminación, y prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que recibirán la misma protección y trato ante las autoridades, y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. Igualmente, que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de los grupos discriminados y marginados.

En el marco de este reconocimiento, la Carta Magna establece en su articulado algunas disposiciones generales en materia de protección a la diversidad cultural<sup>8</sup>, otras referidas específicamente a pueblos indígenas<sup>9</sup>, y finalmente un artículo para comunidades negras. Cabe señalar que si bien el reconocimiento de la diversidad cultural es fundamental para los grupos étnicos del país, la Constitución de 1991 en esta materia tuvo un enfoque indigenista, de modo que se en-

7 Se denominó *Telegrama Negro* al envío masivo por parte de organizaciones de comunidades negras de telegramas a representantes de la Asamblea Nacional constituyente con el mensaje “Díganles sí a las propuestas de las comunidades negras”. Castillo Gómez, L:C. Etnicidad y nación: el desafío de la diversidad en Colombia. Cali: Programa Editorial Universidad del Valle, 2007, 267.

8 Artículos 7, 8, 10, 13, 16, 18, 19 63, 70, principalmente.

9 Artículos 171 (circunscripción especial), 246 (jurisdicción especial), 329 (conformación de entidades territoriales indígenas), 330 (gobierno propio de los territorios indígenas y explotación de recursos naturales en dichos territorios) y artículo transitorio 56 (por el cual el Gobierno podrá expedir normas relativas al funcionamiento de territorios indígenas y su relación con los demás entes territoriales).

cuentran asimetrías entre el reconocimiento de los derechos indígenas y los de las comunidades negras. Para estas últimas solo contempla un artículo específico de carácter transitorio.

El artículo transitorio 55 de la Constitución de 1991 establece que:

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. 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 solo 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.

Y en su párrafo 1 señala que: “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”.

Este reconocimiento fue fundamental para las comunidades negras, pues a partir de allí se generó y fortaleció una movilización social y política importante que inició con la difusión del artículo transitorio 55, y luego con el proceso de construcción de propuestas de cara a la ley. Fue así como, siglo y medio después de la Ley del 21 de mayo de 1851, surgió la Ley 70 de 1993 (reglamentaria del artículo transitorio 55), la primera normativa de carácter especial dirigida de forma específica a proteger y garantizar los derechos de las comunidades negras. “La ley 70 de 1993 es un aporte a la construcción del Estado-nación colombiano a partir del reconocimiento de su diversidad étnica, cultural, regional e individual. Un aporte para visibilizar las diferencias étnicas culturales y contribuir a la paz de Colombia. Una apuesta para dignificar la existencia del pueblo afro en Colombia”<sup>10</sup>.

Los anteriores son antecedentes centrales para comprender la situación de derechos de los pueblos y comunidades afrocolombianas. En el marco de este proceso es creciente la preocupación por la situación de la población afrocolombiana en el país ya que, pasadas dos décadas de la Constitución de 1991, la Ley 70 de 1993, la Ley 21 de 1991 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y otros instrumentos normativos, es evidente la brecha entre el reconocimiento de derechos en el plano formal y su goce efectivo por parte de los afrocolombianos, lo cual es aún más crítico en el caso de las víctimas.

Esta preocupación con respecto a la situación de derechos humanos de los afrodescendientes en Colombia, la persistencia de las violaciones y las falencias por parte del Estado para la garantía de sus derechos es evidente en pronunciamientos e informes de organismos nacionales e internacionales de derechos humanos y agencias de Naciones Unidas en Colombia.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe sobre Colombia realizado en 1999, precisó que si bien la esclavitud se eliminó en el país en 1852, esta

---

10 Olof Ylele Harah. Ley 70. Estatuto de Autonomía Comunidades Negras (Medellín 2012), 25.

“desapareció más gradualmente en el tiempo. [Mientras] las condiciones de desigualdad [de los afrodescendientes en Colombia] han persistido por un siglo y medio más”<sup>11</sup>.

También en 1999, otro mecanismo del sistema universal, en este caso el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)<sup>12</sup>, consideró positivo que el Estado colombiano reconociera en parte estas fallas al señalar que “las comunidades afrocolombianas e indígenas siguen siendo víctimas de discriminación racial sistemática, lo cual ha dado lugar a que esas comunidades sean objeto de marginación, pobreza y vulnerabilidad a la violencia”, pero expresó su preocupación, entre otras razones, porque “la violencia generalizada que se ha extendido por Colombia ha dado lugar a una de las mayores poblaciones de personas internamente desplazadas en el mundo, y en que la situación ha afectado en particular a las comunidades afrocolombianas e indígenas”. También, porque “muchas mujeres indígenas y afrocolombianas están sometidas a múltiples formas de discriminación basadas en género y en su raza u origen étnico, además de su situación de desplazadas”<sup>13</sup>.

Una década después, la CIDH verificó la persistencia de esta grave situación humanitaria y señaló en sus observaciones de 2009 que:

la población afrodescendiente en Colombia se encuentra marcada por una historia de invisibilidad, exclusión y desventajas sociales y económicas que afectan el goce de sus derechos fundamentales [...] [y] las regiones del país mayoritariamente habitadas por esta población se ven afectadas por la crisis humanitaria derivada del conflicto armado interno que se perpetúa en Colombia desde hace varias décadas. Los actores armados han desarrollado estrategias que afectan en forma particular a la población civil que vive en condiciones de pobreza extrema, y por lo tanto la población afrodescendiente se ha visto sujeta a actos de violencia individual y colectiva, desplazamiento forzado y usurpación de tierras.<sup>14</sup>

Este mismo año, la Corte Constitucional de Colombia, con el objeto de proteger los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, profirió el Auto 005 en enero de 2009. En este declaró que las autoridades colombianas en todos los niveles están en la obligación constitucional e internacional de incorporar un enfoque integral diferencial de prevención, protección y atención que responda a la realidad de las comunidades afrocolombianas. Así mismo advirtió sobre el impacto desproporcionado, en términos cuantitativos y cualitativos, del desplazamiento forzado interno sobre las comunidades afrocolombianas

---

11 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/v/II.102 Doc.9 rev.1, 26 de febrero de 1999, Cap. XI, 1.

12 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es un órgano creado por Naciones Unidas para supervisar a los Estados partes en la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Esta convención fue ratificada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981.

13 CERD, “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Colombia. 20/08/99” (1999), consultado el 20 de agosto de 2013, <http://www.acnur.org/Pdf/0722.pdf?view=1>

14 CIDH, “Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia” OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 66 (2009). Párr. 1. Consultado 10 de mayo de 2013. <http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaAfrodescendientes.sp/ColombiaAfros2009cap1-2.sp.htm>

y sobre la protección de sus derechos individuales y colectivos. También se refirió a la precariedad de la información para caracterizar a la población afrocolombiana afectada y a la respuesta insuficiente de las autoridades estatales frente a esta situación.

La Corte Constitucional, en el Auto 005, constató a su vez que los individuos y comunidades afrocolombianas en situación de desplazamiento y confinamiento no son tratados de manera acorde con su estatus como sujetos de especial protección constitucional, merecedores de atención y protección prioritaria y diferenciada. También observó que la política pública de atención carece de un enfoque integral de atención diferencial, que sea sensible a los riesgos especiales que sufren, entre ellos, el riesgo extraordinario de agudización del racismo y la discriminación racial, como también a los factores transversales que impactan de manera desproporcionada en sus derechos. A tal efecto ordenó al Gobierno nacional elaborar un plan general de prevención, protección y atención, con un conjunto de requerimientos complejos y específicos, con el objeto de garantizar el goce efectivo de sus derechos. Este Plan debía ser construido con la participación y consulta previa de las víctimas, sus organizaciones y representantes. Sin embargo, cabe advertir que hasta la fecha no ha sido implementado.

En el 2010 esta desatención institucional fue advertida por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), que precisó:

es urgente avanzar en la elaboración de los planes de salvaguarda para los pueblos indígenas y afrodescendientes y el cumplimiento estricto de los Autos 004 y 005 (2009) de la Corte Constitucional. [Se advierte que] a pesar de reiteradas recomendaciones de la oficina en Colombia, no se está implementando ningún plan.

Y, en el marco de sus recomendaciones, reiteró

[...] a las autoridades la importancia de elaborar e implementar, de manera rápida y consensuada, planes de protección de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, así como de desarrollar una legislación y un procedimiento garantista que asegure su derecho a la consulta para obtener un consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que afecten de manera directa y diferenciada su vida, cultura y territorio.<sup>15</sup>

En su informe de 2011, la OACNUDH volvió a constatar que en Colombia la

integridad étnica y cultural y la supervivencia de varios pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas siguen siendo amenazadas, como resultado de los efectos del conflicto armado interno, la violencia, la falta de disfrute de derechos económicos, sociales y culturales, así como de situaciones continuadas de marginación social y exclusión.<sup>16</sup>

---

15 “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia” Consejo de Derechos Humanos 16.º período de sesiones A/HRC/16/22 (2011), 14 y 21. Consultado marzo 28 de 2013 en: [http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI\\_2810.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2810.pdf?view=1)

16 “Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos” Adición Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Consejo de Derechos Humanos 19.º período de sesiones A/HRC/19/21/Add.3(2012),18. Consultado marzo 28 de 2013 en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-21-Add3\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-21-Add3_sp.pdf)

Del mismo modo, el más reciente estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), realizado en el 2011, destinado a evaluar la situación de “Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio”, advierte, que la población afrocolombiana “exhibe indicadores socioeconómicos preocupantes distanciados de los que ostenta el promedio nacional, al tiempo que enfrenta una mayor afectación por la presencia de grupos armados ilegales, por el desplazamiento y por el deterioro ambiental de sus territorios”.<sup>17</sup>

Por todo lo anterior, no extraña entonces que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su 16.º periodo de sesiones (2011), acogiera el informe de la experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall. En este se afirma que:

[...] el legado de la esclavitud sigue siendo patente en la marginación social y económica de los miembros de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras. [...] Si bien las hostilidades y el conflicto armado pueden haber disminuido en todo el país, muchas comunidades afrocolombianas y sus dirigentes siguen siendo objeto de ataques violentos, en particular a lo largo de la costa del Pacífico. Las víctimas consideran que quienes cometen esos delitos contra ellas gozan de impunidad.<sup>18</sup>

En el derecho internacional el desplazamiento forzado es considerado como un crimen de lesa humanidad. En este contexto de impunidad no extraña tampoco que más recientemente, en noviembre de 2012, la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional (la Corte) informara en un *interim report*, titulado “Situation in Colombia”, en su examen preliminar sobre el Estatuto de Roma (1998) ya ratificado por Colombia (agosto de 2002), que había recibido información sobre un largo número de crímenes que caían bajo jurisdicción de la Corte. El listado incluía asesinato, violación y otras formas de violencia sexual, desplazamiento forzado de población, violaciones severas de la libertad física, tortura y desaparición forzada. Las denuncias además se referían a ataques contra defensores de derechos humanos, al igual que contra “miembros de comunidades indígenas y afrocolombianas”<sup>19</sup>.

Es claro entonces que la prolongación en el tiempo y la ya reiterada desatención de la crisis humanitaria de la población afrodescendiente en Colombia (“pueblo y comunidades afrocolombianas”) ha trascendido el ámbito del derecho nacional, hasta alcanzar un reconocimiento e interés internacional mayor. Ello ha tenido como consecuencia que cada vez más mecanismos especiales y evaluaciones de organismos regionales y universales, como los antes mencionados, entre otros, hayan llamado la atención sobre la difícil situación de derechos humanos de los afrodescendientes en Colombia y recomendado medidas para superar esta aguda crisis.

De manera que persisten y se han profundizado las violaciones a los derechos humanos de la población afrocolombiana, mientras que las políticas de respuesta no se han adoptado de forma

---

17 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (2011), 9.

18 Informe de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall: Adición - Misión a Colombia. A/HRC/16/45/Add.1. (2011), 1. Consultado julio 8 de 2013 en: [http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/E92E1356265AD87485257848005C407F-Informe\\_completo.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/E92E1356265AD87485257848005C407F-Informe_completo.pdf)

19 Corte Penal Internacional, Situación en Colombia. Reporte Intermedio - Noviembre (2012). Consultado Julio 17 de 2013 en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>



prioritaria, diferencial y efectiva, tal como sucede con el conjunto de órdenes de protección de la Corte Constitucional enmarcadas en el Auto 005, las cuales no han sido cumplidas en los términos fijados por el Alto Tribunal. De igual modo, que las medidas hasta ahora adoptadas, como esperamos mostrar en nuestro balance del Decreto Ley 4635 de 2011, no se corresponden con la magnitud de la crisis humanitaria y, en general, con las violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos y el DIH de esta población.

En este contexto se enmarca el presente informe, el cual tiene por objetivo analizar el proceso de consulta previa y participación de las víctimas afrocolombianas, sus organizaciones y representantes en la construcción e implementación del Decreto Ley 4635, el cual establece las *medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras*. Asimismo identificar y analizar medidas establecidas en el decreto ley 4635 y su aplicación concurrente con el auto 005.

Con esta publicación, Codhes busca reiterar la necesidad de la adopción del enfoque diferencial étnico-racial y la importancia del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos indígenas, afrodescendientes y rom, como eje central para la protección efectiva de su integridad cultural y sus derechos. Este informe espera aportar a la necesaria comprensión del contexto jurídico, situacional y territorial de los afrodescendientes en Colombia, en particular, en el marco del análisis de la obligación del Estado colombiano de garantizar el derecho a todas las víctimas a la reparación, la verdad, la justicia y la no repetición, al igual que los derechos a la participación en todos los niveles políticos, económicos, sociales y culturales del país, en especial, el derecho a la consulta previa en todos los asuntos que les afecten directamente o les conciernan.

Este informe es el resultado de la información que Codhes ha analizado y sistematizado en el desarrollo del proyecto “Reparación integral a pueblos indígenas y afrocolombianos, énfasis en consulta previa como derecho fundamental”, gracias al apoyo financiero del Fondo para la Sociedad Civil Colombiana por la Paz, los Derechos Humanos y la Democracia (FOS) (Suecia). Como antecedente central de este texto, Codhes publicó el documento El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia (2012), en el que se identificaron de manera detallada los parámetros señalados por la Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a efectos de establecer el contenido y el alcance del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y afrocolombianos y las formas de hacerlo efectivo.

La información recabada sobre el proceso de consulta previa del Decreto 4635 de 2011 se derivó del seguimiento sistemático que Codhes realizó a este proceso de “consulta”, desde la expedición de la Ley 1448 de junio de 2011, en el marco de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República a través del artículo 205 de la Ley 1448 de 2011. Desde este momento el Gobierno nacional emprendió un proceso de “consulta previa” en los plazos establecidos por la disposición de este artículo especial, hasta la firma presidencial del Decreto Ley 4635 el 6 de diciembre de 2011. En esta etapa de seguimiento, Codhes monitoreó el proceso y acompañó con el equipo la “consulta” departamental realizada en el departamento del Valle del Cauca, entre los días 29 septiembre y 5 de octubre. Cabe anticipar que la falta de claridad en las convocatorias, las fechas y lugares de las consultivas departamentales realizadas tan solo permitió a Codhes hacer presencia en una de las “27 consultas departamentales” reportadas por el Ministerio del Interior.

Adicionalmente, el equipo de Codhes acompañó y apoyó técnicamente, junto con otras organizaciones, la construcción de la propuesta de Decreto Ley por parte de consejos comunitarios y organizaciones afrocolombianas, especialmente las representantes de las víctimas, en el marco de la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas, durante los meses de junio a octubre de 2011. En el seguimiento emprendido también se sistematizaron los comunicados y peticiones que hicieran las víctimas y organizaciones afrocolombianas, relativos al desarrollo de la consulta previa del decreto ley y sus valoraciones sobre las garantías institucionales para su participación en este proceso.

Es necesario señalar que la falta de respuesta al derecho de petición enviado por Codhes al Ministerio del Interior para obtener información oficial verificable sobre el desarrollo final de este proceso de consulta, enviado en agosto de 2012 a la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, ha redundado en grandes dificultades para la caracterización, verificación y evaluación más detallada de este proceso. Sin embargo, es fundamental hacer memoria de este, de sus vacíos, sus silencios, los pronunciamientos de las organizaciones y la escasa información pública existente.

Asimismo fueron un importante insumo las reuniones que el equipo Codhes ha sostenido con diferentes organizaciones de los pueblos y comunidades afrocolombianas a lo largo de los dos años de ejecución de este proyecto, en el marco de las visitas a campo a consejos comunitarios, comunidades urbanas, y de diálogos constantes con líderes y lideresas afrocolombianos a nivel regional y nacional, muchos de ellos representantes de las víctimas, a quienes agradecemos porque sin ellos y ellas no hubiese sido posible el trabajo que presentamos a continuación.

Con el propósito de dar cuenta de esta situación, la primera parte del texto se refiere al proceso de consulta del decreto ley de víctimas para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; y presenta también un breve análisis del contenido de este mecanismo de justicia transicional. En la segunda parte, un análisis comparado del proceso de consulta y construcción del Decreto Ley 4633 (Decreto Ley de Atención y Reparación a Víctimas de Pueblos y Comunidades Indígenas) y el Decreto Ley 4635, aproximación que permitirá evidenciar las diferencias entre los dos procesos de consulta en cuanto a escenarios de discusión, participación de comunidades y observancia de estándares del derecho a la consulta previa, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, al igual que contrastar sus contenidos respectivos. Así mismo, en el capítulo final de la segunda parte, se presentan una serie de observaciones desde la complementariedad y el refuerzo mutuo entre el Decreto 4635 y el Auto 005. Por último, y bajo el enfoque del goce efectivo de los derechos del pueblo y las comunidades afrocolombianas, el documento plantea conclusiones y recomendaciones tanto en materia de consulta previa, como de la implementación del Decreto Ley 4635.

A continuación y con el objeto de brindar mayor precisión respecto a las violaciones de los que han sido víctimas el pueblo y las comunidades afrocolombianas en el contexto del conflicto armado y sus factores subyacentes y vinculados<sup>20</sup>, así como de ofrecer elementos introductorios fundamentales para comprender el marco normativo e institucional del derecho a la consulta previa para comunidades afrocolombianas, se ampliará esta introducción a partir de la siguiente

---

20 La Corte Constitucional Colombiana, en los autos 004 y 005 ha referido la existencia de factores subyacentes y vinculados al conflicto armado, algunos de los cuales son la exclusión estructural; megaproyectos agroindustriales, mineros o de otra índole que afecten los territorios étnicos; las dificultades en materia de titulación de territorios colectivos, entre otros.



estructura: en la primera sección se analizará la información recopilada con relación a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario para la población afrodescendiente en Colombia; y en la segunda se hará una precisión fundamental con relación al marco normativo e institucional del derecho fundamental a la consulta previa para comunidades afrocolombianas.

Es de vital importancia señalar que este texto hace referencia a pueblo y comunidades afrodescendientes en Colombia, o al pueblo y las comunidades afrocolombianas. Sin embargo, esta denominación alude a una más amplia en el marco del reconocimiento de la diversidad dentro de este pueblo afrodescendiente: pueblo y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

## **I. Exclusión estructural y crisis humanitaria de los afrodescendientes en Colombia**

Los afrodescendientes en Colombia han resistido de forma activa a más de cinco siglos de tratos inhumanos, crueles, desiguales y discriminatorios. La prolongada y grave crisis humanitaria de los afrocolombianos, con una nueva diáspora forzada de más de un millón de personas, despojadas, confinadas o forzadas a abandonar sus territorios, su exclusión estructural y el impacto desproporcionado del conflicto armado sobre sus vidas así lo indican. En especial, por la débil respuesta institucional de las autoridades del Estado obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos individuales y colectivos de la población afrocolombiana, y por lo tanto, a responder de forma efectiva a tan profunda problemática, garantizando sus derechos de ciudadanía, así como sus derechos específicos en tanto grupo étnico y en su calidad de víctimas.

En el examen realizado para la construcción de este informe, Codhes recopiló información sobre la situación de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario de pueblos y comunidades afrocolombianas, con especial atención a la información y las recomendaciones proporcionadas por las actividades de monitoreo de los organismos internacionales regionales, universales y sus mecanismos especiales.

Entre otros documentos, fueron insumos las “Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes contra la discriminación racial a la República de Colombia” (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 66, 2009), al igual que la evaluación de la situación de los afrocolombianos del “Informe de la experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall”, adoptado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el marco de la “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, Sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo” (A/HRC/16/45/Add.1, 2011). En estos trabajos, tanto la CIDH como las Naciones Unidas llaman la atención sobre la conexión entre la esclavitud y la exclusión social histórica de los afrocolombianos, como antecedentes centrales para entender la disparidad entre las condiciones de los afrodescendientes con el resto de la población en Colombia y la profunda crisis humanitaria que los afecta.

## **a) Desplazamiento forzado y otras violaciones a derechos humanos y al DIH contra afrodescendientes en Colombia**

Los afrodescendientes en Colombia han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos y al DIH, entre ellas, el desplazamiento forzado que ha derivado en daños individuales y colectivos. Sin embargo, la respuesta estatal frente a esta situación ha sido precaria, poco efectiva y no ha incorporado el enfoque diferencial, de manera que el deber de protección de derechos a la población afrocolombiana en general, y a las víctimas en particular, no ha sido acatado debidamente.

Ello derivó en la promulgación del Auto 005 de 2009, a través del cual la Corte Constitucional Colombiana se pronunció con respecto al “impacto desproporcionado en términos cuantitativos y cualitativos del desplazamiento forzado interno sobre las comunidades afrocolombianas y en la protección de sus derechos”, y profirió una serie de órdenes dirigidas al Gobierno nacional para que diera respuesta efectiva y pertinente a esta situación.

En ese sentido, el Alto Tribunal identificó una serie de factores que inciden en el desplazamiento forzado y

[...] 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; y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afrocolombianos, lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para abandonar sus territorios.

Y agregó: “El primer factor transversal se observa en los mayores niveles de pobreza e inequidad en los departamentos y municipios con alta población afrocolombiana”.<sup>21</sup>

En ese sentido, organismos internacionales han advertido que “el legado de la esclavitud sigue siendo patente en la marginación social y económica de los miembros de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras”<sup>22</sup>, y que “las disparidades entre las condiciones sociales y económicas de los afrodescendientes y el resto de la población en Colombia están estrechamente vinculadas a la exclusión social padecida históricamente por este segmento de la población”<sup>23</sup>.

Estas condiciones de exclusión han permitido y facilitado la ocurrencia de hechos victimizantes contra la población afrocolombiana en el contexto del conflicto armado. Al respecto también se ha pronunciado la CIDH, órgano que ha señalado que:

21 Corte Constitucional Colombiana. Auto 005. Mp Manuel José Cepeda. (Bogotá, 26 de enero de 2009).

22 Informe de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall: Adición - Misión a Colombia. A/HRC/16/45/Add.1. (2011), 1. Consultado julio 8 de 2013 en: [http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/E92E1356265AD87485257848005C407F-Informe\\_completo.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/E92E1356265AD87485257848005C407F-Informe_completo.pdf)

23 CIDH Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes contra la discriminación racial a la República de Colombia” (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 66, 2009), párrafo 120.

[...] las omisiones en la atención de la crisis humanitaria que afecta a los desplazados, la usurpación de tierras, la impunidad y, en general, el racismo y la discriminación racial afligen a los afrocolombianos quienes se han visto particularmente golpeados por el conflicto armado.<sup>24</sup>

De igual modo, Naciones Unidas, ha advertido que “[s]i bien las hostilidades y el conflicto armado pueden haber disminuido en todo el país, muchas comunidades afrocolombianas y sus dirigentes siguen siendo objeto de ataques violentos, en particular a lo largo de la costa del Pacífico”<sup>25</sup>.

Para Codhes es motivo de profunda preocupación que las más recientes evaluaciones sobre la situación de los afrodescendientes en Colombia realizadas tanto por las Naciones Unidas como por la CIDH señalen la gravedad de la crisis humanitaria afrocolombiana y que, sin embargo, no se evidencie una respuesta clara y efectiva del Estado colombiano para responder de forma sistemática y coordinada a tal situación. Por el contrario, en los casos en que se ha dado alguna respuesta esta ha sido insuficiente y fragmentaria, mientras la crisis humanitaria afrocolombiana se sigue profundizando. La CIDH constató que:

La población afrocolombiana ha sido víctima de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones, torturas y tratos crueles e inhumanos, violencia sexual, actos de hostigamiento y amenazas por parte de los actores del conflicto armado que buscan expandir el control sobre el territorio mediante el desplazamiento forzado, aterrorizar a la población civil, obtener información sobre los grupos adversarios, y perpetrar actos de “limpieza social”.<sup>26</sup>

Asimismo, Naciones Unidas aseguró que:

Los actos de violencia e intimidación pretenden ahora desposeer a las comunidades negras de sus tierras para, entre otros fines, destinarlos al cultivo y tráfico ilegales de coca. Los nuevos planes de desarrollo macroeconómico y los intereses comerciales que tratan de adquirir tierras y explotar los recursos naturales también han incentivado las enajenaciones. Las personas desplazadas que regresan a sus tierras descubren que otras han reclamado su propiedad o el derecho de usufructo en su ausencia.<sup>27</sup>

Sin embargo, cabe advertir que hasta la fecha no existe información sistemática y confiable sobre la crisis humanitaria afrocolombiana, a pesar de que la Corte Constitucional, en el Auto 005 de 2009 (Sentencia T-025 de 2004), se pronunció sobre el subregistro de la crisis humanitaria afrocolombiana y la precariedad en la información para caracterizar a la población afrocolombiana afectada.

---

24 CIDH (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 66, 2009), párrafo 121.

25 Informe de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall: Adición - Misión a Colombia (A/HRC/16/45/Add.1, 2011), 1.

26 CIDH (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 66, 2009), párrafo 55.

27 Informe de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall: Adición - Misión a Colombia, (A/HRC/16/45/Add.1, 2011), 1.

En cuanto a cifras globales, Codhes, a través de su Sistema Institucional de Información sobre Desplazamiento, Conflicto Armado y Derechos Humanos (SISDHES), evidencia que en Colombia, en los últimos 28 años (1985-2012), cerca de 5.701.996 personas se han visto forzadas a desplazarse como resultado de confrontaciones armadas, ataques a la población civil, fumigaciones, y disputas por el control de las dinámicas políticas, económicas y sociales de sus territorios. Entre tanto, la cifra recientemente publicada por la Unidad de Atención y Reparación a Víctimas refiere que, en el periodo 1985-2013<sup>28</sup>, 5.163.815 personas se encuentran registradas como víctimas de desplazamiento forzado.

En lo atinente al registro del desplazamiento forzado de población afrocolombiana, la información de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (Uariv) informa que, para el periodo 1985-2013, 526.330 personas negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras víctimas de desplazamiento forzado están inscritas en el Registro Único de Víctimas (RUV). Ello quiere decir que del total de población en situación de desplazamiento, el 10 % corresponde a afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros.

Cifras anteriores de desplazamiento en el marco del Registro Único de Población Desplazada (RUPD) reflejan una similar tendencia en el desplazamiento forzado afrocolombiano. Tales cifras, a pesar de las dificultades en materia de registro, han sido tomadas como base para la caracterización en el Conpes 3726 de 2012. En este documento Conpes, el Gobierno nacional reconoce que, según la información oficial, se puede identificar que el 9,6 % de los desplazados forzados registrados se reconoce como población afrocolombiana. Advierte, sin embargo, que

no se puede precisar con exactitud el universo de víctimas de pertenencia étnica por los diferentes hechos victimizantes, dado que no se cuenta con registros históricos que incluyan la variable étnica y por falta de denuncia de los hechos por parte de estos grupos.<sup>29</sup>

Cabe reiterar que, para superar este subregistro y la falta de información confiable, la Corte Constitucional había señalado en el Auto 005 en enero de 2009 que la “carga para identificar los problemas y caracterizar adecuadamente la dimensión de la crisis humanitaria que enfrentan estas comunidades recae sobre el Gobierno” y le ordenó a este realizar “una caracterización adecuada de la población afrodescendiente desplazada y confinada, con el fin de conocer sus necesidades y potencialidades”.<sup>30</sup>

Entre tanto, la III Encuesta Nacional de Verificación realizada por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado, de la cual Codhes es la secretaria técnica, señala que las personas afrocolombianas desplazadas corresponden al 22,5 %<sup>31</sup> del total de la po-

28 Cifras de la Red Nacional de Información publicadas por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas en su página web, con fecha de corte del 1 de Noviembre de 2013. Consultado el 12 de noviembre de 2013 en: [http://rni.unidadvictimas.gov.co/?page\\_id=1629](http://rni.unidadvictimas.gov.co/?page_id=1629)

29 Departamento Nacional de Planeación. (2012,30 de mayo) Lineamientos, plan de Ejecución de Metas, Presupuesto y Mecanismo de Seguimiento para el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas. (Documento CONPES 3726) Bogotá D.C, Colombia: DNP.

30 Corte Constitucional. 2009. Auto 005.

31 Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, *El Reto ante la tragedia del desplazamiento forzado. Garantizar la observancia de derechos de la población desplazada II*.(Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2010)., 67.

blación desplazada, cifra que evidencia el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado en este grupo étnico<sup>32</sup>.

En términos de las disposiciones mínimas pertinentes del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte Constitucional, en el Auto 005, señaló que la protección de los derechos fundamentales de la población afrocolombiana se debe realizar con arreglo a los Principios Rectores de Desplazamientos Internos de Naciones Unidas (principios 2, 4, 6 y 9). Resalta que el principio 4 establece la aplicación sin discriminación de todos los principios, y que el principio 6 “prohíbe los desplazamientos arbitrarios”, mientras que el principio 9 prescribe que “los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de los pueblos indígenas, minorías, pastores y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella”<sup>33</sup>.

Cabe advertir además que, en términos del DIH, el Protocolo II señala en su artículo 2 que el protocolo se aplicará sin discriminación, y entre las garantías fundamentales prohíbe, entre otros crímenes: los atentados contra la vida, la salud, la integridad física y mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles, tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; los castigos colectivos; los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor, al igual que las amenazas de realizar los actos mencionados.

No obstante, la III Encuesta Nacional de Verificación refiere tales crímenes como las causas del desplazamiento afrocolombiano: “amenazas directas (...) con el 51,6% de los casos, seguidas por los combates, con 12,3%, lo cual muestra que estas comunidades han estado sometidas al fuego cruzado de los actores violentos. A esto se suman los ataques aéreos, con el 1,5% de los casos. Los asesinatos de familiares y las masacres, con 8% cada uno”<sup>34</sup>.

Nótese, además, que el Protocolo II señala en el artículo 13, relativo a la protección de la población civil, que esta “y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares [...] [y que] no serán objeto de ataque [...] [se prohíben] los actos o amenaza de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Y el artículo 17 prohíbe los desplazamientos forzados y señala: “no se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto [...] y que] no se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su territorio por razones relacionadas con el conflicto armado”<sup>35</sup>.

No obstante, son precisamente las fuerzas del conflicto armado colombiano las que, en contravía del principio de distinción, pilar central del DIH, son señaladas por las víctimas afroco-

32 Según el censo realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el 2005 los afrocolombianos eran tan solo el 10,62 % (4.311.757) de la población total del país (41.468.384). DANE, Análisis regional de los principales indicadores sociodemográficos de la comunidad afrocolombiana e indígena a partir de la información del censo general del 2005. (2005) Consultado el 11 de agosto de 2013 en: [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/Afro\\_indicadores\\_sociodemograficos\\_censo2005.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/Afro_indicadores_sociodemograficos_censo2005.pdf)

33 Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, E/CN.4/1998/53/Add.2. 11/2/1998.

34 Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. El reto ante la tragedia del desplazamiento forzado. Superar la exclusión social de la población desplazada. (Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2012).,158.

35 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

lombianas como presuntos responsables de sus desplazamientos forzados, entre ellos, los grupos paramilitares (33,7 %), la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) (17,6 %), un grupo guerrillero sin identificar (14 %), un grupo armado no identificado (9,4 %), o más de un grupo (13,4 %) <sup>36</sup>.

### ***Despojo y abandono de tierras y territorios: amenazas al goce efectivo de derechos territoriales***

Es importante observar que el desplazamiento forzado del que han sido víctimas los afrodescendientes en Colombia, al igual que las violaciones sistemáticas antes señaladas, han conducido al despojo, el abandono y la pérdida de su patrimonio y sus territorios ancestrales, fueran estos titulados en el marco de la Ley 70 de 1993 o no. Afrodes y Global Rights señalaron, en su informe de derechos humanos de 2010, que de “los territorios ancestrales con títulos colectivos 516.867 personas han sido expulsadas de sus territorios entre 1997 y 2009” <sup>37</sup>.

Asimismo, el Proyecto de Protección de Tierras y Territorios de la Población Desplazada del Ministerio de Agricultura realizó un cruce entre los 150 municipios más expulsores del país y la existencia de territorios étnicos. Encontró que, en el caso de las tierras colectivas tituladas, de los 155 títulos colectivos de comunidades negras que existen en el país 129 están en jurisdicción de 20 de los 150 municipios más expulsores de población. En hectáreas, en Colombia se han reconocido a las comunidades negras 5.198.887. Un dato relevante es que el 83 % de las tierras colectivas de las comunidades negras se ubiquen en el grupo de los 150 municipios más expulsores <sup>38</sup>. Adicionalmente, la Corte Constitucional advirtió en el Auto 005 de 2009 que “la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones imponen fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido el despojo” <sup>39</sup>.

También en el Auto 005, la Corte señaló que para los pueblos afrocolombianos “el territorio tiene una importancia muy profunda que va más allá de un simple contar con un lugar para vivir y sostenerse. El territorio es una expresión de su memoria colectiva, de su concepción de la libertad” <sup>40</sup>. Asimismo, advirtió sobre el riesgo extraordinario de vulneración de los derechos territoriales de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento interno, y señaló que al hablar de territorio [para estas comunidades] no se hace referencia solo a los titulados colectivamente sino a los ancestralmente habitados por las comunidades afrodescendientes.

---

36 Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. *El Reto ante la tragedia del desplazamiento forzado. Superar la exclusión social de la población desplazada*. (2012), 160.

37 Afrodes y Global Rights, Bicentenario: Nada que celebrar!, Informe sobre los derechos humanos de las comunidades afrocolombianas en el marco de la “celebración” de los doscientos años de vida republicana en Colombia. (Bogotá: Afrodes y Global Rights, 2010) , 23.

38 Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional et al., “Enfoques y propuestas de la política de tierras para la población desplazada” (2011), Documento de trabajo, 11.

39 Corte Constitucional, 2009. Auto 005.

40 Corte Constitucional, 2009, Auto 005.



Sobre el despojo y los daños territoriales a los territorios ancestrales y colectivos de los afrodescendientes en Colombia, no existe información verificada y confiable que permita establecer su magnitud y las graves afectaciones al goce efectivo de derechos territoriales, lo cual amenaza la pervivencia física y cultural de las comunidades. En este crítico contexto, la Corte Constitucional ordenó al Ministerio del Interior, en el Auto 005 de enero de 2009, “un plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por la población afrocolombiana”. Sin embargo, hasta la fecha de redacción de este informe esta orden aún no ha sido cumplida en los términos establecidos por el Alto Tribunal.

En términos de la reparación y restitución integral de los derechos territoriales de la población afrocolombiana, es importante recordar que, según la Sentencia T-955 de 2003 de la Corte Constitucional, si bien el

[...] derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993 [...] desde el año de 1967, en los términos de la Ley 31 [que ratifica el Convenio 107 de la OIT], a las comunidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques [...] <sup>41</sup>.

En este punto es importante observar que la CIDH ha señalado que el derecho a la propiedad es de importancia vital para los pueblos indígenas y tribales, “porque la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades”. En este contexto, y en particular para restituir y reparar el goce efectivo al derecho al territorio de los pueblos y comunidades afrocolombianas, será central tener en cuenta que “en situaciones tan complejas y prolongadas de desplazamiento y despojo de tierras, es preciso realizar investigaciones, con la participación vital de los ancianos de la comunidad para establecer la pertenencia histórica de las comunidades y los derechos colectivos de la propiedad de las tierras” <sup>42</sup>.

### ***b) Exclusión estructural de la población afrocolombiana y sus víctimas***

Para entender el contexto en el que se han presentado las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario de la población afrocolombiana antes presentadas, CODHES considera central comprender el alto nivel de vulnerabilidad de este grupo poblacional en situación de riesgo, desde la perspectiva de su exclusión estructural.

En efecto, la Corte Constitucional, en el Auto 005, precisó que la exclusión estructural de la población afrocolombiana es uno de los factores que inciden en su desplazamiento y su crítica situación humanitaria. Al respecto, señaló que en los departamentos y municipios con alta población afrocolombiana se observan “los mayores niveles de inequidad” y que “de conformidad con el censo general de 2005, la población afrocolombiana es uno de los sectores sociales con ma-

41 Corte Constitucional. Sentencia T- 955 de 2003. M.P Álvaro Tafur (Bogotá, 17 de Octubre de 2003).

42 Informe de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall: Adición - Misión a Colombia, (A/HRC/16/45/Add.1, 2011), párrafo 76..

yor vulnerabilidad en el país: el 80 % con necesidades básicas insatisfechas, el 60 % en situación de pobreza crítica y la esperanza de vida es solo de 55 años”.<sup>43</sup>

A propósito la CIDH afirmó que, conforme al censo de 2005, “los afrocolombianos registran los indicadores sociales y económicos más bajos y carecen de acceso a servicios básicos para satisfacer necesidades fundamentales en materia de salud, educación, vivienda y agua potable”<sup>44</sup>. Las visitas de campo realizadas por Codhes en el desarrollo de este proyecto a lugares del Pacífico y el Caribe colombiano habitados mayoritariamente por afrocolombianos han permitido constatar la persistencia de estas vulneraciones, así como la falta de desarrollo de infraestructura a todo nivel en sus comunidades y territorios. Los pueblos y comunidades afrodescendientes adolecen en su mayoría de conectividad, vías, comunicaciones, salud, educación, deporte y recreación.

Asimismo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su estudio de “Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio” realizado en el 2011, luego de analizar no solo los promedios nacionales sino también las particularidades regionales y específicas de la población afrocolombiana, así lo reitera:

[...] como ha sido suficientemente demostrado en documentos académicos y del Departamento Nacional de Planeación (DNP), esta población exhibe indicadores socioeconómicos preocupantes distanciados de los que ostenta el promedio de la población nacional, al tiempo que enfrenta una mayor afectación por la presencia de grupos armados ilegales, por desplazamiento y por deterioro de sus territorios.<sup>45</sup>

Con relación a las condiciones de vida de los pueblos y comunidades afrocolombianas desplazadas, la III Encuesta Nacional de Verificación ha advertido la peor situación relativa de las víctimas con relación al goce efectivo de todos sus derechos. Por ejemplo, mientras la proporción de afrocolombianos en situación de pobreza medida por ingresos es del 60 %, para el caso de la población afrocolombiana desplazada esta cifra alcanza al 96,5 % de los hogares. En cuanto a los indicadores de pobreza extrema, los resultados son más preocupantes, [pues mientras esta afecta al 24,1 % de la población afrocolombiana no desplazada, para la población desplazada] el 81,7 % de los hogares no supera la línea de indigencia<sup>46</sup>. La mencionada encuesta también advierte que en los hogares con jefatura femenina “la situación de pobreza es todavía más aguda”.

---

43 Corte Constitucional, 2009, Auto 005.

44 CIDH (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 66, 2009), párrafo 35.

45 Según los datos presentados en el análisis del PNUD, el índice de calidad de vida señala que existe una brecha de 10 puntos entre la población afrocolombiana y la no étnica, en términos de la pobreza medida por ingresos. Mientras esta alcanza al 60 % de los afrocolombianos, para la población no étnica este indicador es del 54,1 %. Se trata de una brecha negativa que, en términos de indigencia, muestra que el 24,1 % de los afrocolombianos está en situación de pobreza extrema, mientras que esta vulnerabilidad afecta solo al 18,6 % de la población no étnica. Asimismo, el PNUD advierte que el Conpes 3660 indica que en los 108 municipios con población afrocolombiana mayor o igual al 30 % las necesidades básicas insatisfechas alcanzan al 43,1 % de sus habitantes, en contraste con el 27,8 % del promedio nacional. PNUD, “Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio”. (2011) Véase en especial el Objetivo del Milenio 1: “Erradicar la pobreza extrema y el hambre”, 37-66.

46 Comisión de Seguimiento a la Política pública sobre Desplazamiento Forzado, El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: superar la exclusión social de la Población Desplazada, (Bogotá: Torre Gráfica, 2012), 242.



Adicionalmente, la Comisión de Seguimiento ha advertido que, al realizar el análisis por grupo étnico, los afrocolombianos en situación de desplazamiento tienen una mayor vulnerabilidad desde el punto de vista alimentario, pues frente a la pregunta por el acceso a alimentos la “para lo afrocolombianos, la situación no mejora: tanto en 2008, como en 2010, el 79% de los inscritos presentó alguno de los síntomas de insuficiencia alimentaria, y lo que es más grave aún, en 2010, el 57,4% de los inscritos y 54,3% de los no inscritos presentaron los tres síntomas”<sup>47</sup>.

La vulnerabilidad mayor de las víctimas afrocolombianas afecta de manera más profunda a las mujeres, pues los hogares afrocolombianos de familias desplazadas tienen una tasa más alta de jefatura femenina, que alcanza el 51 % de los casos, mientras que, según el censo de 2005, esta cifra es del 29,9 % para el resto de hogares colombianos. Esta situación se agrava en la medida en que en el 73 % de los casos la mujer afrodescendiente jefe no tiene conyugue<sup>48</sup>, y en el 53 % de los casos hay niños y niñas menores de 18 años en su hogar. En este punto es central reconocer que las mujeres afrodescendientes son víctimas de múltiples formas de discriminación, lo cual impone barreras al goce efectivo de sus derechos.

La Corte Constitucional, en el Auto 092 de 2008<sup>49</sup>, se refirió a la mayor vulnerabilidad de las mujeres afrocolombianas desplazadas. Para efectos de la su protección, reiteró en el Auto 005 que tienen derecho a que se las incluya en los programas desarrollados en cumplimiento de dicho auto. En dicha providencia la Corte Constitucional señaló que jóvenes, niños, niñas y personas discapacitadas afrocolombianas, dada su presunción de vulnerabilidad extrema, deben ser atendidos de forma diferencial en los términos de los autos 251<sup>50</sup> y 006<sup>51</sup>, respectivamente.

## **II. La consulta previa en Colombia para los pueblos y comunidades afrodescendientes**

Al concentrar el énfasis de su “Proyecto de reparación integral para pueblos indígenas y afrodescendientes (negros, raizales, afrocolombianos y palenqueros)” en el derecho a la consulta

47 Comisión de Seguimiento a la Política pública sobre Desplazamiento Forzado, El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: superar la exclusión social de la Población Desplazada (2012), 207.

48 Comisión de Seguimiento a la Política pública sobre Desplazamiento Forzado, El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: superar la exclusión social de la Población Desplazada, (2012), 167.

49 El Auto 092 de 2008 se refiere a la Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 10 de mayo de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión. Corte Constitucional. Auto 092 de 2008. M. P Manuel José Cepeda (14 de Abril de 2008).

50 Corte Constitucional, Auto 251 de 2008, “Protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004”, M. P Manuel José Cepeda. (Bogotá, 6 de octubre de 2008).

51 Corte Constitucional, Auto 006 de 2009, “Protección de las personas desplazadas, con discapacidad, en el marco de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004”, M.P Manuel José Cepeda. (Bogotá, 26 de enero de 2009).

previa, Codhes ha iniciado un proceso de seguimiento a los avances de Colombia en la implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con atención especial a la aplicación y desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa en el Estado colombiano. Esto bajo el supuesto de que este mecanismo, como bien reconoce la OIT, es la piedra angular del convenio, ya que tiene dentro de sus propósitos la protección de la integridad cultural de los grupos étnicos y contrarrestar el carácter integracionista derivado del Convenio 107 de la OIT, que suponía la protección de sus derechos en el marco de la “*integración* de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en países independientes”.

Para contrarrestar este carácter integracionista, los derechos a la *consulta previa* y a la *participación*<sup>52</sup>, tal como los establece el Convenio revisado (169 de la OIT), están dirigidos a garantizar a estos pueblos “el derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, en la medida que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”<sup>53</sup>. En particular, la revisión del Convenio 107 por la OIT y la introducción de la obligación de consultar como eje central del Convenio 169 implica reconocer, según explica la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su “Observación general de 2011 sobre la obligación de consulta”<sup>54</sup>:

- a) que las poblaciones indígenas y tribuales tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente;
- b) que este derecho de participación debería ser efectivo y brindarles la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas;
- c) que, para que tal derecho sea efectivo, debe ser respaldado por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo con las condiciones del país;
- d) que la aplicación de este derecho debería adaptarse a la situación de las poblaciones indígenas y tribuales interesadas, a fin de conferirles en cada caso el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.

---

52 La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones sintetizó, en su “Observación general 2011 sobre la obligación de consulta”, el alcance del derecho a la participación en las modalidades contempladas en el Convenio 169, de la OIT. En el documento se precisa que: “[S]e requiere la participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con lo siguiente: el desarrollo de una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de sus pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (artículo 2, 1); la adopción de medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (artículo 5, c); la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen (artículo 6, 1, b); la formulación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7, 1); el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y de nivel de salud y educación (artículo 7, 2); la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15, 1); y el fortalecimiento y la promoción de las actividades tradicionales (artículo 23, 1)”. OIT y Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), “Observación general 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”. Consultado el 13 de Abril de 2013 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html>

53 OIT. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Artículo 7.

54 OIT y CEACR, “Observación general 2011”.

En este contexto, esta sección tiene como propósito aportar elementos para analizar el alcance y el marco institucional del derecho a la consulta previa en Colombia, tal como se establece en el Convenio 169. Se busca precisar su estructura y alcance, sobre la base de las “Observaciones generales” que a tal efecto ha realizado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y de los avances normativos de la consulta previa para el pueblo y las comunidades afrodescendientes en Colombia. Posteriormente, se describe el marco institucional y los mecanismos de aplicación hasta ahora desarrollados en Colombia para implementar este derecho.

### ***El derecho fundamental a la consulta previa para pueblos y comunidades afrodescendientes en Colombia***

La fuente central del derecho a la consulta previa, así como de otros derechos fundamentales de los grupos étnicos, se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos enmarcados en el convenio sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT (1989). El Convenio 169 integra un conjunto de normas destinadas a promover y proteger los derechos fundamentales de los grupos étnicos en el mundo y fue ratificado por Colombia con la Ley 21 en 1991. Desde entonces, es de aplicación obligatoria para los pueblos étnicos del país.

Es importante señalar que el convenio es de aplicación obligatoria para los pueblos y comunidades afrocolombianas, a pesar de que Colombia no lo reconociera así desde su ratificación, ya que en la primera memoria que sobre su implementación enviara a la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT:

[...] el Gobierno había indicado que “las comunidades afroamericanas de Colombia no se entienden incluidas en el ámbito del Convenio, pues aunque sectores de esta población, las comunidades ribereñas del litoral pacífico, y algunas poblaciones de características similares de los valles interfluviales han sido considerados como grupos étnicos, [...] por la nueva Constitución colombiana, estos grupos no los entiende el Gobierno colombiano como incluidos dentro de la categoría de pueblos indígenas o tribales”.<sup>55</sup>

Lo anterior encuentra explicación, entre otros factores, en la discriminación histórica y estructural de los afrodescendientes en Colombia y en las visiones racializadas y asimilacionistas que no permiten reconocer la titularidad de derechos colectivos de los pueblos y comunidades afrocolombianas en tanto grupo étnico. Al respecto, cabe recordar que el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT estipula que sus disposiciones aplican a:

- a) los pueblos tribales en países independientes, *cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial*;
- b) 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

<sup>55</sup> CEACR. Colombia, Convenio 169 OIT Informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (2005/76a reunión) párrafo 3.

fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.<sup>56</sup> (Énfasis nuestro).

Y agrega que: “La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio<sup>57</sup>” (art. 1, 2). En este punto es importante precisar que, después de diez años de la Constitución de 1991 y de la entrada en vigor del Convenio, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-169 de 2001, se pronunció de forma taxativa al respecto, con el reconocimiento expreso de las comunidades afrocolombianas como titulares de los derechos reconocidos en el Convenio OIT 169 en tanto grupo étnico. A partir de allí, el Alto Tribunal ha advertido a todas las autoridades del Estado que tal convenio se hace extensible a estas comunidades, y en la sentencia en comento precisó que:

[...] resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional n.o 4.20 de septiembre de 1991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante.

Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento [Convenio 169 de la OIT] 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<sup>58</sup>.

De otro lado, la CIDH ha precisado que un pueblo tribal es aquel:

[...] que *no* es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres y tradiciones.

Adicionalmente, advierte que:

[...] la determinación de cuándo un grupo en particular se puede denominar tribal depende de una combinación de factores subjetivos y objetivos. Según ha explicado la OIT,

---

56 OIT. Convenio 169. Art 1.

57 OIT. Convenio 169, Art 1, numeral 2.

58 Corte Constitucional. Sentencia C 169 de 2001. Mp Carlos Gaviria Díaz. (Bogotá, 14 de febrero de 2001).

los elementos objetivos de los pueblos tribales incluyen (i) una cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en sus formas de sustento, lenguas, etc.; y (ii) tradiciones y costumbres propias, y/o un reconocimiento jurídico especial. El elemento subjetivo consiste en la identificación propia de estos grupos y de sus miembros como tribales.<sup>59</sup>

En este punto cabe advertir que la Ley 70 de 1993 define claramente que una comunidad negra “es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”<sup>60</sup>. El proceso organizativo afrocolombiano trabaja sin pausa en la salvaguarda de esa identidad diversa y la protección efectiva de todos sus derechos, lo que evidencia a su vez la satisfacción de los criterios objetivos y subjetivos de la definición en comento para el caso de los pueblos y comunidades afrocolombianas.

Cabe recordar que, al aprobar el Convenio 169, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo lo hizo sobre el reconocimiento de:

[...] la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales y las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro de los Estados en que viven.

La Conferencia advirtió además que:

[...] en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión, reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro de los Estados en que viven.<sup>61</sup>

Es precisamente en este contexto que se estructura el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169. Al respecto, la CEACR explica en su “Observación general” de 2011 que, de conformidad con el convenio, el objetivo de las consultas previas es:

[...] permitir la plena expresión —con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas— de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y que el Convenio requiere, en primer lugar, que se realicen consultas en profundidad con las instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales y que después se hagan los esfuerzos ne-

---

59 CIDH, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales, (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009), 11-12.

60 Ley 70 de 1993, Art 2 Núm 5.

61 Véase Convenio OIT 169 de 1989, preámbulo.

cesarios, en la medida de lo posible, para encontrar soluciones conjuntas, ya que esto es la piedra angular del diálogo.<sup>62</sup>

En el mismo espíritu, en la guía para la aplicación del Convenio la OIT explica que, según los términos de este:

[...] la consulta se considera una forma clave de diálogo que sirve para evitar, así como también resolver conflictos, y precisa que la obligación de consultar a los pueblos indígenas [y tribales] surge en un nivel general, en relación con la aplicación de todas las disposiciones del Convenio.<sup>63</sup>

Entre las disposiciones específicas identificadas por el CEARC en la “Observación general” de 2011 se precisan como dimensiones obligatorias de las consultas:

- i) Las cuestiones legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente. (artículo 6, 1, a);
- ii) La autorización o ejecución de todos los programas de exploración o explotación de recursos minerales o del subsuelo existentes en sus tierras. (artículo 15, 2);
- iii) Siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. (artículo 17, 2);
- iv) Cuestiones específicas relacionadas con la educación. (artículos 22, 27, 3 y 28, 1).

En el mismo documento el CEACR advierte también que:

En relación con la autoridad responsable de las consultas, los artículos 2 y 6 establecen la responsabilidad de los Gobiernos. En virtud del artículo 6 los Gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados...” y “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente...”. (énfasis nuestro)

En relación con la naturaleza de las consultas, de la revisión de los trabajos preparatorios en relación con el Convenio núm. 169 y de la revisión del Convenio en los dos textos que dan fe, la Comisión concluye que la intención de los redactores del Convenio era que la obligación de consultar en virtud del Convenio significase que:

1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los Gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;
2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;

---

62 OIT- CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Consultado 4 de febrero de 2013 en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html>

63 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT (2009), 60 y ss. Consultado 4 de febrero de 2013 en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

4. deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.<sup>64</sup>

Sobre la base de estos elementos, el CEACR advierte que las consultas proforma o la simple información no cumplirán con los requisitos del convenio. Adicionalmente, será central tener en cuenta que la Corte Constitucional de Colombia ha reiterado en diferentes pronunciamientos que la consulta previa es un derecho fundamental y en uno de los más recientes desarrollos de su jurisprudencia ha establecido un conjunto de reglas mínimas que desde el inicio debe tener “todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación”:

- (i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
- (ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
- (iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.
- (iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.
- (v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.
- (vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y/o postconsultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no solo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.
- (vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.
- (viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

---

64 OIT- CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta.



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, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

- (ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.
- (x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.
- (xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.<sup>65</sup>

Al respecto, es de señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en cuanto a la protección de derechos de los pueblos étnicos ha sido fundamental para su pervivencia, y se ha convertido en referente para América Latina.

Pese a las claridades que establecen el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, diferentes gobiernos han expedido actos administrativos en el intento de reglamentar el derecho a la consulta previa en Colombia. En primera instancia, el Decreto 1320 de 1998, 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”. Sin embargo, este decreto no fue consultado con los pueblos étnicos, y la Corte Constitucional ha ordenado inaplicarlo por considerar que va en contravía de la Constitución de 1991 y del Convenio 169 de la OIT:

Así, la primera ocasión en la que la Corte definió esta medida fue en la Sentencia T-652 de 1998, mediante la cual ordenó al Gobierno nacional adelantar la consulta previa con el pueblo indígena embera-katío afectado con la construcción de la hidroeléctrica de Urrá, bajo los parámetros ya acordados con las comunidades afectadas e inaplicar la norma en mención. Con fundamento en el informe del Consejo de Administración de la OIT [...], la Corte Constitucional ha reiterado la orden de inaplicación de este decreto, a partir de la Sentencia T-880 de 2006, en la que ordenó la consulta previa con el pueblo indígena motilón-barí sobre la construcción de un oleoducto en el corregimiento La Gabarra, municipio de Tibú, Norte de Santander.<sup>66</sup>

65 Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011 M. P Jorge Iván Palacio (Bogotá 3 de marzo de 2011).

66 Consultoría para los Derechos humanos y el Desplazamiento (Codhes), Olga Lucía Gaitán, El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia, documento Codhes n.º 24 (Bogotá: Kimpres, 2012), 47.



Al respecto, es motivo de preocupación que, aunque el comité de expertos de la OIT refirió que esta normativa era contraria a las disposiciones del convenio y que la Corte Constitucional ordenó inaplicarla, el Ministerio del Interior aún la cite como norma de referencia en las respuestas a derechos de petición y presentaciones públicas.

Más de diez años después, fue expedida la Directiva Presidencial 01 de 2010, normativa que establece mecanismos para el desarrollo del proceso de la consulta previa, y va dirigida al vicepresidente de la República, a los ministros del Despacho, y a los directores de los departamentos administrativos, superintendentes, directores, gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional. Sin embargo, esta directiva no fue sometida a consulta previa y viola las disposiciones del Convenio 169 de la OIT al pretender un único modelo de consulta y establecer arbitrariamente las medidas que deben o no ser consultadas. De manera que este y el Decreto 1320, en tanto actos administrativos expedidos por diferentes gobiernos, han violentado el derecho a la consulta previa, y sus disposiciones van en contravía de las obligaciones internacionales y constitucionales en materia de protección de la integridad cultural de los pueblos étnicos.

En lo que sigue, serán los antecedentes normativos y jurisprudenciales (a excepción del Decreto 1320 y la Directiva Presidencial 01 de 2010), los parámetros básicos para analizar y evaluar la consulta previa realizada por el Gobierno de Colombia con las víctimas afrocolombianas, sus organizaciones y representantes del Decreto Ley 4635 del 6 de diciembre de 2011, “por el cual se dictan las medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”. A continuación presentamos los mecanismos a escala nacional hasta ahora adaptados para la implementación institucional de este derecho fundamental para los pueblos y comunidades afrocolombianas.

### **Marco institucional del derecho a la consulta previa para pueblos y comunidades afrodescendientes en Colombia**

En el momento de la adopción del Convenio 169 en 1989, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo expidió una resolución con el propósito de apoyar la ejecución y promoción de las disposiciones contenidas en este instrumento de derecho internacional. Con este documento invitó a los Estados a ratificar el convenio, al igual que a cumplir con las obligaciones establecidas en él y a ejecutar sus disposiciones de la manera más efectiva. Asimismo, llamó a los Gobiernos a cooperar a este efecto “*con las organizaciones e instituciones nacionales y regionales de los pueblos interesados, en especial para establecer mecanismos de consulta apropiados*”<sup>67</sup> que permitieran a los pueblos indígenas y tribales, como es el caso de los pueblos y comunidades afrocolombianas en el Estado colombiano, expresar sus puntos de vista sobre los distintos aspectos del convenio.

Igualmente, es de vital importancia referir que el artículo 2 del Convenio 169 establece que: “Los Gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pue-

67 OIT, Resolución sobre la acción de la OIT, concerniente a Pueblos indígenas y Tribales (1989). Párrafo. 1 ss. Consultada 10 de marzo de 2013 en: [http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS\\_100789/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS_100789/lang-es/index.htm)

blos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”<sup>68</sup>, lo cual supone ajustes en la legislación, la institucionalidad, las políticas públicas, y en general un cambio en el modelo de relación del Estado y los pueblos étnicos orientado hacia la protección integral de sus derechos.

Como se desprende de esta obligación internacional, Colombia debía acompañar la ratificación del convenio con un ajuste institucional para su implementación efectiva. Adviértase, sin embargo, que las primeras modificaciones institucionales en Colombia a tal efecto se rastrean casi veinte años después de la expedición del convenio, con la creación en el Ministerio del Interior y de Justicia del Grupo de Consulta Previa, por medio de la Resolución n.º 3598 en diciembre de 2008. Este grupo, ubicado en el despacho del viceministro del Interior, tenía como primera función “coordinar interinstitucionalmente la realización de los procesos de consulta previa con los grupos étnicos para proyectos de desarrollo que los afecten”<sup>69</sup>, al igual que realizar sus funciones en coordinación con la Dirección de Asuntos para Comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, creada en desarrollo del artículo 67 de la Ley 70 de 1993, reglamentada por el Decreto 2313 de 1994, con el cual se adicionó a la estructura orgánica del entonces Ministerio de Gobierno, encargado de los asuntos y derechos de los grupos étnicos.

Cabe mencionar, no obstante, que en su creación la Dirección de Asuntos para Comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, si bien tenía como función principal formular y someter a aprobación por parte del Gobierno nacional la política de comunidades negras, no tenía funciones específicas relativas a la consulta previa. Sin embargo, esta dirección desapareció con el Decreto 200 de 2003, en el marco de la reformulación orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, y se convirtió en una subdirección de la Dirección de Etnias creada por ese decreto. A esta se le asignó la función de coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos de conformidad con la ley. La Dirección de Comunidades Negras reapareció con la reestructuración del Ministerio del Interior y de Justicia en el marco del Decreto 4530 de 2008. Retomó entonces la función de apoyar al Grupo de Consulta Previa en la realización de los procesos de consulta para proyectos de desarrollo que afectaran a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. De forma tal que fue solo hasta el año 2008 cuando apareció en el ordenamiento institucional colombiano una estructura con funciones específicas en el marco de este derecho. Sin embargo, dicha reforma institucional que afecta directamente a los pueblos étnicos por cuanto debe proteger el derecho a la consulta previa, y por esta vía su integridad cultural, no fue consultada con tales pueblos, y no puede considerarse como una reforma institucional suficiente y pertinente para la protección de derechos de los grupos étnicos.

Nótese que para el año 2008, a pesar de las funciones específicas de consulta encargadas al Grupo de Consulta y a la Dirección de Asuntos para Comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, no existía un referente institucional claro encargado de coordinar la consulta previa de las medidas administrativas y legislativas contempladas en el artículo 6 del Convenio 169

68 OIT, Convenio 169. Art 2.

69 Ministerio del Interior y de Justicia. Resolución 3598 de 2008, por la cual se crean grupos de trabajo en la estructura funcional interna del Ministerio del Interior y de Justicia Consultado 10 de noviembre de 2012 en: <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo2153DocumentNo1334.PDF>

de la OIT. Esta adaptación institucional se produjo más recientemente, con la reestructuración del Ministerio del Interior en el marco de la Ley 1444 de 2011, que lo escindió del Ministerio de Justicia, y con el Decreto 2893 de 2011, y reestructuró su organigrama y sus funciones. De conformidad con este decreto, la Dirección, además de la función de apoyar los procesos de consulta previa para proyectos de desarrollo que afecten a las comunidades, adquirió la de “coordinar y realizar los procesos de consulta previa para la adopción de medidas legislativas y administrativas del nivel nacional” (Decreto 2893 de 2011, art., 14,6). De esta manera, y pasados veinte años de la expedición del Convenio 169 de la OIT, se estructuraron en el ordenamiento institucional colombiano los mecanismos institucionales correspondientes para hacer efectiva la obligación de consultar, de la que es responsable el Gobierno nacional, en particular el Ministerio del Interior.

Con relación a la estructura institucional relativa a las consultas previas con los pueblos y comunidades afrocolombianos, es importante reseñar que, en el marco del Decreto 3770 de 2008, que modificó el Decreto 1371 de 1994 con el cual se creó la Comisión Consultiva de Alto Nivel integrada por el artículo 45 de la Ley 70 de 1993, se sumó a las dos funciones específicas que la Ley 70 le prescribe a la Comisión Consultiva —el seguimiento de lo dispuesto en la ley y su reglamentación (Ley 70, arts., 45 y 60 respectivamente)—, la indicada en el artículo 5:

[...] servir de instancia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas, del ámbito nacional susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, raizales, afrocolombianas o palenqueras, de conformidad con la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.<sup>70</sup>

Es de señalar que dicho decreto no fue consultado previamente con las comunidades, aunque les afectaba directamente.

Posteriormente el *Gobierno* emitió la resolución 0121 del 30 de enero de 2012, “por la cual se convoca a los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a asambleas departamentales y se dictan otras disposiciones”, y que habilitó un espacio de representación de los consejos comunitarios, bajo el presupuesto de que se trataba de una transición, aunque no se estableció el término de dicha transitoriedad. El Gobierno recurrió a tal mecanismo ante el final del periodo de las consultivas anteriores, ocurrido el 31 de octubre de 2011. En el marco de la consultiva transitoria, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2163 de 2012, “por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones”.

Estas medidas administrativas generaron diversas reacciones en el proceso organizativo afrocolombiano. Varias voces reclamaron la necesidad de someter a consulta previa los mecanismos normativos y administrativos (como el Decreto 3770, la Resolución 0121 y el Decreto 2163) que regulan el espacio de representación y de interlocución con el Estado. A partir de allí varios consejos comunitarios y organizaciones afrocolombianas interpusieron demandas y acciones de tutela, lo cual derivó en la Sentencia T-823 de 2012 y en el Auto de Suspensión del 4 de diciembre de 2012.

70 Decreto 3770 de 2008, por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones.

En la Sentencia T-823 el Alto Tribunal ordenó *inaplicar por inconstitucional* la Resolución 0121 del 30 de enero de 2012 y ordenó al Ministerio del Interior “que expida nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de alto nivel y departamentales”<sup>71</sup>.

Así las cosas, de conformidad con este marco institucional la consulta previa de las medidas administrativas y legislativas contempladas en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es competencia tanto de la Dirección de Asuntos para Comunidades Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras como de la Dirección de Consulta Previa, y la instancia de consulta es la Comisión Consultiva de Alto Nivel. En ese sentido, cabe advertir que tanto la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, como la Comisión Consultiva fueron instancias fundamentales en el desarrollo del proceso de “consulta” del Decreto Ley 4635 de 2011.

\*\*\*\*\*

Como conclusión preliminar de esta introducción, son fundamentales los avances que la Carta política de Colombia de 1991 introdujo para el reconocimiento y la protección diferencial de los derechos de la población afrocolombiana. Dentro de estos se encuentran el artículo transitorio 55, que prescribe el reconocimiento de propiedad de sus territorios ancestrales y la obligación de crear un conjunto de mecanismos para la protección de los derechos de estas comunidades, su integridad cultural y el fomento de su desarrollo económico y social, y su reglamentación a través de la ley 70 de 1993. Pese a la importancia de estos avances normativos, es motivo de preocupación el hecho de que pasados más de veinte años de la Carta política y la posterior expedición de la Ley 70 de 1993, los afrodescendientes en Colombia sigan siendo víctimas de la negación sistemática de sus derechos fundamentales individuales y colectivos, en medio del racismo y la discriminación estructural persistentes. Es en ese sentido paradójico que las comunidades afrocolombianas y sus miembros individualmente considerados, en tanto sujetos de especial protección constitucional, sean precisamente quienes encuentren más barreras para el acceso y goce efectivo de derechos ciudadanos, y derechos específicos en tanto grupo étnico y en tanto víctimas. Al respecto, la CIDH ha señalado que

“la simple promulgación de leyes sin efecto práctico alguno no garantiza el pleno goce y ejercicio de derechos. Por su parte, la Corte tiene resuelto como criterio jurisprudencial uniforme, que no basta con que haya formalmente disposiciones legales que garanticen la igualdad, sino que éstas deben ser efectivas, es decir, deben dar resultados o respuestas necesarias para la protección de los derechos contemplados en la convención americana”<sup>72</sup>.

Otro de los elementos que evidencia la exclusión estructural de los afrocolombianos, tiene que ver con la deficiente protección jurídica de sus territorios, tal como lo señaló la Corte Constitucional en el auto 005. Si bien con la Ley 70 el Estado colombiano ha reconocido el derecho a la titulación colectiva de las comunidades afrocolombianas sobre sus territorios ancestrales, la

71 Sentencia T 823 de 2012. Mp Jorge Ignacio Pretelt (Bogotá, 17 de octubre de 2012).

72 CIDH. La situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc 62. 2011, párr. 198.

materialización del derecho de propiedad ha tenido un avance bastante lento. En su momento, el Programa de Protección de Tierras de Acción Social —actualmente Unidad de Restitución de Tierras— calculó que “831.473 personas (159.899 familias), es decir al menos el 60 % de la población afrodescendiente que habita la región del Pacífico, no tienen garantizado su derecho a la tierra”. De igual modo, otros derechos consagrados en la Ley 70, atinentes al goce efectivo de los derechos territoriales de las comunidades afrocolombianas, como la protección de los recursos naturales, mineros y el fomento del etnodesarrollo social, económico, político y cultural, están aún sin reglamentar, y, más grave aún, sin implementar. En este contexto, la titulación colectiva de más de 5 millones de hectáreas de sus territorios ancestrales no ha conducido a su posesión real ni a su goce efectivo de derechos territoriales, pues en algunos territorios titulados hay empresas mineras dentro del título sin que el Gobierno haya garantizado el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada de las comunidades afrocolombianas y el saneamiento del territorio. Asimismo, algunos otros aspectos de la Ley 70, en materia de interlocución, representación política e institucionalidad para estas comunidades, como la Consultiva de Alto Nivel, la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, y la circunscripción especial en la Cámara de Representantes, han sido insuficientes para garantizar la integración efectiva de las necesidades y aspiraciones propias de dichos pueblos. Todo ello ha redundado en restricciones a la participación libre y en igualdad de condiciones que suponen la Constitución y la Ley 70. De igual modo, es de señalar que la infraestructura a construir ordenada por la Ley 70 en sus disposiciones finales, establecidas en el capítulo VIII, tampoco ha sido construida.

En consecuencia, la crisis humanitaria del pueblo y las comunidades afrocolombianas, su exclusión estructural, las debilidades en materia de protección jurídica de sus territorios, el desarrollo de actividades mineras, de agroindustria u otras en sus territorios sin consulta previa evidencian las amplias brechas entre el reconocimiento formal de derechos y su goce efectivo. En ese sentido, también son manifiestas las fallas en la puesta en marcha de medidas de protección constitucional y legal, al igual que de las medidas de protección derivadas de la jurisprudencia de Altos Tribunales, como la Corte Constitucional, y las disposiciones y recomendaciones específicas que al respecto han indicado organismos y mecanismos internacionales regionales y universales. Por ejemplo, instancias de protección específica y diferencial, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ratificada por Colombia a través de la Ley 22 de 1981, y por ello de carácter vinculante), el Convenio 169 de la OIT, la Declaración y el Plan de Acción de Durban, disposiciones constitucionales, la Ley 70 de 1993 y sus desarrollos, y más recientemente el Auto 005 siguen aún sin desarrollo y aplicación efectivos. Así las cosas, para Codhes, a pesar de los principios de igualdad y no discriminación que son los pilares de los sistemas democráticos y del Estado social de derecho colombiano, y no obstante el reconocimiento y la protección de la diversidad cultural estipulada en el artículo 7 de la Constitución de 1991, los afrodescendientes en Colombia continúan siendo víctimas de una marcada desigualdad acentuada por el desplazamiento forzado y por el conflicto armado, así como por sus factores vinculados y subyacentes.

En relación con ello, uno de los elementos centrales para que los pueblos y comunidades afrocolombianas puedan revertir esta situación guarda relación con la participación libre y en igualdad de condiciones a todo nivel en la vida política, social, económica y cultural en Colom-

bia. Así mismo, resulta indispensable el mecanismo específico de participación que atañe a los pueblos indígenas y tribales, en este caso a las comunidades afrocolombianas: la consulta previa, libre e informada. El derecho fundamental como mecanismo para preservar la integridad cultural implica el fortalecimiento de las instituciones propias y de las formas de organización de estas comunidades.

Ahora bien, la falta de participación efectiva de los pueblos y comunidades afrocolombianas en todos los ámbitos de las instituciones del Estado colombiano, la falta de reconocimiento de sus instituciones propias y las fallas en la garantía del derecho a la consulta previa han limitado su derecho a “*decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este 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*”.<sup>73</sup>

---

73 OIT. Convenio 169 de 1989, art 7.





## **PRIMERA PARTE**

**Análisis del proceso de construcción y debate del decreto ley  
de víctimas y restitución de tierras  
para comunidades negras, afrocolombianas, raizales  
y palenqueras**





La Corte Constitucional en diversas ocasiones ha declarado la inexequibilidad de medidas legislativas, por el hecho de no haber sido consultadas con los grupos étnicos antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República. Esto fue lo que sucedió con la Ley 1021 de 2006 (Ley Forestal, Sentencia C-030 de 2008) y la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural, Sentencia C-175 de 2009). A la vez, se condicionó la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, Sentencia C-461 de 2008) y, más recientemente, la Ley 1518 de 2012 (Sentencia C-1051 de 2012), mediante la cual se aprobó el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales. En desarrollo de esta jurisprudencia, la Corte Constitucional ha establecido que las medidas legislativas que afecten a los grupos étnicos deben ser consultadas antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República.

Cabe advertir, sin embargo, que a pesar de estos importantes antecedentes y de los graves impactos cuantitativos y cualitativos del conflicto armado sobre los pueblos y comunidades afrocolombianas, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 del 10 de junio de 2011) no fue consultada antes de su radicación en el Congreso con los grupos étnicos. De esta forma, inició su trámite legislativo sin observar la garantía de este derecho fundamental, lo cual de entrada implicaba una violación del Convenio 169 de la OIT y, por lo tanto, un vicio de constitucionalidad en esta trascendental iniciativa.

Esta grave omisión supuso para las organizaciones indígenas, afrocolombianas y rom un desafío complejo: mantener la defensa de sus derechos, en particular, la exigibilidad del derecho fundamental a la consulta previa, sin que ello implicara una acción jurídica que declarara inexequible la Ley de Víctimas (1448) por falta de consulta previa y dejar, en consecuencia, sin marco jurídico la política pública de atención, reparación integral y restitución de tierras para más de cinco millones de víctimas del país.

Fue así como, en solidaridad con las víctimas del país, surgió la fórmula del artículo 205 de la Ley 1448<sup>74</sup>, el cual le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para víctimas de grupos étnicos en un término de seis meses, previa consulta con los pueblos y comunidades a través de sus autoridades y organizaciones representa-

---

74 Ley 1448 de 2011. “Artículo 205. De conformidad con el artículo 150 numeral 10 de la Constitución nacional, revístase al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses contados a partir de la expedición de presente ley, para expedir por medio de decretos con fuerza de ley, la regulación de derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, rom y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en lo relativo a:

- a. Generar el marco legal de la política pública de atención, reparación integral y restitución de tierras de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de conformidad con la Constitución nacional, los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes, la jurisprudencia, principios internacionales a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.
- b. En la elaboración de las normas con fuerza de ley que desarrollen la política pública diferencial para las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el Gobierno Nacional consultará a los pueblos étnicos a través de las autoridades y organizaciones representativas bajo los parámetros de lo constitucional, la ley y el derecho propio, con el fin de dar cabal cumplimiento al derecho fundamental de la consulta previa. La metodología de la consulta previa para la elaboración de las normas con fuerza de ley que desarrollen la política pública diferencial para las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras será concertada entre el Gobierno nacional y los pueblos étnicos a través de autoridades y organizaciones representativas”.

tivas. Cabe anotar que las organizaciones afrocolombianas e indígenas trabajaron en la redacción del artículo con la salvedad de que esta consulta sería excepcional y que la fórmula del artículo 205 no podía convertirse en regla para consultas venideras.

Así las cosas, luego de esta grave omisión, el reto del Gobierno suponía garantizar el derecho a la consulta previa en la construcción de los decretos con fuerza de ley, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y los marcos normativos y jurisprudenciales internacionales, en el contexto de la excepcionalidad de esta importante consulta con las víctimas de los grupos étnicos del país. El impacto desproporcionado del conflicto armado y el desplazamiento forzado sobre la población afrocolombiana, como lo reconoció la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009, suponía un proceso amplio y participativo de las víctimas, sus organizaciones y representantes, que derivara en un marco normativo proporcional a los impactos desproporcionados del conflicto armado y sus factores subyacentes y vinculados.

Sobre la base de estos antecedentes, la primera parte de este texto tiene como propósito caracterizar los resultados y el proceso de “consulta” del Decreto Ley 4635 de 2011. El capítulo 1 tratará de forma específica el proceso de “consulta” adelantado por el Gobierno nacional, en contraste con los estándares normativos identificados en la introducción, para evaluar si, como señala el Decreto Ley 4635 en su preámbulo, “de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional en la materia, los asuntos de que trata este decreto fueron sometidos a consulta previa con los representantes de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”<sup>75</sup>. En este sentido, el capítulo abordará también la postura y propuestas del proceso organizativo afrocolombiano a nivel nacional y de organizaciones étnico-territoriales, entre otras, frente a la “consulta” del Decreto Ley 4635.

En el capítulo 2 se dará cuenta del resultado derivado de este proceso. El objetivo será identificar, en contraste con los principios internacionales sobre reparaciones<sup>76</sup>, si el Decreto Ley 4635 es, como lo enuncia su preámbulo:

[...] un mecanismo de reparaciones para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, no solo con el objetivo de materializar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, sino adicionalmente, en aras de reducir las desigualdades sociales existentes entre la sociedad colombiana y las víctimas del conflicto armado, para así cimentar el proceso de transición y reconciliación nacional, sobre bases sólidas de equidad e igualdad social.<sup>77</sup>

Con este objeto, el texto presenta un esquema general de los contenidos del Decreto Ley 4635 y los mecanismos de acceso a derechos contemplados en este marco normativo.

---

75 Decreto Ley 4635 de 2011.

76 Naciones Unidas, Asamblea General, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (Resolución A/RES/60/147). 2005

77 Decreto Ley 4635 de 2011. Considerandos

## CAPÍTULO I

### El proceso de “consulta adelantado por el Gobierno nacional en el marco del Decreto Ley 4635

Como lo indica el título, el propósito de este capítulo es analizar y evaluar el proceso de “consulta previa” adelantado por el Gobierno nacional a efectos de establecer el marco normativo de política pública de atención, reparación integral y restitución de tierras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Como se advirtió en la introducción, la obligación y la responsabilidad de consultar el decreto ley para las víctimas afrocolombianas emana del Convenio 169 de la OIT. El cumplimiento de esta obligación internacional implicaba para el Gobierno nacional que a las víctimas afrocolombianas y sus organizaciones se les garantizara el derecho a participar, y se les brindara la oportunidad real de hacerse escuchar e influir de forma efectiva en las decisiones adoptadas, en el marco de procedimientos adaptados a la grave situación afrontada, en particular por las mujeres afrocolombianas víctimas y los demás sujetos de especial protección constitucional, como los niños, niñas, jóvenes y adultos mayores.

Con el fin de analizar progresivamente el procedimiento de “consulta” del Decreto Ley 4635, este capítulo se subdivide en tres secciones. La primera evalúa el mecanismo de consulta para identificar si, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT (art. 6, a) fue adelantada con las instituciones representativas de las víctimas afrocolombianas. La segunda sección analiza si el desarrollo de la consulta adelantada por el Gobierno fue, tal como lo supone el convenio, formal, de buena fe y apropiada a las circunstancias; en este caso se evalúa si el procedimiento adelantado por el Gobierno Nacional garantizó a los sujetos de derecho a la consulta, a quienes afectaba directamente la medida, es decir, a las víctimas afrocolombianas y sus representantes, los medios para que pudieran participar libremente en todo el proceso con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas adoptadas (Convenio OIT 169, art. 6, 2). Para finalizar, la tercera sección da cuenta de la posición y los requerimientos de las instituciones representativas afrocolombianas ante el Gobierno nacional con el objeto de garantizar su participación y sus prerrogativas en la adopción del decreto ley.

### El mecanismo de consulta del Decreto Ley 4635 en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” de las Naciones Unidas incluyen el deber de los Estados de “adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes”.<sup>78</sup> Esto, sumado a las obligaciones derivadas del Convenio 169, suponía, para el caso de la consulta del decreto ley para las víctimas afrocolombianas, que

78 Naciones Unidas, Asamblea general, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (Resolución A/RES/60/147). 2005

el Gobierno nacional facilitara y asegurara los mecanismos, procedimientos y métodos para su cumplimiento, al igual que el de las demás obligaciones jurídicas existentes para garantizar los derechos de las víctimas, conforme a las normas internas e internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

En este contexto, para expedir el decreto con fuerza de ley para la regulación de derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y generar el marco legal de la política pública de atención, reparación integral y restitución de las tierras y territorios de estas víctimas, el Gobierno nacional estaba en la obligación de identificar y garantizar la participación efectiva de las instituciones representativas de las víctimas afrocolombianas.

El artículo 205 de la Ley 1148 señalaba claramente que:

[...] la metodología de la consulta previa para la elaboración de las normas con fuerza de ley que desarrollen la política pública diferencial para las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades [...] negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, [sería] concertada entre el Gobierno nacional y los pueblos étnicos a través de autoridades y organizaciones representativas.<sup>79</sup>

Además, como explica la OIT, la obligación de consultar a través de las instituciones representativas de los pueblos protegidos por el Convenio 169 supone que “antes de realizar cualquier tipo de consulta, las comunidades interesadas [en este caso, las víctimas afrocolombianas] debían identificar sus instituciones representativas. Con relación a tales instituciones, “los órganos de control de la OIT han señalado que lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos”<sup>80</sup>.

Cabe señalar, sin embargo, que a pesar de las disposiciones del artículo 205 de la Ley 1448, las obligaciones derivadas del Convenio 169 y las precisiones de los órganos de control de la OIT, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, el Gobierno nacional decidió unilateralmente desconocer las instituciones propias afrocolombianas, excluyendo a su vez las organizaciones mencionadas por la Corte constitucional en el auto 005 –Afrodes, Cnoa, Codegeved, PCN, Asomujer y Trabajo, Coopdiconc, Adacho, Recompass, Asocoetnar, Ascoba, entre otras- al llevar a cabo la consulta previa del decreto con fuerza de ley en el espacio de la Comisión Consultiva de Alto Nivel. Este mecanismo institucional, si bien es un desarrollo importante de la Ley 70 de 1993 (art. 45)<sup>81</sup>, no es instancia de consulta previa — aunque el decreto 3770 de 2008 le atribuye esta función, esta medida administrativa no fue consultada — y no representa al conjunto de la población afrocolombiana<sup>82</sup> ni al universo de sus víctimas, pues tal comisión es una instan-

79 Ley 1448 de 2011. Artículo 205. Numeral b

80 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica,, 61.

81 El Gobierno Nacional conformará una Comisión Consultiva de alto nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlántica y demás regiones del país a que se refiere esta ley y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para el seguimiento de lo dispuesto en la presente ley. Ley 70 de 1993. Art 45

82 Adviértase además que es menos del 10 % de la población afrocolombiana la que está o vive en consejos comunitarios, de forma tal que si bien muchas víctimas afrocolombianas han sido expulsadas o victimadas en el marco de esta forma organizativa, no ha sido el caso para la mayoría de ellas.

cia mixta conformada por representantes del Gobierno nacional y de los consejos comunitarios a nivel nacional<sup>83</sup>, en donde no tienen espacio otras expresiones organizativas afrocolombianas<sup>84</sup>. En particular, además de los consejos comunitarios, en las últimas décadas se han creado organizaciones para garantizar sus derechos étnico-territoriales y para promover los derechos de las víctimas, las cuales son, sin duda, no solo sus representantes legítimos sino también los afectados directos en este proceso reivindicativo. Por tanto, el Gobierno nacional debía garantizar una consulta amplia con participación de consejos comunitarios, y organizaciones de víctimas de manera que hicieran parte de la construcción del mecanismo de justicia transicional relativo a sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Nótese además que, luego de la expedición de la Ley 1448 de 2011, el proceso de implementación del artículo 205 no inició de manera inmediata con la Comisión Consultiva de Alto Nivel, ni con las comunidades afectadas y sus organizaciones representativas, tal como supondría su implementación efectiva, sino que inició con la contratación por parte del Gobierno nacional de una consultoría destinada a construir una propuesta de decreto ley de víctimas y restitución de tierras para los grupos étnicos, en este caso, el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de los Andes (Cijus). En cumplimiento de este contrato, el Cijus presentó en el mes de agosto una propuesta de decreto ley ante el Gobierno nacional, el cual, a través de la Dirección de Justicia Transicional del Ministerio del Interior y de Justicia (escindido en 2011 en Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia), consolidó su propio documento de decreto ley. Este, si bien tomó como base algunos contenidos planteados por el Cijus, excluyó otras medidas relevantes para los derechos de las víctimas incluidas en la propuesta de este centro de estudio.

Tanto el documento propuesto por el Cijus como el articulado consolidado por el Gobierno nacional establecían un texto único de decreto ley para los tres grupos étnicos, de forma tal que integraba en el marco normativo las medidas de reparación integral para pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, y Rrom. De manera que, desde su formulación, el decreto ley gubernamental se construyó sin la participación de las víctimas afrocolombianas y sus representantes, con el agravante de que ni la versión del Cijus ni en el consolidado gubernamental diferenciaban los daños, medidas de protección, atención y reparación diferencial específica para cada grupo étnico.

El decreto ley consolidado por el Gobierno nacional fue presentado a comienzos de septiembre ante los escenarios de concertación con los grupos étnicos, que señalaron la necesidad de que los mecanismos fueran específicos y diferenciales para cada grupo: para el caso de las víctimas del pueblo rom, con su escenario de Concertación<sup>85</sup>; para el caso de los pueblos originarios, con

---

83 Véase art 45 ley 70 de 1993. Decreto 1371 de 1994 subrogado por decreto 2248 de 1995, y decreto 3770 de 2008.

84 Cabe añadir que el Consejo de Estado reconoció como representantes de las comunidades afrocolombianas, en el marco de la reglamentación de la Ley 70, a los representantes de los consejos comunitarios. Por ello declaró la ilegalidad de algunos apartes del Decreto 2248 de 1995 relativos al reconocimiento de las organizaciones de base afrocolombianas y modificó, a su vez, el —no consultado— Decreto 3770 de 2008 que regula la Comisión Consultiva de Alto Nivel. Véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad. 11001 0324 000 2007 00039 00, Cons. Ponente. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. 2010.

85 Comisión Nacional de Diálogo, creada mediante el Decreto 2957 de 2010 como espacio de interlocución entre el Estado colombiano y el pueblo rom.

la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos Indígenas<sup>86</sup>, y para el caso de los pueblos y comunidades afrocolombianos, el Gobierno nacional inició la llamada “consulta” con la Comisión Consultiva Nacional de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

Antes de presentar y evaluar el proceso de consulta adelantado por el Gobierno nacional en el marco de la Comisión Consultiva, es importante recordar que éstos no se realizaron de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, organismo que ha precisado que: “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”<sup>87</sup>.

## **B. El desarrollo del proceso de consulta previa: la consultiva nacional y las consultivas departamentales**

El propósito de esta sección es analizar y evaluar el desarrollo de la consulta previa del decreto con fuerza de ley relativo a la reparación integral de las víctimas afrocolombianas adelantada por el Gobierno nacional, en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel. Como señalamos en la sección anterior, este proceso comenzó con los grupos étnicos en el mes de septiembre, más precisamente, según la información recabada en el proceso de seguimiento adelantado por el equipo de Codhes<sup>88</sup> (ver tabla 1), tal “consulta” inició el 12 de septiembre de 2011 cuando el Gobierno presentó ante la Comisión Consultiva su versión preliminar del texto del decreto con fuerza de ley. Finalizó el 18 de octubre de 2011, luego de realizar durante dos semanas —entre el 23 de septiembre y el 4 de octubre de 2011— las llamadas “consultivas departamentales”, en el contexto de una sesión plenaria de la Comisión Consultiva de Alto Nivel en la que se protocolizó y consolidó la versión interinstitucional final.

---

86 Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas creada mediante el Decreto 1397 de 1996.

87 Véase, Consejo de Administración, 282.<sup>a</sup> reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT (Ecuador, GB.282/14/2), párrafo 44. OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica,, 61.

88 Dado el interés que despierta acceder a los tiempos de la consulta, incluimos el cuadro de programación en el cual se muestran las fechas y regiones, que según las organizaciones fue proyectado por el Ministerio del Interior. Es importante señalar, no obstante, que a la fecha no hay claridad con respecto al cumplimiento de dicho cronograma, pues los procesos organizativos y comunitarios no contaron con información oportuna sobre los lugares y fechas de “consulta”, lo que hubiera permitido a la población participar de manera efectiva en la realización de las llamadas consultas en las fechas y en los escenarios departamentales designados. Algunas agencias de cooperación que apoyan procesos organizativos afrocolombianos y consejos comunitarios se dieron a la tarea de poner en circulación un cronograma que resultó de los diálogos de concertación en los cuales participaron, pero manifestaron no estar seguros de la versión final.



**Tabla 1. Cronograma de “consulta” del decreto ley entre el Gobierno nacional y la Comisión Consultiva de Alto Nivel conocido por Codhes**

| Nivel de consulta y/o concertación                                                                               | Cronograma             |                        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|------------------------|
|                                                                                                                  | Septiembre 2011        | Octubre 2011           |
| Presentación y ajustes<br>Gobierno nacional, comisión consultiva de alto nivel                                   | Entre los días 12 y 22 |                        |
| Consultivas departamentales<br>Arauca, cauca, antioquia, huila y san andrés                                      | Entre los días 23 y 30 |                        |
| Consultivas departamentales<br>Córdoba, valle del cauca quindío y magdalena medio                                | Entre los días 27 y 30 |                        |
| Consultivas departamentales<br>Atlántico, risaralda y santander y bogotá                                         |                        | Entre los días 1 y 4   |
| Consultivas departamentales<br>Bolívar, caldas, meta y putumayo                                                  |                        | Entre los días 4 y 7   |
| Consultivas departamentales<br>Chocó, nariño, sucre y la guajira                                                 |                        | Entre los días 5 y 9   |
| Ajustes interinstitucionales<br>Gobierno nacional y subcomisión jurídica de la comisión consultiva de alto nivel |                        | Entre los días 10 y 12 |
| Plenaria final<br>Comisión consultiva de alto nivel                                                              |                        | Entre los días 13 y 14 |
| Presentación y protocolización<br>Gobierno nacional y comisión consultiva de alto nivel                          |                        | Entre los días 15 y 16 |
| Radicación<br>Oficina jurídica de la presidencia de la república                                                 |                        | Día 18                 |

Elaboración Propia. Fuente: Entrevistas líderes y lideresas organizaciones afrocolombianas

Antes de analizar y evaluar el desarrollo de este proceso de “consulta”, es importante advertir que el Gobierno nacional, luego de fallar en la identificación de los organismos de representación de las víctimas afrocolombianas y restringir la consulta previa de esta medida a la Comisión Consultiva de Alto Nivel, debía, como mínimo, garantizar de forma efectiva que las comunidades “consultadas” en sus territorios contaran de forma previa con toda la información sobre la metodología, el cronograma y el contenido de la medida a consultar. Así mismo, las comunidades debían contar a su vez con el tiempo suficiente, no solo para reaccionar al mecanismo predefinido sin su participación, sino también, y principalmente, para que las víctimas y sus representantes pudieran estudiar la propuesta, evaluar sus impactos, plantear sus necesidades y definir sus aspiraciones en torno al alcance y el rumbo del mecanismo. Esto, en términos de los órganos de control de la OIT, supone: “otorgar tiempo suficiente a los pueblos para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales”<sup>89</sup>.

89 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica , 62.



No obstante, como se observa en el acelerado cronograma de “consulta” presentado, a pesar de la trascendencia de los temas a tratar en el marco del decreto ley para la reparación integral y transformadora de las víctimas afrocolombianas, en especial la restitución de las tierras y territorios abandonados y despojados, el proceso adelantado por el Gobierno nacional con la Comisión Consultiva se desarrolló en un tiempo inferior a dos meses. De hecho, si se observa de forma más atenta, se evidencia que las consultas regionales se desarrollaron en un tiempo no superior a quince días, sin que las víctimas y sus representantes tuvieran información suficiente y comprensible sobre las medidas a consultar. Y, más preocupante aún, cada consultiva departamental no contó con más de un par de días para que las víctimas compendiaran, evaluaran y modificaran el decreto ley, no solo con el objetivo de materializar sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, sino adicionalmente, para reducir las desigualdades sociales existentes entre la sociedad colombiana y las víctimas afrocolombianas, para así cimentar el proceso de transición y reconciliación nacional sobre bases sólidas de equidad e igualdad social.

Según pudo identificar Codhes, este proceso comenzó la segunda semana de septiembre cuando el Gobierno nacional, a través de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, convocó a los miembros de la Comisión Consultiva de Alto Nivel no solo para iniciar la “consulta” del decreto ley de víctimas y restitución de tierras, sino también de los proyectos de ley de regalías y de decreto reglamentario de acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional. Ello fue predefinido sin la participación de los pueblos y comunidades afrocolombianas, y de conformidad con agendas, tiempos y prioridades establecidas por el mismo Gobierno. Así, la llamada “consulta” del decreto ley de víctimas afrocolombianas, inició además con las demás medidas legislativas mencionadas, para que la Consultiva de Alto Nivel presentara sugerencias, modificaciones y propuestas, y se aprobaran los textos respectivos para someterlos a las “consultas” departamentales en las regiones.

Este proceso irregular llamó la atención de inmediato por su extralimitado alcance al incluir dentro de la agenda de “consulta” otras medidas legislativas y administrativas, a diferencia de lo que sucedió en el movimiento organizativo indígena que se negó a tan desbordada agenda y se concentró en la medida legislativa pertinente (proyecto de decreto ley de víctimas y restitución de tierras). Para los pueblos indígenas el impacto y complejidad de la ley de regalías y el decreto reglamentario de acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional ameritaban análisis y discusiones específicas en otros tiempos y escenarios de consulta, distintos a los previstos en el marco del desarrollo del artículo 205 que dispuso la Ley 1448 de 2011. De este modo, la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos Indígenas mantuvo su decisión de no consultar otras medidas legislativas y administrativas de manera simultánea al decreto ley de víctimas y restitución de tierras.

Nótese, en contraste, cómo en el desarrollo de la “consulta” adelantada entre la Comisión Consultiva y el Gobierno Nacional, sin hacer esta importante salvedad, las partes concertaron adelantar en tan reducido tiempo la “consulta” de medidas de tanto alcance y trascendencia para el pueblo y las comunidades afrocolombianas. Se desatendió así el criterio de buena fe que supone la consulta previa en los términos del Convenio 169 de la OIT, al hacer mucho más complejo y confuso el escenario de construcción del decreto ley para las víctimas afrocolombianas. Además, si nos atenemos a la obligación derivada del convenio de establecer procedimientos adecuados

y apropiados a las circunstancias, es evidente que en las consultas departamentales no existía un protocolo claro de consulta previa para cada una de las regiones, pues mientras algunas tuvieron una duración de cinco días para todas las medidas, muchas de ellas fueron más cortas. Tampoco se conocieron de forma previa la agenda, los lugares y los criterios de las respectivas convocatorias.

Codhes acompañó el proceso de consulta previa del decreto ley para víctimas indígenas y buscó acompañar también el proceso con del decreto ley de víctimas afrocolombianas. Sin embargo, debido a la falta de claridad sobre el desarrollo de esta “consulta”, Codhes —en alianza con la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA)— acompañó solo la consultiva del Valle del Cauca, una de las veintiún consultas departamentales de decreto con fuerza de ley que el Gobierno nacional reportó en su momento a través de la página web del Ministerio del Interior<sup>90</sup>. En esta consultiva del Valle del Cauca, Codhes pudo identificar un claro ejemplo, no solo de las evidentes restricciones temporales y procedimentales de las consultivas departamentales, sino también tomar atenta nota de las apreciaciones que realizaron las y los representantes del proceso organizativo afrocolombianos que asistieron al escenario.

### *Consultiva departamental del Valle del Cauca*

La Consultiva Departamental del Valle del Cauca fue convocada mediante comunicado oficial de la Secretaría de Asuntos Étnicos de la Gobernación del Departamento del Valle, el 27 de septiembre de 2011. La convocatoria, que se anunció con carácter “extraordinario”, citaba a la consultiva departamental a realizarse en la ciudad de Santiago de Cali los días 29 y 30 de septiembre. Del 1.º al 5 de octubre de 2011 se haría la concertación de la agenda legislativa relativa a la socialización del decreto reglamentario de recursos genéticos y conocimiento y tradicional, y de la ley de regalías, al igual que a la socialización del proyecto de ley de víctimas para comunidades negras. El día 29 de septiembre se realizó la instalación del evento. Desde ese día hasta el 2 de octubre se trabajó en el proyecto de decreto de recursos genéticos y conocimiento tradicional y en el de ley de regalías. Los días 3, 4 y 5 de octubre se destinaron a la presentación de la propuesta del decreto ley de víctimas.

Cabe señalar que, a pesar de que la Comisión Consultiva del Valle del Cauca se convocó tan solo dos días previos a la realización del evento, contó con la participación de organizaciones de base afrocolombianas, consejos comunitarios y víctimas individuales. No obstante, los asistentes señalaron que no hubo información previa sobre el proyecto de decreto con fuerza de ley para las víctimas afrocolombianas y tampoco de los demás proyectos por consultar. Esta restricción de la información de entrada configuró una dificultad en términos de la comprensión de los asistentes sobre el alcance de estos mecanismos. Así mismo, evidenció el incumplimiento de los estándares internacionales y de jurisprudencia nacional en materia de consulta previa.

De igual modo, es pertinente mencionar que en este escenario no hubo suficiente presencia de distintas entidades del Gobierno nacional. Durante los tres días de taller en los cuales se socializaron tan solo algunos de los artículos y se generó discusión sobre sus contenidos, únicamente estuvo presente una funcionaria del proyecto Tierras del Ministerio de Agricultura y el

---

90 Convocatoria Consultiva Departamental del Valle del Cauca.

entonces director de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras del Ministerio del Interior, Sr. Boris Zapata —cuya participación se limitó a brindar un saludo protocolario en la fase de cierre del espacio departamental—. Es de anotar que si bien la consultiva departamental contó con la presencia de un representante de la Personería del municipio de Buenaventura, no hubo otros representantes del Ministerio público, en particular, de la Defensoría del Pueblo, como era de suponerse, dada la trascendencia de esta consulta para la garantía y protección de los derechos fundamentales de las víctimas afrocolombianas, en especial en atención a los criterios definidos para las “consultas” en las reglas jurisprudenciales.

Sobre la consulta del decreto con fuerza de ley para la atención y reparación integral a víctimas debe decirse que, luego de su socialización, los participantes concluyeron que en relación al articulado existían problemas de fondo que debían ser considerados para el debate, en razón a que no evidenciaban garantías de los mínimos en derechos y fundamentalmente los marcos jurídicos que protegen a los pueblos afrocolombianos en la jurisprudencia nacional e internacional.<sup>91</sup>

A este argumento también se sumó la Personería del municipio de Buenaventura.

Cabe resaltar que buena parte de las peticiones de los participantes respecto de los tiempos, la información y el manejo metodológico de las jornadas fueron respondidas por los consultivos departamentales y nacionales que lideraron el proceso. No obstante, en muchos casos confundieron sus roles como líderes o representantes de la comunidad afrocolombiana, pues respondían inquietudes y objeciones con respecto al proceso de consulta, lo que de acuerdo con el Convenio 169 es responsabilidad del Gobierno nacional. Dados los requerimientos y las dificultades identificadas en el departamento del Valle del Cauca, la Consultiva Departamental prometió ante las víctimas participantes, entre ellas integrantes de consejos comunitarios y organizaciones de base afrocolombianas, gestionar un segundo espacio o segundo momento para este proceso de consulta previa. El acuerdo nunca se cumplió.

Según la información derivada del seguimiento realizado por organizaciones Afrocolombianas y Codhes sobre el desarrollo de las “consultas” realizadas en otros departamentos, los reportes señalaban que estas tuvieron una lógica similar, e incluso menos garantista, que la descrita para el departamento del Valle. Así, por ejemplo, en los casos de los departamentos de Nariño, Meta, Cauca y la ciudad de Bogotá, los participantes expresaron que el tiempo de dos a tres días para discutir las medidas no era suficiente para abordar plenamente temas de alta importancia para el pueblo afrocolombiano. Según señalaban, el carácter de estos escenarios podría definirse como socialización de las medidas legislativas, pero no como una consulta en sí misma. Incluso, algunas organizaciones que debían ser convocadas a los escenarios departamentales no recibieron notificación alguna para participar del proceso, mientras que otras fueron convocadas dos o tres días antes de la reunión departamental sin claridad suficiente sobre el propósito de la reunión<sup>92</sup>.

91 Jornada de consulta previa en el Valle del Cauca. Liderada por la Consultiva Departamental del Valle del Cauca. 03 de octubre al 07 de Octubre de 2011

92 Las organizaciones que se pronunciaron para solicitar ser tenidas en cuenta fueron entre otras: Comité Departamental Desplazados (Bolívar), Oarel, Narrar para Vivir de Montes de María, Mesa de Fortalecimiento de Organizaciones de Población Desplazada - (FOPD-Afrodes), Asociación Roblista de la Guajira, Asoroblista, Asociación Departamental por los Derechos de Comunidades Negras del Atlántico - Kusuto, Consejo Comunitario Los Cardonales, (Manuel Salvador Suárez), Conosice - Caribe, Movice (Sucre), Kike (Ávila); Jupoco y Afrocomp (Caribe), Red de Consejos Comunitarios del Caribe, Corporación de Desplazados Unidos de Turbaco (Fumuscrigua), Organización de las Etnias

Sobre el acelerado ritmo de las llamadas “consultas”, uno de los argumentos del Gobierno nacional en el marco del desarrollo del proceso de “consulta” del decreto ley específico, que requería no dos sino seis meses, era que los tiempos de la Consultiva de Alto Nivel se agotaban el 31 de octubre de 2011, de conformidad con lo establecido por el Decreto 3770 de 2008, de forma tal que el proceso debía realizarse en el marco de su vigencia. Lo contrario suponía, según el argumento del Ejecutivo, el riesgo de que no hubiera tiempo suficiente para la protocolización tanto del proyecto del decreto ley de víctimas y restitución de tierras, como de otras medidas de la agenda legislativa y administrativa sometidas a “consulta”.

Así las cosas, la presencia en la Consultiva Departamental del Valle del Cauca, al igual que el proceso de seguimiento adelantado por Codhes durante el desarrollo de este acelerado proceso de “consulta” del decreto ley relativo a las víctimas afrocolombianas, permiten concluir que no es posible verificar a partir de fuentes oficiales lo que el Decreto Ley 4635 señala en su preámbulo: “los asuntos de que trata fueron sometidos a consulta previa con los representantes de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional en la materia”.<sup>93</sup> Por el contrario, el proceso identificado en todas sus fases careció de transparencia, en especial porque las organizaciones afrocolombianas de víctimas, y otras organizaciones y procesos comunitarios interesados en participar y hacer seguimiento tan importante medida no tuvieron acceso a los espacios, las actas, las convocatorias y otros documentos, aún luego de interponer derechos de petición.

Es aún más preocupante que, pasados dos años de la expedición de la Ley 1448, el proceso de “consulta” del decreto ley de víctimas afrocolombianas continúe sin ser conocido, a pesar de lo controvertido de este y del interés general que esta consulta ha generado, no solo en el proceso organizativo afrocolombiano, que ha denunciado la falta de consulta de esta medida, sino también en otros sectores de la sociedad colombiana. Evidencia de ello es que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEARC) señale, en sus observaciones sobre la aplicación del Convenio 169 en el marco de 102.<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en el 2013, que:

En sus comentarios anteriores, la Comisión había acogido con agrado la adopción de la Ley núm. 1448, de junio de 2011, sobre reparación de víctimas y restitución de tierras, cuyo objeto es resarcir e indemnizar a las víctimas del conflicto armado. En la comunicación recibida en marzo de 2012, la CUT expresa que faltó consulta previa con las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales. La CUT relata los encuentros que tuvieron

---

Afrocolombianas Residentes en Córdoba - Oeacor, Red de Mujeres Cristianas, Asociación Nacional de Desplazados Afrocolombianos (Afrodes), AfroAriguani( Municipio del Magdalena), Palenque Kusuto, Asentamiento Brisas de Millán (Cali, Valle), Asociación de Desplazados del Pacífico (Asodespa), Asociación de Desplazados de Colombia (Asorescol), Asociación de Desplazados Reunidos en Nacadero (Asoderna), Cimarrón (Cali), Fundación de Desplazados de la Virginia (Fundevic) (Risaralda), Regional Cococauca, Consejo Comunitario La Playa Renaciente, Consejo Comunitario Coafroal, Consejo Comunitario del Río Naya, Consejo Comunitario del Río Cajambre, Consejo Comunitario Acapa, Consejo Comunitario La Toma (PCN), Federación de Asociaciones de Organizaciones Desplazadas (Fasodes), Huellas del Pacífico, Luz y Vida, Mesa Municipal de Desplazados de Cali, Palenke Alto Cauca, Palenque Regional el Congal (PCN), Palenke Kurrulao y Pastoral Afrocolombiana de Cali – (CNOA).

93 Decreto Ley 4635. Considerandos

los representantes comunitarios con las autoridades gubernamentales para evitar la inconstitucionalidad del decreto destinado a atender, reparar y restituir los derechos de las víctimas [...] [e] invita al Gobierno a incluir en su próxima memoria indicaciones sobre la ejecución de los planes integrales de reparación colectiva previstos en el Decreto-Ley núm. 4633 [sic] para las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, la participación que han tenido los representantes de todas las comunidades y la manera en que dichas medidas han contribuido a reparar los derechos establecidos en el Convenio.<sup>94</sup> (énfasis nuestro).

Es de notar que, para llenar este vacío, Codhes radicó ante el Ministerio del Interior un derecho de petición el 9 de octubre de 2012<sup>95</sup>, en el que solicita información con respecto a la ruta metodológica de la consulta del decreto ley de víctimas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; las reuniones realizadas; los tiempos y criterios de convocatoria, y las actas de las reuniones. Hasta la fecha, el derecho de petición no ha sido respondido en los términos del requerimiento.

La respuesta a este requerimiento por parte del director de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior (radicada en Codhes casi dos meses después, aunque con fecha del 29 de octubre) indica:

El pasado 9 de octubre de 2012 fue radicado en este ministerio el oficio: EXTMI12-0034088 en el cual solicitan información frente a las consultas previas de la ley de víctimas y restitución de tierras. De acuerdo con lo anterior se informa que se remitió al grupo de consulta previa de esta dirección para su análisis y respuesta.

Esta situación que resulta sorprendente, habida cuenta de la competencia de la Dirección de Comunidades Negras en la consulta de medidas legislativas, tal como lo establece el Decreto 2893 de 2011, “por el cual se modifican objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el sector administrativo del Interior”. Esta norma señala claramente, en el numeral 6 del artículo 14, como función de esta entidad: “Coordinar y realizar los procesos de consulta previa para la adopción de medidas legislativas y administrativas del nivel nacional, de conformidad con los lineamientos acordados para el efecto”<sup>96</sup>. Sin embargo, luego de un año de interpuesto este derecho de petición, este no fue respondido.

Todo lo anterior pone en duda elementos sustanciales que hacen parte del carácter de la consulta previa, como la buena fe, la información previa y comprensible, la flexibilidad, y los procedimientos apropiados, como la evaluación periódica de los mecanismos de consulta, tal como lo explica la OIT en su guía para la aplicación del Convenio 169, entre otros. En esta perspectiva, el Gobierno nacional pudo haber creado espacios dentro de la página del Ministerio del Interior, o recurrir a otros mecanismos a través de los cuales visibilizara el proceso y sus resultados, las convocatorias, los documentos de discusión y los elementos relativos a los talleres en las regiones.

94 Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEARC). 102.<sup>a</sup> Adopción: 2012, Publicación: 102<sup>a</sup> reunión CIT (2013). Consultado 10 junio 2013 en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101\\_COMMENT\\_ID:3078946](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3078946)

95 Radicado: EXTMI12-0034088.

96 Decreto 2893 de 2011. Art 14, núm 6

Esa es la razón de ser de la consulta previa: su carácter dialógico y deliberante entre el Gobierno y los pueblos étnicos.

### *Cierre y protocolización de las consultas*

El Gobierno nacional y la Comisión Consultiva de Alto Nivel protocolizaron las “consultas” realizadas en sus términos: ley de regalías, decreto de recursos genéticos y propiedad intelectual, y decreto ley de víctimas y restitución de tierras para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras el 18 de octubre de 2011. Sin embargo, funcionarios del Ministerio Público responsables de observar y ser garantes en el proceso de consulta previa se abstuvieron de participar del acto de protocolización de consulta de decreto ley de víctimas. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, a través de las instancias encargadas de asuntos étnicos, comunicaron al Gobierno nacional su decisión de no participar del espacio, en razón de sus reservas y objeciones respecto al proceso de consulta previa desarrollado<sup>97</sup>. Esta postura, adoptada por la delegada de Asuntos Indígenas y Minorías de la Defensoría del Pueblo y la delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos de la Procuraduría General de la Nación, será fundamental para la valoración que la Corte Constitucional y organismos internacionales hagan del proceso.

Es de resaltar, además, que el acta de protocolización no fue firmada por la mayor parte de los miembros consultivos de alto nivel: solo 15 de los 42 consultivos registraron su firma. Estas anomalías se suman a las ya evidenciadas, que ponen en tela de juicio la legitimidad y legalidad de este llamado proceso de “consulta previa”, en el que son manifiestas la falta total de garantías con arreglo al Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Sistema Interamericano.

Obsérvese, sin embargo, que el Ministerio del Interior y de Justicia publicó el día 11 de octubre de 2011 en su página web la siguiente nota de prensa:

En los 21 departamentos donde hay presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales o palenqueras legalmente constituidas, se realizó el proceso de socialización y consulta previa de los proyectos de ley de víctimas, conocimiento genético y regalías, de acuerdo con lo estipulado en la Constitución colombiana para estos grupos étnicos. [...] los departamentos en los que se trabajó en consulta previa fueron: Cauca, Nariño, Valle, Chocó, Antioquia, San Andrés, Atlántico, La Guajira, Magdalena, Bolívar, Sucre, Córdoba, Santander, Arauca, Putumayo, Risaralda, Caldas, Huila, Meta, Quindío, y la ciudad de Bogotá. [...] durante las jornadas, los consultivos de alto nivel y departamentales (representantes escogidos mediante voto popular por las comunidades), delegados de consejos comunitarios,

97 Sobre el proyecto de ley en materia de víctimas pertenecientes a comunidades afrodescendientes, el Dr. Horacio Guerrero, para entonces defensor delegado para asuntos indígenas y minorías étnicas de la Defensoría del Pueblo, dio lectura a una carta conjunta firmada con el procurador delegado preventivo en materia de derechos humanos y asuntos étnicos, en la cual formulaban serios reparos al proceso de consulta, apoyados en las exigencias jurisprudenciales e internacionales que al respecto existen. Esto ocurrió durante el panel sobre consulta previa realizado en el marco del foro “Reparaciones a víctimas de pueblos afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros”, realizado por la Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas, el 25 de noviembre de 2011 en la Universidad Central de Bogotá.



organizaciones, líderes regionales, organizaciones de desplazados, catedráticos, estudiantes y la población en general pudieron realizar sus críticas, sugerencias, objeciones y observaciones frente a los proyectos, con un enfoque diferencial y procurando la generación de beneficios para sus comunidades.<sup>98</sup>

Como esperamos haber demostrado, estas conjeturas institucionales contrastan con las fallas sustantivas evidenciadas durante todo el proceso, al igual que con las denuncias realizadas por parte de las organizaciones afrocolombianas y las redes de consejos comunitarios con respecto a falta de garantías en el proceso de consulta del decreto ley de víctimas y demás medidas legislativas y administrativas que estuvieron en la mesa de discusión. Sobre estas tratará la sección final de este capítulo.

Cabe anotar que las respuestas del Gobierno nacional, a través del Ministerio del Interior, en relación con las peticiones hechas por las comunidades mediante sus autoridades étnicas territoriales y procesos organizativos sobre este proceso de consulta, o no se realizaron o fueron tardías. Esto también va en contravía del principio de buena fe y transparencia que deben surtir estos procesos en cumplimiento del Convenio 169. En consecuencia, el proceso que se llevó a cabo con las consultivas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en el marco del artículo 205 de la Ley 1448, no puede denominarse consulta previa en sentido estricto, pues, contrario a lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Gobierno nacional concibió la consulta como un simple trámite y no cumplió con sus obligaciones en la materia. De este modo desconoció que el Honorable Tribunal ha reiterado en sus sentencias que:

[...] no debe asimilarse la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines. Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, cada proceso de consulta previa no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades.<sup>99</sup>

### **C. Voces de los procesos organizativos étnico-territoriales, nacionales y de víctimas del pueblo afrocolombiano respecto al proceso de “consulta”**

El Convenio 169 de la OIT supone, para su aplicación efectiva, no solo consultar con los pueblos interesados las medidas administrativas y legislativas, sino también establecer los medios

98 Ministerio del Interior y de Justicia, Consultado el 23 de noviembre de 2011, <http://www.mij.gov.co/Ministerio/NewsDetail/1152/1/Finalizo-consulta-previa-en-21-departamentos-con-comunidades-negras>

99 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-461 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda. (Bogotá, 14 de mayo).

para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos, proporcionando, en los casos apropiados, los recursos necesarios para este fin<sup>100</sup>. Esta necesidad de apoyar el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos cobijados por el convenio, como es el caso del pueblo y las comunidades afrocolombianas, según explica la OIT:

[...] resulta de particular importancia dado que, a lo largo de la historia, los procesos discriminatorios han socavado la legitimidad, la capacidad y la base de recursos de la mayoría de las instituciones de gobierno de los pueblos indígenas [y tribales], lo que ha producido una asimetría en las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados.<sup>101</sup>

Para contrarrestar este marco de discriminación, esta sección final dará cuenta de las voces del proceso organizativo afrocolombiano sobre la “consulta” del decreto ley y la agenda legislativa adelantada por el Gobierno nacional. Con ello pretendemos poner en evidencia la posición y requerimientos de distintas instituciones representativas afrocolombianas ante el Gobierno nacional, con el objeto de garantizar la consulta efectiva, su participación y sus prerrogativas en la adopción del decreto ley relativo a los derechos de las víctimas afrocolombianas.

Un antecedente importante en la exigibilidad del derecho a la consulta previa, aun antes de la expedición de la Ley 1448, y en el marco de los debates en el Congreso, fue una carta a los ponentes del proyecto de ley de víctimas y la Comisión legal para la Equidad de la Mujer, enviada por mujeres afrocolombianas de diferentes organizaciones. La misiva, fechada el 5 de mayo de 2011, expresa que:

Las abajo firmantes, en nuestra condición de mujeres negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, integrantes de organizaciones de mujeres afrocolombianas y organizaciones afrocolombianas mixtas, nos dirigimos comedidamente ante ustedes, con el fin de solicitar su apoyo al trámite y aprobación de una proposición en el proyecto de ley de víctimas, que garantice la participación de las mujeres de grupos étnicos, en la consulta previa que será realizada para definir la propuesta de reparación para nuestros pueblos. Esto, como mecanismo para visibilizar y posicionar a las mujeres en el debate sobre las decisiones que nos afectan.<sup>102</sup>

En este sentido, citan la declaración final del Foro Regional de Mujeres Chocoanas (29 octubre de 2010) y del Foro Interétnico Solidaridad Chocó. Allí declararon: “las mujeres no estamos siendo vinculadas ni individual, ni colectivamente a los procesos de consulta previa, nuestras opiniones e inquietudes no están siendo tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones referentes al

---

100 OIT, Convenio 169 de 1989.

101 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, , 62. Si bien esta cita refiere a pueblos indígenas, ello se extiende a pueblos tribales, que en nuestro caso, alude también a pueblo y comunidades afrocolombianas.

102 Red Nacional de Mujeres Afrocolombianas, PCN, CNOA, y otras. Solicitud de apoyo para proposición sobre la participación de las mujeres de grupos étnicos en la consulta previa establecida en el proyecto de ley de víctimas N° 213 de 2010 Senado - 107 de 2010 Cámara, acumulado con el proyecto de Ley 085 de 2010 Cámara “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones”. (Bogotá, 5 de mayo de 2011). Consultado junio 14 de 2012 en: <http://www.congresovisible.org/agora/post/carta-de-solicitud-de-apoyo-sobre-la-participacion-de-las-mujeres-de-grupos-etnicos-en-la-consulta-previa-establecida-en-el-proyecto-de-ley-de-victimas/1584/>



territorio donde habitamos”.<sup>103</sup> En ese sentido, propusieron un texto del articulado en el marco de las facultades extraordinarias al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley de atención y reparación a víctimas de grupos étnicos, el cual contemplaba el enfoque diferencial étnico y de género<sup>104</sup>. Debe mencionarse al respecto que, debido a que el Gobierno nacional no sostuvo diálogos con organizaciones afrocolombianas y las víctimas para la construcción del articulado de Decreto Ley 4635, y mucho menos con las mujeres.

De igual modo, las organizaciones afrocolombianas y los consejos comunitarios radicaron derechos de petición ante el Ministerio del Interior y de Justicia<sup>105</sup>. El propósito era que se permitieran espacios de participación y construcción colectiva de esta medida, dada la importancia de construir un mecanismo de justicia transicional que por vez primera estructurara una política pública de reparación integral para el pueblo afrocolombiano, afectado de manera desproporcionada por el conflicto armado y el desplazamiento forzado, cuyo factor transversal son el racismo y una reconocida discriminación histórica y estructural.

Asimismo, las organizaciones redactaron comunicados públicos que llamaron la atención sobre la falta de voluntad del Gobierno nacional para garantizar la consulta previa del decreto ley de víctimas afrocolombianas, de acuerdo con los estándares establecidos por la Corte Constitucional y el Convenio 169 de la OIT. Como veremos a continuación, en particular las autoridades de varios de los consejos comunitarios, las redes y sus procesos organizativos afrocolombianos expresaron que desconocían los mecanismos que el Gobierno nacional había diseñado para realizar las consultas previas del decreto ley, y rechazaron la agenda legislativa propuesta. Es importante advertir que, más allá de las críticas, los pronunciamientos tuvieron también como propósito buscar una salida al problema de interlocución y exigir procesos de consulta previa amplios y garantistas.

En efecto, en su comunicado 002<sup>106</sup>, la Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (conformada por PCN, CNOA, Afrodes y Cimarrón) manifestó:

Nos preocupa profundamente que a pesar de que la población afrocolombiana configura la mayoría de las víctimas e históricamente ha sido discriminada y excluida, sin embargo, contrario a la protección especial y reforzada que según la Corte Constitucional supone esta desigual condición, el Congreso de la República desestimó su obligación de protección constitucional especial y reforzada que sustenta la población afrocolombiana y, mucho más grave, omitió la obligación normativa nacional e internacional de consultar y buscar el consenti-

---

103 Red Nacional de Mujeres Afrocolombianas, PCN, CNOA, y otras. (Bogotá 5 de mayo de 2011).

104 Red Nacional de Mujeres Afrocolombianas, PCN, CNOA, y otras. (Bogotá 5 de mayo de 2011).

105 Cabe anotar que en este momento crucial del proceso de consulta previa se presenta la escisión del Ministerio del Interior y de Justicia mediante los decretos 2897 y 2893 de 2011. Este último establece, en su artículo 14, que una de las funciones de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras consiste en “coordinar y realizar los procesos de consulta previa para la adopción de medidas legislativas y administrativas del nivel nacional, de conformidad con los lineamientos acordados para el efecto”. Decreto 2893 de 2011, art 14.

106 La Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas rechaza la ilegítima estrategia de “consulta” adelantada por el Gobierno nacional en la Ley de Víctimas y otras leyes que afectan de forma directa y sensible los derechos e intereses de la población afrocolombiana. Comunicado 002 del 22 de septiembre de 2011, párrafos: 7, 10 y 11. Consultado el 10 de marzo de 2012, <http://www.convergenciagnoa.org/files/Comunicado%20002-Consulta%20Mesa%20Organizaciones%20Afrodescendientes.pdf>

miento previo, libre e informado de las víctimas afrocolombianas en la Ley de Víctimas (1448 de junio 6 de 2011) firmada el 10 de junio de 2011 por el presidente de la República, en presencia del secretario de las Naciones Unidas y la comunidad internacional.<sup>107</sup>

De igual modo, señaló que:

Para la Mesa de Organizaciones Afrodescendientes es claro, entonces, que con el objeto de eludir la consulta y consentimiento de las víctimas afrocolombianas y sus organizaciones representativas, el Gobierno ha determinado de forma arbitraria y restrictiva una ruta de consulta que comienza y termina en la Comisión Consultiva de Alto Nivel; mecanismo que cuenta con representantes afrocolombianos pero que el Gobierno lidera y preside.<sup>108</sup>

En particular, la Mesa observó como de extrema gravedad que la mala fe en estos procesos persista y se mantenga para un tema de alta relevancia para las víctimas afrocolombianas, debido a que es un procedimiento que:

[...] además de revictimizar a las víctimas al excluirlas de su derecho de participar y decidir sobre las cuestiones que las afectan como el decreto ley, el Gobierno desatiende también a las comunidades afrocolombianas que vienen insistiendo en que los representantes de esta Comisión Consultiva de Alto Nivel no solo no son los únicos representantes de la población afrocolombiana, sino que además en algunos casos no han sido elegidos por la comunidad. Igualmente el Gobierno nacional desestima las serias reservas que algunos consejos comunitarios y organizaciones afrocolombianas tienen en cuanto a que la Comisión Consultiva represente los intereses reales de las comunidades afrocolombianas y sus víctimas.<sup>109</sup>

Entre tanto, la Coordinación de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base del Pueblo Negro del Pacífico en el Departamento del Cauca (Cococaucá) hizo también un llamado respecto al cumplimiento de mínimos para las garantías del derecho a la consulta previa:

La regional Cococaucá como agrupación de organizaciones étnico-territoriales de comunidades negras de la costa pacífica del Cauca, reunidos en el espacio de deliberación de la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas, recuerda que la consulta previa, libre e informada es un derecho fundamental y por tanto es una obligación del Estado colombiano su cumplimiento con nuestras autoridades locales étnicas. En tal sentido se debe preparar con nuestras autoridades locales étnicas y sus organizaciones regionales el proceso desde la preconsulta, consulta y posconsulta a través de una ruta previamente concertada y a través de autoridades legítimas. El proceso debe abordar la agenda legislativa sobre la ley de regalías, ley de reforma a las CAR, ley de desarrollo rural, el código minero, ley del medio ambiente, ley del deporte y ley de recursos genéticos.<sup>110</sup>

---

107 Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas, Comunicado 002.

108 Esta resolución en extremo arbitraria del Gobierno se sustenta en decretos que, a pesar de que reglamentan un derecho tan sensible como la consulta, no son consultados. Es el caso del Decreto 3770 de 2008 (configuración de la comisión consultiva), que por tanto es incompatible con la protección normativa que brindan la Constitución, la jurisprudencia y el Convenio 169 de la OIT a la población afrocolombiana.

109 Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas, Comunicado 002, 1.

110 “Pronunciamiento de la Regional Cococaucá ante la consulta de agenda legislativa de 2011 promovida

El comunicado dejó entrever la necesidad de una ruta de concertación para abordar la metodología de consulta previa en el marco de la agenda legislativa del Gobierno nacional y cerró sus postulados con un planteamiento explícito sobre la exigibilidad de derechos. La organización étnico-territorial mencionada manifestó estar de acuerdo con el comunicado 002 de la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas.

El Foro Interétnico Solidaridad Chocó (FISCH) hizo pública una comunicación enviada a la Oficina en Washington para la América Latina (WOLA), el 3 de noviembre de 2011, en la que se refirió a la compleja realidad territorial por la que atraviesan los pueblos afrocolombianos en el departamento del Chocó, las dificultades con la política antinarcóticos, los frecuentes desplazamientos forzados y las dificultades en cuanto al uso y posesión territorial y el goce efectivo del derecho al territorio. En otro de los apartes de su comunicado, el FISCH manifestó que:

La administración de Santos ha avanzado con una ley de tierras y víctimas. Es importante resaltar que dicha ley no resuelve los derechos de los desplazados internos solo se refiere a los derechos de la tierra de algunos de ellos. En general este es un buen paso adelante y todos estamos de acuerdo que al reconocer las víctimas y sus derechos que [sic] el gobierno está avanzando. Pero es importante notar que la ley fue hecha sin una consulta previa, libre e informada con las comunidades afrocolombianas e indígenas. En las consultas para la implementación del decreto reglamentario de la ley de víctimas después que pasó la ley, no se ha respetado el derecho de las comunidades afrocolombianas de la consulta previa, libre e informada. A raíz de esto la Mesa Afrocolombiana ha presentado una propuesta de decreto ley para la reglamentación de la ley de víctimas para los afrocolombianos. Sin embargo la situación sigue muy compleja y no hay voluntad política del Gobierno para sostener una consulta de buena fe para el decreto de ley de víctimas. El riesgo [de] que las comunidades afrocolombianas sean revictimizadas con esta ley es muy alto.<sup>111</sup>

Los consejos comunitarios del Valle y las organizaciones de base afrocolombianas se pronunciaron también luego de una reunión de espacio autónomo realizada en Cali, a propósito de lo que interpretaron como: “propuestas de implementación de la consulta previa en los territorios ancestrales y colectivos del departamento del Valle del Cauca en el marco de la agenda legislativa propuesta por el Gobierno nacional, los consultivos departamentales y de alto nivel”. Allí, advirtieron sobre la inconveniencia de abordar una agenda elaborada por el Gobierno nacional sin información previa de cada una de las propuestas gubernamentales para que los consejos comunitarios y las organizaciones de base afrocolombianas rurales y urbanas se permitieran realizar procesos de pre consulta. En ese orden de ideas, expresaron que:

[...] como comunidad no legitimamos este escenario el cual tiene como propósito instalar y sacar adelante la consulta previa a los proyectos (ley de víctimas para comunidades negras, acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado y la ley de regalías)

---

por el Gobierno nacional para las comunidades negras como grupo étnico” (Guapi, Cauca, 27 de septiembre del 2011), párrafos 1-3.

111 Foro Interétnico Solidaridad Chocó (FISCH), Chocó, Quibdó. “Comunicación dirigida al Departamento de Estado de los Estados Unidos a través de la Oficina en Washington para América Latina, WOLA” (3 de noviembre de 2011).

sin que antes se haya concertado y definido con las comunidades negras el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo dicha consulta, lo cual deberá ajustarse a lo establecido en la normatividad vigente como son: el Convenio 169 de la OIT, Ley 21 de 1991, Sentencia T-025 de la Corte Constitucional y otras normas afines que protegen los derechos del pueblo afrocolombiano.<sup>112</sup>

Durante su sexta asamblea general, el Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Yurumanguí y la Asociación Popular de Negros Unidos del Río Yurumanguí- Palenque el Congal, en la que también participaron los consejos comunitarios de Raposo, Bajo Calima, Cajambre, Mayorquín, Mayor de Anchicayá, Dagua y la vereda La Gloria, se pronunciaron públicamente sobre aspectos atinentes a la defensa del territorio, la desaparición forzada de miembros de la comunidad, las amenazas de los grupos armados. En este comunicado hicieron expresas sus preocupaciones sobre los procesos de interlocución y concertación:

Reafirmamos nuestro compromiso con el Proceso de Comunidades Negras, sus planteamientos y la postura política que lidera a nivel regional, nacional e internacional. Esta asamblea respalda la autoridad del consejo comunitario a través de su junta directiva, la instancia regional y nacional PCN y la Tonga, espacio para la concertación y la toma de decisiones, en los ámbitos interno, local, regional y nacional, por ello no reconoce, ni valida la Consultiva de Alto Nivel como interlocutora con el Gobierno nacional. La asamblea reafirma y reconoce que la consulta previa y el consentimiento libre e informado es un mecanismo de protección a la diversidad étnica cultural.<sup>113</sup>

Mediante una carta al presidente Juan Manuel Santos del 5 de diciembre de 2011, la Coordinación Regional del Pacífico Colombiano<sup>114</sup> manifestó su preocupación y expresó su postura respecto del procedimiento adoptado para la construcción del decreto con fuerza de ley de víctimas y de restitución de tierras. En este comunicado enfatizó las preocupaciones frente al proceso de consulta previa sobre la construcción del decreto ley, por cuanto no fue transparente y no se cumplió el procedimiento de acuerdo a los mínimos planteados por el artículo 205. A juicio de

---

112 Pronunciamiento y posición de un número significativo de consejos comunitarios y organizaciones de base afrocolombianas, en el evento sobre propuestas de implementación de la consulta previa en los territorios ancestrales y colectivos del departamento del Valle del Cauca, en el marco de la agenda legislativa propuesta por el Gobierno nacional, los consultivos departamentales y de alto nivel (30 de septiembre 30 de 2011, Cali, Valle).

113 Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Yurumanguí, Asociación Popular de Negros Unidos del Río Yurumanguí Palenque el Regional el Congal. Pronunciamiento en el marco de la Sexta Asamblea General (4 de julio de 2011).

114 Integrada por organizaciones étnico-territoriales y de las jurisdicciones eclesiásticas de la Iglesia católica, entre ellas: la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Ascoba), que representa a 14 consejos comunitarios mayores y a 114 consejos comunitarios locales; Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), que representa a 124 consejos comunitarios locales; el Consejo Comunitario Mayor del Medio y Bajo San Juan (Acadesan), que representa a 72 consejos comunitarios locales; el Vicariato Apostólico de Guapi; las diócesis de Tumaco, Buenaventura, Istmina, Tadó, Quibdó y Apartadó; la Asociación Casa del Niño de Villa Rica (Cauca) y la Corporación Asesorías para el Desarrollo (Asdes).

los procesos étnico-territoriales, el plazo fue muy limitado y no posibilitó la participación de las comunidades. Además, hicieron expreso que:

[...] los miembros de la Consultiva de Alto Nivel en las jornadas que convocaron para la consulta de la referencia introdujeron otros temas o proyectos de ley a consultar, en sesiones de trabajo de un día o menos, que no posibilitaron hacer una auténtica reflexión sobre el futuro decreto con fuerza de ley de víctimas ni mucho menos surtir una consulta y, por ende, tampoco se puede colegir que con ello haya habido la participación que busca la Constitución Política con este derecho fundamental.<sup>115</sup>

Es importante resaltar que estos pronunciamientos tuvieron eco en los escenarios de discusión de la sociedad civil, de modo que en diversos espacios de debate sobre la Ley 1448 de 2011 llamaron la atención sobre la gravedad de que las víctimas del pueblo afrocolombiano no hubieran sido consultadas previamente, de acuerdo con los estándares nacionales e internacionales. Nótese además que, a pesar de los derechos de petición enviados por consejos comunitarios y organizaciones de base, para que se surtiera el proceso de consulta con una convocatoria amplia, y de los diferentes comunicados de organizaciones étnico-territoriales que denunciaban irregularidades en el proceso de consulta, ni el Gobierno nacional ni la Comisión Consultiva buscaron mecanismos más amplios para corregir las falencias y garantizar el derecho a la consulta del pueblo afrocolombiano en escenarios de participación efectivos y vinculantes, en especial, en el marco de un proceso de consulta excepcional, como era el caso del decreto ley relativo a las víctimas afrocolombianas. Esto con el agravante de que dicho decreto ley debe tener por propósito reparar de forma integral la prolongada crisis humanitaria de la población afrocolombiana y transformar de forma efectiva las precarias condiciones de vida, en particular para el conjunto sus víctimas, la mayoría de ellas mujeres y demás sujetos de especial protección constitucional, como niños, niñas, jóvenes y adultos mayores, quienes han sido y son los más afectados.

Por todo lo anterior, luego de verificar y evaluar el desarrollo de la llamada consulta previa del Decreto Ley 4635 de 2011, por el cual se dictan las medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, para Codhes la conclusión central es que el proceso adelantado por el Gobierno nacional en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel no garantizó el derecho fundamental a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169. El conjunto de acuerdos a puerta cerrada a nivel nacional, sumado a una acelerada socialización regional y a la falta de transparencia e información y garantías de participación de las instituciones representativas de las víctimas y el proceso organizativo afrocolombiano, no pueden ser validados como un proceso de consulta de conformidad con los criterios de buena fe, identificación real de las instituciones representativas y adecuación a las circunstancias, a la luz de los procedimientos adecuados tal como son definidos por el Convenio 169.

---

115 Carta de la Coordinación Regional del Pacífico al presidente Juan Manuel Santos, con relación a aspectos atinentes a consulta previa sobre decreto ley para la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a la población afrocolombiana en la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (5 de diciembre de 2011).

Para garantizar de forma efectiva este derecho fundamental a los grupos étnicos será central que las autoridades responsables en el Estado colombiano evidencien en la práctica una clara diferenciación entre un mero trámite o procedimiento y un proceso de consulta previa como mecanismo para preservar la integridad cultural de los pueblos, conforme a los criterios normativos y las características definidas por el Convenio 169, los órganos de control de la OIT, la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.

## CAPÍTULO II

### Derechos de las víctimas afrocolombianas y Decreto Ley 4635

El Decreto Ley 4635 de 2011 tiene por objeto:

[...] establecer el marco normativo e institucional de la atención, asistencia, reparación integral y restitución de tierras y de los derechos de las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, ofreciendo herramientas administrativas, judiciales y mecanismos de participación para que las comunidades y sus miembros individualmente considerados sean restablecidos en sus derechos de conformidad con la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes, la jurisprudencia, los principios internacionales acerca de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, respetando y dignificando su cultura, existencia material, derechos ancestrales y culturales propios, así como sus derechos en tanto víctimas.<sup>116</sup>

El propósito de este capítulo es analizar y evaluar el alcance de los mecanismos definidos en el Decreto Ley 4635 para lograr este objetivo. Este balance implica, de conformidad con el artículo 205 de la Ley 1448, contrastar los alcances y mecanismos del Decreto Ley 4635, resultado del proceso de “consulta” referido en el capítulo anterior, con los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. En este contraste será de central relevancia analizar si el Decreto Ley 4635 introduce o no la obligación constitucional de incorporar un enfoque diferencial sensible a las características específicas de este grupo étnico, a los riesgos especiales que sufren, a los factores transversales que inciden en su victimización y a los riesgos particulares que impactan de manera desproporcionada en sus derechos.

Este capítulo se subdivide en tres secciones. Las dos primeras están dirigidas a caracterizar y evaluar el marco normativo integrado, identificando las herramientas administrativas y judiciales establecidas por el Decreto Ley 4635 para la reparación integral de las víctimas afrocolombianas de forma colectiva y sus integrantes individualmente considerados. En el primer apartado se profundiza en el concepto de víctima y los mecanismos de acceso a los derechos identificables en este mecanismo de justicia transicional. La segunda sección evalúa el alcance de las medidas y mecanismos adoptados para garantizar la protección de las víctimas y la reparación integral de los daños sufridos. La sección final presenta un balance del marco institucional definido por el Decreto Ley 4635, al igual que los mecanismos determinados para la participación de las víctimas y sus representantes.

---

116 Decreto Ley 4635, Art 1.



## A. Las víctimas afrocolombianas y el acceso a las medidas de reparación en el marco del Decreto Ley 4635 de 2011

La obligación del Estado colombiano de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, de conformidad con la Constitución, la legislación y los derechos especiales en función de la pertenencia étnica de los pueblos y comunidades afrocolombianas, implica, de conformidad con los principios y directrices internacionales, adoptar procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces, y otras medidas pertinentes para dar a las víctimas el acceso equitativo, efectivo y ágil a la justicia, y disponer para ellas los recursos suficientes, eficaces, y apropiados, entre ellos, el derecho a la reparación.

Desde esta perspectiva, el Decreto Ley 4635 de 2011 es un avance positivo del Estado colombiano, en tanto desarrolla un mecanismo de reparaciones para las víctimas del pueblo, y específicamente de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, con el objetivo de materializar su derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición en el marco de la justicia transicional. El Decreto Ley 4635 define como justicia transicional, “con enfoque étnico, colectivo y cultural”:

todos aquellos procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones cometidas en contra de las comunidades y de sus miembros rindan cuentas de sus actos, para satisfacer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas [de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, como sujetos colectivos y a sus miembros individualmente considerados] y se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible<sup>117</sup>.

Esta sección indaga sobre las características y desarrollos del marco normativo en términos del alcance de la definición de víctima que integra. Así mismo, se identifican los mecanismos establecidos para garantizar a las víctimas del pueblo y las comunidades afrocolombianas un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia y la reparación, a partir de los contenidos del decreto ley en mención.

### *El concepto de víctima en el decreto 4635*

El reconocimiento de las víctimas del prolongado conflicto armado que afecta al país, no solo desde una perspectiva de las víctimas individuales, sino también, y sobre todo, como sujetos colectivos, específicamente a víctimas afrocolombianas es un avance significativo. Dicho reconocimiento se debe en gran parte al proceso de exigibilidad de las organizaciones afrocolombianas del orden nacional y a los procesos organizativos étnico-territoriales. En esta perspectiva, el Decreto Ley 4635 determina como víctimas a:

---

117 Decreto Ley 4635, Art 5.

[...] las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, como sujetos colectivos y a sus miembros individualmente considerados, que hayan sufrido un daño en los términos definidos en este decreto por hechos ocurridos a partir del 1.º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las Normas Internacionales de Derechos Humanos y que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad.

Para efectos de la reparación colectiva se tendrá en cuenta a la familia extensa, siguiendo las normas de parentesco y filiación de cada comunidad.

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.<sup>118</sup>

El Decreto Ley 4635 también reconoce como víctimas a él o la cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, pero solo en los daños sufridos como víctimas directas, no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.

Como señalamos previamente, con relación a la definición de víctima en términos diferenciales, el Decreto Ley 4635 configura importantes avances, en particular en lo que se refiere al reconocimiento de la calidad de víctima colectiva. Sin embargo, su alcance parece fallar en no reconocer el impacto desproporcionado que ha tenido el reclutamiento forzado en la población afrocolombiana, esto es, de reconocer que la exclusión estructural ligada a las dinámicas del conflicto armado ha favorecido el reclutamiento forzado, de manera que este se constituye en un daño colectivo e individual, y que podrían considerarse casos específicos de reparación de al menos aquellos que hayan sido reclutados siendo menores de edad -y no hayan cometido crímenes de lesa humanidad-, al igual que de sus pueblos, comunidades y familias. Todos ellos han sufrido daños, en muchos casos irreparables, en el marco del conflicto. Sin embargo esto debe ser objeto de un debate más amplio y profundo, pues también guarda relación con el sistema de responsabilidad penal para niños, niñas y adolescentes, así como con impactos colectivos del conflicto armado.

De otro lado, cabe también destacar como positivo el reconocimiento de la familia extendida afrocolombiana como víctima. Sin embargo, esto no parece alcanzar la perspectiva diferencial al restringir las posibilidades de reparación de la familia extendida afrocolombiana, base de su configuración comunitaria, solo a efectos generales en el marco de las reparaciones colectivas. En el caso de reparaciones individuales, el decreto ley se rige bajo la definición de la ley 1448 de 2011.

A estas fallas, cabe agregar que si bien el Decreto Ley 4635 reconoce en su preámbulo “la situación de marginalidad histórica y segregación que han afrontado las personas y comunidades afrocolombianas, [y que] deben gozar de una especial protección por parte del Estado colom-

---

118 Decreto Ley 4635, Art., 3.

biano”, y estructura dentro de sus objetivos el “transformar las condiciones de discriminación histórica que permitieron o facilitaron la comisión de las violaciones de los derechos de las víctimas afrocolombianas” (art. 77, f), limita el reconocimiento efectivo de las víctimas a aquellas que hayan sufrido daños por hechos ocurridos a partir del 1.º de enero de 1985. Esta restricción afecta en particular a los afrodescendientes que fueron forzados a desplazarse de sus territorios ancestrales con fecha anterior a 1985, o a aquellos que sufrieron otro tipo de victimización. Para estas víctimas de fechas anteriores a 1985, el decreto ley reconoce sus derechos a la verdad y “a medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en el presente Decreto, como parte del conglomerado social y *sin necesidad de que sean individualizadas*” (art. 3, parágrafo 2º; el énfasis es nuestro).

Es igualmente restrictivo el derecho a la restitución de derechos territoriales para las víctimas afrocolombianas pues, según el mecanismo en comento, “las medidas de restitución establecidas [...] aplican a las afectaciones territoriales de las comunidades ocurridas a partir del 1.º de enero de 1991” (art. 108). Por lo tanto, se limitan los derechos a la restitución de tierras y territorios despojados y abandonados en la década del ochenta y en años anteriores a los afrodescendientes en Colombia. Todo ello a pesar de que el reconocimiento legal del derecho de propiedad de sus territorios ancestrales data de 1967, con la introducción en el ordenamiento jurídico colombiano del Convenio 107 de la OIT, pues, como lo explica la Corte Constitucional:

El derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto esta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad. Es decir que desde el año de 1967, en los términos de la Ley 31, a las comunidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques [...].<sup>119</sup>

Además, como bien lo reconoce la CIDH, los derechos territoriales de los pueblos y comunidades afrocolombianas, y por lo tanto el derecho a su restitución, deben entenderse y garantizarse en el contexto de su ocupación y posesión ancestral, con independencia de su reconocimiento o demarcación estatal, pues:

[...] la jurisprudencia interamericana ha caracterizado la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales como una propiedad que se funda no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicional de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso y ocupación ancestral”.<sup>120</sup>

---

119 Corte Constitucional. Sentencia T-955 de 2003. M.P. Álvaro Tafur (Bogotá, 17 de Octubre de 2003)

120 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009).

Así las cosas, sin desconocer los avances que supone el Decreto Ley 4635 en cuanto al reconocimiento de las víctimas afrocolombianas y sus derechos, cabe advertir que las restricciones identificadas no solo podrían reducir el alcance de la reparación integral y transformadora pretendida por este marco normativo, sino que además, y más grave aún, configuran el riesgo agravado de que las víctimas del pueblo y las comunidades afrocolombianas sean revictimizadas al no reconocer la verdadera dimensión de los daños y afectaciones en sus derechos, en particular, los territoriales y conexos, como los ambientales y patrimoniales.

### *Mecanismos de acceso a derechos en el decreto ley 4635*

El reconocimiento de las víctimas afrocolombianas, de su “victimización sistemática y desproporcionada” (Decreto Ley 4635, art. 2), no sería suficiente para la reparación y restitución efectiva de sus derechos, sin un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia. A tal efecto, sobre el derecho de las víctimas afrocolombianas a la justicia, el Decreto Ley 4635 señala:

[...] es deber del Estado adelantar una investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones en su contra, la identificación de los responsables, y su respectiva sanción, precisado que las víctimas afrocolombianas, colectivas e individuales, tendrán acceso a las medidas de atención, asistencia y reparación contempladas en este decreto o en otros instrumentos legales sobre la materia, sin perjuicio de su ejercicio del derecho de acceso a la justicia. 121

De forma tal que, sin detrimento de los demás medios de acceso a la justicia posibles para las víctimas afrocolombianas, este aparte tiene como propósito caracterizar el alcance y la pertinencia de los mecanismos para poner en marcha las medidas determinadas en el marco de este decreto ley. Por cuanto el registro es la puerta de entrada para que las víctimas afrocolombianas puedan acceder a las disposiciones contempladas en el Decreto Ley 4635, a continuación se hace una breve mención al Registro Único de Víctimas y al Registro de Tierras Abandonadas y Despojadas.

### *El registro único de víctimas*

Aunque algunos elementos para el análisis del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (SNARIV) serán presentados en la tercera sección de este capítulo, para comprender el acceso a la justicia de las víctimas afrocolombianas es pertinente señalar aquí que al ser las entidades del SNARIV, encargadas de ejecutar los planes, programas, proyectos y acciones específicas tendientes a la asistencia, atención y reparación integral a las víctimas (Decreto Ley 4635, art. 136), y que esta reparación integral comprende las medidas de restitución de territorios, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición en sus dimensiones individuales y colectivas (Decreto Ley 4635, Art., 16), el Registro Único de Víctimas y el Registro

---

121 Decreto Ley 4635 Art 39.

de Tierras Despojadas y Abandonadas son la puerta de entrada para que las víctimas afrocolombianas puedan acceder a todas las medidas de justicia transicional integradas en el Decreto Ley 4635. De ahí que este sea el punto de partida para entender las posibilidades de acceso de las víctimas afrocolombianas a la justicia en el marco de este mecanismo.

Según el artículo 146 del Decreto Ley 4635, el Registro Único de Víctimas debe introducir un enfoque diferencial y, por lo tanto, integrar un componente específico para las víctimas afrocolombianas con la información relativa a ellas y a las violaciones de sus derechos, así como de la comunidad, su ubicación y las variables para la caracterización de los daños y afectaciones étnico-territoriales. El Registro Único de Víctimas debe identificar las diferencias de género, edad, condición sexual y discapacidad de las víctimas afrocolombianas, con especial atención en el registro y situación de las mujeres afrocolombianas.

Este Registro Único de Víctimas debe contar, según establece el Decreto Ley 4635, además del registro de víctimas individualmente consideradas, con un componente dirigido a las comunidades, para que se inscriban como sujetos colectivos, si han sufrido un daño colectivo, cultural, territorial o ecológico (de conformidad con los arts. 8, 9 y 10); y como individuos con efectos colectivos (de conformidad con el art. 147, párrafo 1), cuando el daño sufrido por una víctima individual perteneciente a una comunidad ponga en riesgo la estabilidad social, cultural, organizativa y política o la permanencia física y cultural de las comunidades<sup>122</sup>.

Para ser registradas, las víctimas afrocolombianas deben presentar una declaración ante el Ministerio Público (Personerías, Defensoría del Pueblo, Procuraduría). Este la remite a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas (Uariv), que es la entidad encargada de verificar los hechos victimizantes declarados y de otorgar o denegar la entrada en el registro, en un plazo máximo de 60 días hábiles. Según el Decreto Ley 4635, dicha solicitud deberá formularse en un término de cuatro años, contados a partir de su promulgación, para aquellas víctimas que lo hayan sido con anterioridad a ese momento; y de dos años, para quienes lo hayan sido de forma posterior, contados a partir de la ocurrencia del hecho. En los casos en que sea denegado el registro, las víctimas o el solicitante podrán interponer un recurso de reposición ante el funcionario que tomó la decisión, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la decisión (art. 150).

El Decreto Ley 4635 señala además que, una vez realizado el registro, las autoridades encargadas deben enviar copia de la información relativa a los hechos delictivos a la Fiscalía General de la Nación para que adelante las investigaciones necesarias (art. 69). Cabe advertir que, para el caso de las víctimas de desplazamiento, el Decreto Ley 4635 establece

[...] un plazo de dos (2) años para la reducción del subregistro, periodo en el cual las víctimas de desplazamientos forzados ocurridos después del 1.º de enero de 1985 y que no se

---

122 “Artículo 7.º. Daño individual con efectos étnico colectivos. Se produce un daño individual con efectos étnico colectivos cuando el daño sufrido por una víctima individual perteneciente a una comunidad pone en riesgo la estabilidad social, cultural, organizativa y política o la permanencia física y cultural de las comunidades. [...] cuando se produzca un daño individual con efectos colectivos, este se asimilará al daño colectivo, y la comunidad a la que pertenece el afectado se entenderá como sujeto étnico colectivo víctima”. Decreto Ley 4635, artículo 7.

encuentren registradas en el Registro Único de Población Desplazada podrán declarar los hechos con el fin de que se decida su inclusión o no en el Registro.<sup>123</sup>

Nótese, sin embargo, que el artículo en comento precisa que:

[para] este efecto, el Gobierno nacional adelantará una campaña de divulgación a nivel nacional a fin de que las víctimas de desplazamiento forzado pertenecientes a las comunidades que no han declarado se acerquen al Ministerio Público a rendir su declaración.<sup>124</sup>

En este punto es importante detenerse y señalar la importancia que tiene la *superación del subregistro para reconocer la verdadera magnitud del daño de las víctimas afrocolombianas*. Por ejemplo, con relación a la población desplazada la Corte Constitucional, en el Auto 005 (párrafo 32), precisó el alto subregistro que se presenta en términos del conocimiento de su situación, entre otras causas, porque los sistemas de registro han fallado al incluir a los afrocolombianos como víctimas de desplazamiento forzado.

Así las cosas, teniendo en cuenta la evidente importancia del registro en el marco de hacer efectivas las medidas de justicia transicional del Decreto Ley 4635, al igual que los reducidos límites temporales prescritos por este para superar el subregistro de las víctimas afrocolombianas, en particular los dos años para la superación del subregistro de las víctimas de desplazamiento, es central que la campaña de cobertura nacional ordenada por esta norma al Gobierno sea el antecedente central a partir del cual se determine el cierre temporal de superación de este fenómeno. De esta manera, los dos años establecidos para el caso de la población desplazada no registrada deberían cuantificarse, al igual que la superación del subregistro de las demás víctimas, con relación al cumplimiento de la obligación gubernamental de realización efectiva de la campaña de divulgación. Tal campaña, hasta la fecha de publicación de este escrito no ha sido realizada, a pesar de que están por cumplirse dos años de la expedición del Decreto Ley 4635 (diciembre de 2011). Igualmente, en lo referente al registro de sujetos colectivos existen dificultades, puesto que su inclusión en el registro tiene lugar bajo el mecanismo de oferta de la Uariv.

Asimismo, los entes de control, en el marco de la Comisión de Seguimiento a los decretos ley étnicos, en su primer informe refieren la inexistencia de los componentes especiales del registro de víctimas de comunidades, y en ese sentido señalaron que:

Actualmente no se cuenta con un procedimiento de registro colectivo de comunidades étnicas víctimas, así como tampoco con un registro de territorios colectivos afectados por el conflicto y objeto de restitución. Teniendo en cuenta que el registro es la puerta de entrada administrativa a los procesos de reparación, la inexistencia de estos procedimientos respectivamente adecuados son graves falencias de la UAERIV y la UAGRTD [Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras], entidades que son responsables de la debida implementación de estos mecanismos, violándose así el derecho de las comunidades a ser sujetos de las medidas de asistencia, atención y reparación.<sup>125</sup>

123 Decreto Ley 4635 de 2011, artículo 66.

124 Decreto Ley 4635 de 2011, artículo 66.

125 Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, “Primer informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de medidas contempladas en los decretos Ley de Víctimas” (2013), 168.

Finalmente, en materia de Registro Único de Víctimas, es de vital importancia referir que a través del Auto 119 de 2013, la Corte Constitucional constató:

“[...] que la práctica de la Dirección de Registro de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que consiste en no inscribir en el Registro Único de Víctimas a las personas que se vieron forzadas a desplazarse por situaciones de violencia generalizada, como la producida por las acciones de las Bacrim cuando no se presentan con ocasión del conflicto armado y en general, en aquellas situaciones en las que el desplazamiento no guarda una relación cercana ni suficiente con el mismo bajo los escenarios descritos en la Ley 387 de 1997, para efectos de garantizar sus derechos de protección, asistencia y atención, no es acorde con el esquema de protección a favor de la población desplazada por la violencia, ni con los pronunciamientos que ha realizado la Sala Plena de esta Corporación acerca de la definición del concepto de víctima de la Ley 1448 de 2011 y, por lo tanto, es inconstitucional”<sup>126</sup>

Y ordenó a la directora de la Uariv incluir estas víctimas en el registro, de acuerdo con lo establecido en la ley 387. Lo anterior, es fundamental, toda vez que existen numerosas víctimas afrocolombianas de las llamadas Bacrim. De manera que la superación del subregistro debe contemplar además, medidas específicas en el caso de registro de víctimas de las llamadas Bacrim.

### ***El registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente***

La restitución de tierras y territorios hace parte de la reparación integral, y es claro que uno de los ejes centrales para el acceso a derechos territoriales para el pueblo y las comunidades afrocolombianas, dado su reconocido arraigo a sus territorios, está en el proceso de restitución. A tal efecto, la inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas, es requisito fundamental para el acceso a las medidas de restitución y protección de tierras y territorios contempladas en el Decreto Ley 4635.

Según el Decreto Ley 4635, el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente “tendrá un componente en el que se inscribirán, para su protección y restitución, los territorios afectados de las comunidades”<sup>127</sup>. El artículo en comento señala que dicha solicitud procederá de conformidad con el artículo 76 de la Ley 1448, por lo tanto, puede realizarse de oficio o por solicitud del interesado. El Decreto Ley 4635 (art. 113) precisa que las solicitudes de protección o restitución relativas a los derechos territoriales de las víctimas afrocolombianas se presentarán ante las oficinas del Ministerio Público, como las personerías municipales y distritales, la Defensoría del Pueblo, las procuradurías regionales o nacionales y los centros regionales de atención y reparación a víctimas, que tienen tres días hábiles para remitirlas ante a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. El registro también se puede solicitar de manera directa ante dicha entidad.

---

126 Corte Constitucional de Colombia. Auto 119 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas. (Bogotá, 24 de Junio de 2013)

127 Decreto Ley 4635, artículo 146.



Según el Decreto Ley 4635 (art. 107) son susceptibles de los procesos de restitución:

1. Las tierras de las comunidades.
2. Las tierras sobre las cuales se adelantan procedimientos administrativos de titulación o ampliación de tierras de comunidades.
3. Las tierras de ocupación histórica o ancestral que las comunidades conservaban, colectiva o individualmente, el 31 de diciembre de 1990.
4. Las tierras comunales de grupos étnicos.
5. Las tierras que deben ser objeto de titulación o ampliación de tierras de comunidades por decisión judicial o administrativa nacional o internacional en firme.
6. Las tierras adquiridas por el Incoder en beneficio de comunidades de las que es titular el Fondo Nacional Agrario.
7. Las tierras adquiridas a cualquier título con recursos propios de las comunidades, por entidades públicas, privadas o con recursos de cooperación internacional, en beneficio de comunidades que deben ser tituladas en calidad de tierras de las comunidades<sup>128</sup>.

Cabe advertir que, en términos de derechos territoriales colectivos, según este decreto ley (art. 109) pueden presentar solicitudes de restitución<sup>129</sup>:

- a) El representante legal del consejo comunitario;
- b) Las juntas de los consejos comunitarios o sus integrantes, de acuerdo a las normas especiales que regulan la materia;
- c) Organizaciones de víctimas del territorio afectado;
- d) Cualquier miembro de la comunidad del territorio afectado;
- e) La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas de oficio;
- f) La Defensoría del Pueblo<sup>130</sup>.

Luego de recibir la solicitud, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas tiene un plazo de sesenta días para decidir, de conformidad con las afectaciones y daños identificados, sobre su inclusión en el registro. Este tiempo podrá prorrogarse por treinta días cuando existan o sobrevengan circunstancias que lo justifiquen. En los casos en que el informe de caracterización —realizado entre la Unidad de restitución y las autoridades de las comunidades de conformidad con el art. 118 del Decreto Ley 4635— concluya la presentación de daños y afec-

---

128 Decreto Ley 4635, artículo 107.

129 El artículo en comento agrega que las comisiones consultivas en sus instancias nacional, departamental y distrital, también podrán presentar la solicitud de restitución o coadyuvarlas

130 Decreto Ley 4635, artículo 109.

taciones territoriales, la Unidad de Restitución inscribirá el respectivo territorio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente.

En los casos complejos para la realización del informe de caracterización, la Unidad de Restitución podrá solicitar la participación del Incoder, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh) y el Ministerio Público (Decreto Ley 4635, art. 119, parágrafo 2). Cuando se niegue la inscripción en el registro, el solicitante o la Defensoría del Pueblo podrán demandar el acto administrativo ante el Tribunal Contencioso Administrativo con jurisdicción en el territorio objeto de controversia.

Cuando la inscripción en el Registro de Tierras se hace efectiva, la Defensoría del Pueblo y la Unidad de Restitución inician el *procedimiento de restitución*<sup>131</sup>, dentro de los treinta días a partir de la inscripción, presentando una demanda ante el juez de restitución (Decreto Ley 4635, art. 124). El juez, una vez identificada la procedibilidad de la demanda, dictará, en el término de quince días calendario, un auto admisorio de esta (Decreto Ley 4635, art. 125). Posteriormente, el juez o magistrado, cuando fuera el caso, conforme al expediente y las pruebas aportadas, emitirá la sentencia definitiva sobre cada una de las pretensiones del demandante, o, de ser necesario, las excepciones de los opositores y las solicitudes de terceros (Decreto Ley 4635, art. 130).

La necesidad de adaptar un enfoque diferencial en las medidas adoptadas por los jueces y magistrados de restitución, al igual que de los demás operadores del sistema, suponen una formación especial en los derechos territoriales y sus particularidades, en términos de las características culturales de los pueblos y las comunidades afrocolombianas. En este punto es fundamental que los operadores del sistema integren enfoques diferenciales sensibles a la situación particular de las mujeres afrocolombianas y los demás sujetos de especial protección constitucional. También es preciso que sea efectivo lo enunciado en el artículo 122 del Decreto Ley, en especial que:

Los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras [sean] seleccionados de aquellos candidatos que demuestren conocimiento y experiencia en los temas propios de los derechos, la legislación especial y la jurisprudencia de comunidades negras de tal forma que se cumpla con los objetivos propuestos en materia de restitución.

Los magistrados, jueces y funcionarias de los despachos judiciales [deben ser] previa y periódicamente capacitados en los temas relacionados con las leyes, jurisprudencia y estándares internacionales sobre derechos territoriales de las comunidades negras<sup>132</sup>.

Como se desprende de lo antedicho, el acceso a las medidas de reparación integral, incluida la restitución de los derechos territoriales, tiene como condición de posibilidad el registro efectivo de las víctimas afrocolombianas en el sistema. En este proceso es esencial la adaptación diferencial de los componentes étnicos en los registros, tal como lo ordena el Decreto Ley 4635, al igual que la implementación integral de las campañas de sensibilización ordenadas al Gobierno para la superación del subregistro, y para que las víctimas afrocolombianas conozcan las rutas de acceso a este mecanismo de justicia transicional, cuyo límite temporal es el año 2021, y como consecuen-

131 Es el trámite judicial que tiene por objeto el reconocimiento de las afectaciones y daños territoriales, para la recuperación del ejercicio pleno de los derechos territoriales de las comunidades vulneradas en el contexto del conflicto armado interno. Decreto Ley 4635, art. 12.

132 Decreto Ley 4635, artículo 122.

cia, la necesidad y las posibilidades del registro como puerta de entrada para acceder a las medidas en procura de garantizar el goce efectivo de sus derechos.

## B. Principios, derechos y medidas en el marco del Decreto Ley 4635

Luego de la inclusión en el registro, le corresponde al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas para hacer efectivo el goce de los derechos de las víctimas afrocolombianas, en el marco de los planes, programas y proyectos específicos de asistencia, atención y reparación integral. En esta sección exploraremos los principios, derechos y mecanismos diferenciales que estructura el Decreto Ley 4635 para alcanzar este objetivo.

### *Principios y derechos*

El Decreto Ley 4635 integra entre sus principios (arts. 18-35) el reconocimiento de las comunidades como parte constitutiva de la nación. Estas tienen derecho a conservar, reproducir y transmitir los valores, tradiciones, prácticas e instituciones que sustentan su identidad étnica y cultural. Estipula entonces que todas las medidas establecidas en su marco deben soportarse en un *enfoque diferencial étnico* y, por tanto, en el principio de tratamiento especial y diferenciado al que tienen derecho las víctimas afrocolombianas de forma colectiva y sus miembros individualmente considerados. De esta forma, las normas, los procedimientos y los mecanismos diseñados para tal efecto deben interpretarse en función de la pertenencia étnica y cultural, y de los derechos colectivos de las comunidades.

Estos principios se complementan con la disposición de que las medidas establecidas están orientadas a favorecer la pervivencia étnica y cultural del pueblo y las comunidades afrocolombianas, así como sus derechos, de forma progresiva y de manera coordinada con la legislación especial y sus normas de derecho propio. Adicionalmente, el Decreto Ley señala entre sus principios tanto la dignidad como la autonomía de las víctimas afrocolombianas. Lo primero, en términos de garantizar el respeto a la vida, a la integridad, a la honra y al buen nombre de las víctimas, y a estos fines se orienta la actuación de las autoridades administrativas y judiciales en el marco del mecanismo. Lo segundo, con el propósito de garantizar que el Estado respete los actos, estrategias e iniciativas legales y legítimas propios de las comunidades, como ejercicios políticos y colectivos de autonomía, dirigidos a la protección de la vida, la libertad y la integridad cultural.

En el contexto de los principios definidos por el Decreto Ley 4635, cabe citar el principio de no discriminación, según el cual:

Las medidas de reparación individual o colectiva para las comunidades deben contar con acciones que reconozcan y supriman actos de racismo, discriminación, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia racial, preexistentes y exacerbadas con ocasión de las violaciones de los derechos fundamentales, colectivos e integrales a que hace referencia el artículo 3.o de este decreto<sup>133</sup>.

<sup>133</sup> Decreto Ley 4635, artículo 26.

Entre los principios integrados cabe destacar, además, los de favorabilidad y publicidad. El primero supone la aplicación preferente del Decreto Ley 4635 sobre la Ley 1448, en los casos en que existan conflictos entre estos mecanismos, con la excepción de aquellos en que sean más favorables las medidas que consagra la Ley. El segundo establece que las entidades del Estado deben promover mecanismos de publicidad y difusión eficaces dirigidos a brindar información y orientar a las víctimas afrocolombianas acerca de los derechos, medidas y recursos con los que cuentan, al igual que los medios judiciales y administrativos mediante los cuales pueden acceder al ejercicio de sus derechos. El principio de diversidad lingüística supone la adaptación de estos contenidos a las lenguas de los pueblos afrocolombianos (palenqueros y raizales), al igual que intérpretes para su asistencia.

En el marco de los principios, el Decreto Ley 4635 reconoce una vez más el impacto desproporcionado de las violaciones de los DDHH y el DIH al pueblo y las comunidades afrocolombianas. Señala que el Estado les dará prioridad en la prevención, atención, asistencia y reparación integral, para garantizar la igualdad real y efectiva, en las mismas condiciones que a los demás grupos étnicos, como sujetos de especial protección constitucional por sus características particulares, su diversidad étnica, su ciclo vital, su género, su diversidad sexual y/o su condición de discapacidad. Establece además principios diferenciales de prueba en los casos de violencia sexual contra los niños, niñas, adolescentes, las personas LGBT, y las mujeres negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales víctimas.

Cabe destacar que entre los principios que el Decreto Ley 4635 establece se encuentra también que las víctimas afrocolombianas tienen derecho a una reparación integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva. Precisa que la ayuda y la asistencia humanitaria, así como la asistencia social del Estado, no constituyen medidas de reparación integral a que tienen derechos las víctimas afrocolombianas. Además, dispone que cuando concurren daños individuales y colectivos se debe adelantar la reparación integral en ambos casos, sin que ello se entienda como una doble reparación.

A este conjunto de principios el decreto ley hace referencia a los derechos de las víctimas afrocolombianas (arts. 36-45) como sujetos colectivos y los derechos de ciudadanía así como en razón de su pertenencia étnica y cultural de sus miembros individualmente considerados. En ese sentido, este marco normativo refiere los siguientes derechos de las víctimas afrocolombianas:

1. La verdad, justicia y reparación.
2. Acudir a escenarios de diálogo institucional y comunitario.
3. Ser beneficiario de las acciones afirmativas adelantadas por el Estado para proteger y garantizar el derecho a la vida en condiciones de dignidad.
4. Solicitar y recibir atención humanitaria.
5. Participar a través de sus autoridades y representantes en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, atención y reparación integral.

6. Su reunificación familiar cuando por razón de su tipo de victimización se haya dividido el núcleo familiar.
7. Retornar a su lugar de origen o reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, en el marco de la política de seguridad nacional.
8. La restitución de la tierra si hubiere sido despojado de ella, en los términos establecidos en la presente ley.
9. La información sobre las medidas y procedimientos de acceso a las medidas que se establecen en el presente decreto-ley.
10. Conocer el estado de procesos judiciales y administrativos que se estén adelantando, en los que tengan un interés como parte o intervinientes.
11. Que se conozca, difunda y comunique la verdad acerca de los motivos, condiciones y circunstancias de modo, tiempo y lugar de las violaciones cometidas en su contra y la relación de las mismas con su pertenencia étnica.
12. Ser reparadas de manera adecuada, transformadora, diferenciada y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de los hechos victimizantes.
13. La justicia: a que el Estado adelante una investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones, la identificación de los responsables, y su respectiva sanción.
14. Al territorio en virtud de la estrecha relación cultural que mantienen con los mismos.
15. La participación: el Estado garantizará los espacios para la participación real y efectiva de las comunidades a través de sus instancias representativas, en las instancias del Sistema Nacional de Atención y Reparación a Víctimas y en los procedimientos de reparación que se establezcan en este decreto.
16. La consulta previa del Plan Integral de Reparación Colectiva.
17. Que las medidas de reparación que se consulten y se elaboren con las respectivas comunidades, autoridades y representantes guarden relación con las violaciones de derechos y los impactos identificados.
18. Que las distintas entidades del Estado comprometidas con el desarrollo, ejecución y seguimiento de las medidas y mecanismos contemplados en este decreto trabajen de manera armónica y respetuosa con las comunidades, en concurso con sus autoridades o instancias representativas, con el propósito de garantizar el carácter integral y diferenciado de las medidas de reparación.

19. La indivisibilidad de los derechos de las comunidades, en la definición de las medidas de reparación integral, así como de las de prevención, asistencia y atención integral a las comunidades.
20. Que las violaciones a los derechos colectivos se entiendan de manera interdependiente y se analicen bajo la óptica de los daños causados a la integridad étnica y cultural<sup>134</sup>.

Estos derechos —sin detrimento de otros identificables— y principios configuran el marco normativo base definido por el Decreto Ley 4635 de 2011 para orientar el conjunto de medidas que las autoridades competentes deben adoptar para garantizar el goce efectivo de los derechos de las víctimas afrocolombianas. Estas medidas, consultadas y participativas, según el Decreto Ley 4635 deben responder, a su vez, a los daños territoriales, ambientales, por racismo y discriminación, y a la identidad cultural identificados en contra de las víctimas afrocolombianas, de forma individual, colectiva, e individual con efectos colectivos. Dispone también dar tratamiento especial y preferencial a los daños en contra de los sujetos de especial protección constitucional.

### ***Medidas de protección, atención, asistencia y reparación integral integradas en el Decreto Ley 4635***

Para hacer efectivos los principios y derechos integrados en el Decreto Ley 4635 es necesario que las instituciones gubernamentales adelanten una serie de acciones concretas, en aras de materializar y garantizar el goce efectivo de los derechos de las víctimas afrocolombianas, tanto de forma colectiva como de sus miembros individualmente considerados. El propósito de este apartado es presentar los programas y mecanismos definidos para la protección, asistencia y atención y la reparación integral, incluida la restitución, en el contexto del Decreto Ley 4635.

#### ***Medidas de Protección***

El título II del Decreto Ley 4635 contempla el desarrollo por parte de las autoridades competentes, a través del programa de Protección Nacional encabezado por la Unidad Nacional de Protección, de un programa de protección integral para la “protección de las comunidades en situación de riesgo extraordinario o extremo en el marco del conflicto armado interno”. Este programa implica adaptar tanto medidas individuales como colectivas de protección (aunque estas últimas no fueron desarrolladas suficientemente y con enfoque diferencial en el decreto ley).

En términos colectivos e individuales, el programa tiene un doble propósito. Por un lado, proteger el derecho a la autonomía de las comunidades en el marco del conflicto armado, de manera que gocen de protección especial contra las agresiones, así como de medidas de prevención y atención frente a la protección de sus derechos individuales y colectivos; y, por otro, proteger los derechos a la vida, la seguridad, la libertad y la integridad (arts. 46 y 47).

El programa diseñado debe incluir, desde el momento del análisis del riesgo, especial atención a las vulneraciones específicas a las que están expuestos los sujetos de especial protección

---

134 Decreto Ley 4635, artículo 36.

constitucional (art, 47, parágrafo). En este nivel, la protección a las lideresas afrocolombianas deberá ser prioritaria y preferencial. Adicionalmente, debe incluir un carácter integral con enfoque étnico y contar “con personal especializado y sensibilizado en materia intercultural, dirigido a garantizar la implementación de estrategias de adaptación a las medidas de protección” (art. 49). Según el artículo en comento (art 49), los criterios y elementos para la revisión e implementación del programa<sup>135</sup> implican que:

- a) Las medidas de protección sean oportunas, efectivas, específicas, adecuadas y eficientes para la protección de la víctima o testigo;
- b) La entidad competente para la implementación de los programas de protección determinará su conveniencia, viabilidad y aplicabilidad con la concertación de los consejos comunitarios.

Cabe advertir que el nivel de concertación deberá extenderse, en los casos aplicables, al trabajo con las víctimas específicas en situación de riesgo extraordinario o riesgo extremo, al igual que con las organizaciones o comunidades afectadas que no estén integradas en la forma organizativa de consejos comunitarios. Además, el programa se activa

Cuando las autoridades judiciales, administrativas o del Ministerio Público tengan conocimiento de situaciones de riesgo señaladas [...], remitirán de inmediato tal información a la autoridad competente designada de acuerdo a los programas de protección, para que inicien el procedimiento urgente conducente a la protección de la víctima [...].

Estas medidas deberán cubrir a las comunidades y podrán extenderse a toda la comunidad cuando su pervivencia se vea amenazada por las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. (art. 47)

Finalmente, el Decreto Ley 4635 precisa, en el art. 49, que el programa diseñado debe tener en consideración “los avances logrados en los planes específicos y en el plan integral de prevención, protección y atención para la población afrocolombiana”, en los términos ordenados a tal efecto en el Auto 005 de 2009. Cabe reiterar por otra parte que, de conformidad con el Auto 200 de 2007, este programa debe prestar una atención particular a la protección de los líderes afrocolombianos, y cuando se trate de otros sujetos de especial protección constitucional, como personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, menores de edad, docentes amenazados, personas con discapacidad, personas con orientación sexual diversa, defensores de derechos humanos, entre otros.

Sin embargo, como se verá en el próximo capítulo, lo estipulado en el Decreto Ley 4635 en materia de protección no recoge el enfoque diferencial para víctimas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales, y palenqueras, pues no desarrolla con suficiencia medidas de protección colectiva, ya que buena parte lo establecido en esta materia parte de los contenidos de la Ley 1448, salvo algunos artículos específicos.

---

<sup>135</sup> Otros criterios y elementos a tener en cuenta para la implementación de los programas de protección integral se definen en el artículo 53 del Decreto Ley 4635. En particular, se señala la necesidad de que el programa ampare a las víctimas sin discriminación y se precisa que esté en coordinación con los de atención a las víctimas, entre otros.



### *Medidas de asistencia, atención y ayuda humanitaria*

Como observamos arriba, uno de los avances del Decreto Ley 4635 es la clara distinción que hace entre medidas de reparación integral y aquellas relativas a la ayuda y asistencia humanitaria, al precisar que estas últimas no constituyen medidas de reparación integral y, en consecuencia, no podrán descontarse de la reparación integral.

Otro avance tiene que ver con la introducción del principio de no discriminación como eje transversal en la atención a las víctimas afrocolombianas. En ese contexto, el artículo 50 del Decreto Ley 4635, relativo a la atención y orientación, estipula un doble escenario de respuesta institucional:

1. “Establecer mecanismos, con la participación del Ministerio Público, para que las víctimas que hayan sido afectadas por prácticas discriminatorias en el momento de ser atendidas en el marco del sistema institucional puedan denunciar los hechos. El propósito es proteger a las víctimas de prácticas discriminatorias, al mismo tiempo que investigar y sancionar a los funcionarios públicos a quienes les sean comprobadas estas prácticas.
2. Desde la perspectiva de la prevención, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Cultura son las entidades responsables de *desarrollar campañas de sensibilización en enfoque diferencial y derechos especiales de las comunidades dirigidas a los servidores públicos de las entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención y orientación a las víctimas.* (el énfasis y numeración es nuestro)

En la política de *atención y orientación* será central que se establezcan las competencias específicas del Ministerio del Interior, en especial, de la dirección destinada a los asuntos de estas comunidades, en coordinación con la Uariv. Esto con el fin de desarrollar un mecanismo de asesoría técnica y legal para las víctimas afrocolombianas, con el propósito de acompañarlas y cualificarlas tanto en el conocimiento de sus derechos como en las rutas de acceso para hacerlos efectivos. Para implementar este mecanismo, que podrá capacitar y orientar a su vez a los funcionarios y demás operadores del sistema institucional en el enfoque diferencial afrocolombiano (Snariv), deberá desarrollarse en coordinación y cooperación con el Programa Presidencial para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de la Población Afrocolombiana, Negra, Palenquera y Raizal.

Con relación a la *ayuda humanitaria*, el Decreto Ley 4635 establece que seis meses después de la expedición de este mecanismo, la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas debe formular:

“un protocolo de ayuda humanitaria que establezca los elementos especiales y diferenciados de atención humanitaria en materia de alimentación y dieta, vestimenta y abrigo, aseo personal, atención médica y psicosocial, alojamiento transitorio y, en general, para garantizar el mínimo vital de las víctimas de las que trata el presente decreto-ley. Así mismo este protocolo contemplará las características, medidas y etapas específicas para la población desplazada perteneciente a las comunidades”<sup>136</sup>

---

136 Decreto Ley 4635, artículo 51.

En términos de la atención humanitaria a la población afrocolombiana desplazada, cabe agregar que debe desarrollarse en tres etapas: 1) atención inmediata<sup>137</sup>; 2) atención humanitaria de emergencia<sup>138</sup>; y 3) atención humanitaria de transición<sup>139</sup>. Adicionalmente, la atención debe regirse de conformidad con los criterios contemplados en los artículos 65 a 70, y de forma complementaria con la política pública de prevención y estabilización socioeconómica establecida en la Ley 387 de 1997.

La formulación de este protocolo debe contar con la participación de los representantes de las víctimas, y su implementación es de cumplimiento obligatorio para la atención y asistencia humanitaria diferencial a las víctimas afrocolombianas. En este punto es importante advertir con preocupación que, pese a la evidente importancia de este protocolo para hacer efectiva la atención diferencial humanitaria a las víctimas afrocolombianas, hasta la fecha de publicación de este informe, ni Codhes, ni organizaciones afrocolombianas como CNOA y Afrodes tienen noticia de su puesta en marcha.

Para complementar la política de la atención diferencial humanitaria a las víctimas afrocolombianas desplazadas que debe integrar el protocolo, el Decreto Ley establece diversos elementos para garantizar el *retorno o reubicación de las víctimas* (arts. 71 y 72).

De un lado, los *retornos o reubicaciones colectivos* (art. 71) implican la construcción de *planes de retorno o reubicación para grupos o comunidades* que hayan sido desplazados en eventos masivos, ello a cargo de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que para su implementación y seguimiento debe contar con la participación de las comunidades directamente afectadas. Estos retornos deben surtirse bajo condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad. De otro lado, cuando se trata de *retornos de desplazamientos individuales o de familias*, el plan debe realizarse de forma coordinada con las víctimas y las comunidades receptoras. En los casos de retorno o reubicación, las condiciones de seguridad deben ser revisadas y evaluadas en los comités de justicia transicional del territorio donde se lleve a cabo el retorno o reubicación, a partir de los conceptos que emita la fuerza pública y las pruebas aportadas por el Ministerio Público. En los casos de retornos voluntarios por parte de las comu-

---

137 Decreto Ley 4635. “Artículo 68. Atención inmediata. Es la ayuda humanitaria entregada a las víctimas de las comunidades, que manifiestan haber sido desplazadas y que se encuentran en situación de vulnerabilidad acentuada y requieren de albergue temporal y asistencia alimentaria. Esta ayuda será proporcionada por la entidad territorial de nivel municipal receptora de la población en situación de desplazamiento. Se atenderá de manera inmediata desde el momento en que se presenta la declaración hasta el momento en que informe a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las Víctimas”.

138 Decreto Ley 4635. “Artículo 69. Atención humanitaria de emergencia. Es la ayuda humanitaria a la que tienen derecho las personas u hogares en situación de desplazamiento, una vez se haya expedido el acto administrativo que las incluye en el Registro Único de Víctimas. La atención humanitaria de emergencia se entregará de acuerdo con el grado de necesidad y urgencia respecto de su subsistencia mínima”.

139 Decreto Ley 4635. “Artículo 70. Atención humanitaria de transición. Es la ayuda humanitaria que se entrega a la población en situación de desplazamiento incluida en el Registro Único de Víctimas que aún no cuenta con los elementos necesarios para su subsistencia mínima, pero cuya situación, a la luz de la valoración hecha por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, no presenta las características de gravedad y urgencia que los haría destinatarios de la atención humanitaria de emergencia”.

nidades (art. 73) o las víctimas individuales, estos pueden adelantarse en el marco de los *planes integrales de reparación colectiva*, previa verificación de que existan condiciones de seguridad y en coordinación con las comunidades y autoridades propias.

El Decreto Ley contempla de forma complementaria al protocolo de ayuda humanitaria y a las medidas de retorno y reubicación, un conjunto de medidas específicas para garantizar los derechos a la salud y a la educación de las víctimas afrocolombianas en el marco de las medidas de asistencia y atención.

En cuanto a medidas específicas para garantizar *el derecho a la salud*, prescribe en el artículo 54, en lo que respecta a la *atención de emergencia en salud*:

[...] las instituciones hospitalarias, públicas o privadas, del territorio nacional, que prestan servicios de salud, tienen la obligación de prestar atención de emergencia de manera inmediata a las víctimas que la requieran, con independencia de la capacidad socioeconómica de los demandantes de estos servicios y sin exigir condición previa para su admisión.<sup>140</sup>

Adicionalmente, precisa que el Ministerio de Salud y Protección Social es el encargado del reconocimiento y pago de los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria<sup>141</sup> para las víctimas afrocolombianas. Según establece este mecanismo (art. 58), la evaluación y el control este derecho son competencia del Ministerio de Salud y Protección Social o de la Superintendencia Nacional de Salud.

En lo referente a medidas específicas para garantizar *el derecho a la educación* de las víctimas afrocolombianas, el Decreto Ley 4635 establece en el artículo 52 que el Ministerio de Educación, en conjunto con las secretarías territoriales certificadas, realizará las acciones necesarias para que las víctimas de desplazamiento puedan dar continuidad a sus procesos etnoeducativos. En lo que respecta a la educación superior, el mecanismo estipula que:

[...] las instituciones técnicas profesionales, tecnológicas, universitarias o escuelas tecnológicas y universidades de naturaleza pública, en el marco de su autonomía, establecerán, en el año siguiente a la entrada en vigencia del presente decreto, los procesos de selección, admisión y matrícula que posibiliten que las víctimas de que trata el presente Decreto tengan, en la mismas condiciones que los miembros de los grupos étnicos a que se refiere el artículo 205 de la Ley 1448, acceso prioritario y preferencial a los programas académicos ofrecidos por estas instituciones.

El Ministerio de Educación debe, además incluir:

---

<sup>140</sup> Decreto Ley 4635, artículo 54.

<sup>141</sup> Decreto Ley 4635. “Artículo 55. Servicios de asistencia en salud. Los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria consistirán en: 1. Hospitalización; 2. Material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis, conforme con los criterios técnicos que fije el Ministerio de la Protección Social; 3. Medicamentos; 4. Honorarios médicos; 5. Servicios de apoyo tales como bancos de sangre, laboratorios, imágenes diagnósticas; 6. Transporte; 7. Examen del VIH/sida y de ETS, en los casos en que la persona haya sido víctima de acceso carnal violento; 8. Servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y/o la ley, con absoluto respeto de la voluntad de la víctima; y 9. La atención para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres víctimas”.

[...]a las víctimas de que trata el presente Decreto dentro de las estrategias de atención a la población diversa y adelantará las gestiones necesarias con el Icetex para que sean incluidas preferencialmente dentro de las líneas especiales de crédito y subsidios a la tasa de interés y al sostenimiento.<sup>142</sup>

Finalmente, la superación de las condiciones de vulnerabilidad o debilidad manifiesta en el marco de la política de atención integrada en este mecanismo solo es posible cuando las víctimas afrocolombianas alcancen, por sus propios medios o a través de los programas establecidos por el Gobierno nacional en procesos de retorno o reubicación, el *goce efectivo de los derechos fundamentales y del restablecimiento económico y social* (art. 74).

#### **Medidas de reparación: el plan integral de reparación colectiva**

Para garantizar la reparación integral de las víctimas de los pueblos y comunidades afrocolombianas, el Decreto Ley 4635 dispone, en el artículo 75, que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas debe proporcionar las medidas necesarias, étnica y culturalmente diferenciadas, para asegurar la reparación integral de las víctimas afrocolombianas, a través de un Plan de Reparación Colectiva (PIRC). El PIRC es uno de los mecanismos centrales definidos por el Decreto Ley 4635, en tanto que, como se indica en el artículo 76, el

[...]instrumento técnico por medio del cual, previa consulta a las Comunidades, consejos comunitarios y autoridades propias, se estructuran las medidas de reparación colectiva, acordes con las necesidades concretas de las víctimas de que trata el presente Decreto. Este plan tendrá en cuenta las particularidades culturales y territoriales de las Comunidades que deben ser reparadas, y deberá ser consultado previamente de acuerdo con las metodologías definidas con las respectivas Comunidades, consejos comunitarios, y autoridades propias<sup>143</sup>.

El plan debe recoger los principios y medidas antes señaladas como marco general, y sus objetivos, son:

- a) Identificar los daños y afectaciones colectivas de las comunidades;
- b) Construir conjuntamente la caracterización de los daños colectivos y necesidades específicas (art. 105);
- c) Determinar acciones para la reparación colectiva y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las víctimas de que trata el presente decreto;
- d) Contribuir de manera transformadora a la recuperación de las condiciones, capacidades y oportunidades de desarrollo personal y colectivo perdidas como consecuencia del conflicto armado;

---

<sup>142</sup> Decreto Ley 4635, artículo 52.

<sup>143</sup> Decreto Ley 4635, artículo 76.

- e) Implementar medidas para la protección efectiva de la diversidad étnica y cultural de las comunidades;
- f) Transformar las condiciones de discriminación histórica que permitieron o facilitaron la comisión de las violaciones contra las comunidades víctimas afrocolombianas;
- g) Garantizar la pervivencia física y la permanencia cultural de las comunidades;
- h) Diseñar e implementar medidas de reparación integral tendientes a garantizar la atención preferencial a las personas de especial protección constitucional, especialmente a las viudas, mujeres cabeza de familia, huérfanos y personas en situación de discapacidad;
- i) Garantizar los mecanismos, espacios y recursos económicos y humanos que permitan conocer la verdad sobre los hechos victimizantes, alcanzar la justicia y garantizar la no repetición de las causas y condiciones que generaron las afectaciones y violaciones;
- j) Definir las obligaciones, roles y competencias de las diferentes instancias del Estado en los niveles nacional, local y territorial para el diseño, ejecución y seguimiento de las medidas contempladas en el presente decreto<sup>144</sup>.

Cada comunidad debe ser consultada previamente para efectos de la formulación del PIRC, función que le corresponde coordinar a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. De acuerdo con el artículo 78, el PIRC debe integrar, además, los siguientes elementos:

- a) La caracterización de los daños colectivos y necesidades específicas (art. 105);
- b) La identificación de las respectivas autoridades propias, así como las dinámicas y mecanismos de consulta interna;
- c) Las medidas de reparación integral colectiva (conforme a los criterios establecidos en el capítulo II del título V, Decreto Ley 4635);
- d) Los recursos y responsables de la ejecución de las medidas de reparación colectiva;
- e) Los tiempos de ejecución de las medidas de reparación colectiva; y
- f) Los mecanismos e indicadores de seguimiento, monitoreo y evaluación<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Decreto Ley 4635, artículo 77.

<sup>145</sup> Decreto Ley 4635, artículo 78.

Los PIRC deben partir de la definición de los daños para determinar las medidas de indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Según el artículo 79, tales medidas se enmarcan en la *reparación integral*, y deben ser justas, adecuadas, transformadoras diferenciadas y efectivas, tanto en sus dimensiones individuales como colectivas, materiales, morales y simbólicas. Los PIRC integran la reparación de los daños colectivos, como también la de los daños individuales con efectos colectivos. Las medidas adoptadas a tal efecto deben ser concertadas<sup>146</sup> con cada comunidad y sus autoridades representativas, respetando la identidad étnico-cultural y teniendo en cuenta las dimensiones étnicas, colectivas, ecológicas y culturales de las violaciones sufridas por las víctimas afrocolombianas.

Cabe precisar que, de conformidad con los principios internacionales, las reparaciones en el marco del Decreto Ley 4635 integradas en los PIRC relativos a las víctimas afrocolombianas han de ser diferenciales y proporcionales a la gravedad de las violaciones y daños sufridos por el pueblo y las comunidades afrocolombianas.

Si se considera este criterio, preocupa que las medidas de *restitución en materia de vivienda* del Decreto Ley 4635 (art. 60) solo contemplen que las víctimas afrocolombianas accedan al “subsidio familiar de vivienda de conformidad con la normativa vigente”, y no la restitución efectiva de los bienes, fincas y viviendas despojadas o afectadas. Esta situación configura no solo una violación del proyecto de reparación transformadora que dice integrar el mecanismo, sino también la falta de consideración de las pérdidas materiales, de ingresos y, consecuentemente, el lucro cesante<sup>147</sup>. Tales criterios deberían tener en cuenta tanto las indemnizaciones colectivas como individuales a concertar en el marco del Decreto Ley 4635 (arts. 80 y 81). Para hacer efectivas las reparaciones individuales y colectivas, al igual que las demás medidas contempladas en este decreto ley, los PIRC tendrían que introducir medidas específicas para que las víctimas y sus representantes cuenten con recursos para los gastos de asistencia técnica requeridos para su formulación, implementación, seguimiento y evaluación.

Entre las medidas de satisfacción proyectadas en el marco del Decreto Ley 4635, dada la situación de discriminación y marginación que ha afectado a las víctimas afrocolombianas a lo largo del proceso de promoción y garantía de sus derechos, será indispensable garantizar en los PIRC tanto la efectividad de la exención de las víctimas afrocolombianas de la prestación del servicio militar (art. 91), como medidas específicas orientadas al “apoyo para la reconstrucción del movimiento y tejido social de las víctimas” afrocolombianas (art. 90, literal d).

De otro lado, en el marco de la reparación integral, es fundamental el *deber de memoria histórica* contemplado en el artículo 93 del decreto ley. En este contexto, para que el derecho a la verdad se haga efectivo, la investigación histórica sobre el conflicto armado en Colombia, sus causas y consecuencias, debe realizarse con un enfoque diferencial sensible a las particularidades históricas y contextuales del pueblo y las comunidades afrocolombianas. Los insumos de estos

---

146 El uso de la expresión concertación, en el marco del Decreto Ley 4635 (art. 42), hace referencia al mecanismo mediante el cual las autoridades encargadas de adoptar decisiones en materia de asistencia, atención, reparación integral y de restitución a las víctimas ponen a consideración de las comunidades y las instancias representativas las decisiones que pretenden adoptarse, con el fin de llegar a un posible acuerdo.

147 El lucro cesante es un tipo de perjuicio material. Consiste en la pérdida de una ganancia o provecho que deja de reportarse, tal como lo establece el Código Civil en su artículo 1614.

y otros esfuerzos por determinar la verdad sobre las violaciones a los derechos de las víctimas afrocolombianas no solo deberán integrarse en el “módulo étnico del programa de derechos humanos y memoria histórica del Centro de Memoria Histórica” (Decreto Ley 4635, arts. 95-97), sino también, de manera transversal, en el sistema educativo colombiano. Es así como el artículo 98 ordena al Ministerio de Educación —y al Instituto Agustín Codazzi— integrar los mapas de los territorios afrocolombianos en este sistema. Todo esto, con la participación efectiva de las víctimas afrocolombianas, sus organizaciones y representantes. De conformidad con el artículo 94, “las actividades de memoria histórica harán énfasis sobre las modalidades de violencia contra el territorio y la cultura de las víctimas” afrocolombianas<sup>148</sup>.

Adicionalmente, las garantías de no repetición (Decreto Ley 4635, art. 99), además de contemplar el desmantelamiento de los grupos al margen de la ley, deberán incluir un plan de prevención de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, construido e implementado con la participación efectiva de las víctimas y sus representantes.

Cabe anotar que este plan tendría que articular las medidas de protección que a tal efecto integra el Auto 005, en particular la ruta étnica, y cumplir con el fortalecimiento del sistema de alertas tempranas de la Defensoría del Pueblo, y mecanismos que hagan efectivas las *medidas cautelares* para la protección de los derechos territoriales (arts. 116 y 117). Asimismo, el plan o programa de prevención que se integre en los PIRC debe garantizar, como lo estipula el artículo 101 del decreto ley, el desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas de quienes se han beneficiado del despojo y demás violaciones a los derechos de las víctimas afrocolombianas, con el fin de dar las garantías de no repetición que integra este mecanismo de justicia transicional.

Los PIRC requieren para su construcción de la garantía del derecho fundamental a la consulta previa, y estipulan la necesidad de adelantar una preconsulta en la que:

[...] se acordará la metodología, se definirán el cronograma de trabajo y formas de gestión precisadas de manera autónoma por la Comunidad en consulta. Además, se deberá determinar allí la hoja de ruta para el desarrollo de la consulta previa del diseño, elaboración, implementación y evaluación de los PIRC con la Comunidad respectiva<sup>149</sup>

No obstante lo anterior, el Decreto Ley 4635 establece que, “en los casos en que sea imposible llegar a un acuerdo” (art. 106), “el Estado llevará el proceso a los espacios de consulta del orden nacional para desde allí tomar una decisión final sobre el PIRC”. En este contexto, y dadas las complejidades que puede representar dicha salvedad para garantizar la participación efectiva y el derecho fundamental a la consulta previa en el marco de los PIRC, será necesario el monitoreo y acompañamiento en cada uno de estos procesos por parte del defensor del pueblo o su delegado y del procurador general de la nación o de su delegado, tal como lo establece el decreto ley (artículo 105).

Para finalizar este capítulo, la siguiente sección se concentra en el marco institucional definido en el Decreto Ley 4635, con el propósito de hacer efectivos los principios, los derechos y el mecanismo hasta aquí analizados, al igual que la participación efectiva de las víctimas y sus representantes. Antes de continuar, sin embargo, es importante advertir que, a pesar de que muchos

148 Decreto Ley 4635, artículo 94, parágrafo.

149 Decreto Ley 4635, artículo 104.



afrocolombianos han sido desplazados a países vecinos, y por lo tanto su estatus jurídico corresponde a la calidad de refugiados, el decreto ley no hace referencia alguna a estas víctimas y, por lo tanto, no establece medidas de atención y reparación correspondientes a su crítica situación. En consecuencia, el PIRC relativo a las víctimas afrocolombianas, al igual que los demás mecanismos proyectados, tendrán que contar con normas de orden internacional que respondan de forma urgente a este vacío, y garanticen así a los refugiados afrocolombianos, entre ellos los líderes, las medidas conducentes a garantizar el goce efectivo de todos sus derechos.

### **C. Las víctimas afrocolombianas y el sistema de atención y reparación integral a las víctimas**

Consciente de las fallas institucionales que presentó el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada en el marco de la Ley 387 de 1997, organizaciones afrocolombianas y Codhes, han llamado la atención de las instituciones del Estado colombiano con respecto a la necesidad de adoptar un marco institucional específico que responda al reconocido impacto desproporcionado que ha tenido el conflicto armado en las comunidades afrocolombianas. Para analizar los avances institucionales en esta materia, esta sección caracteriza la institucionalidad definida por el Decreto Ley 4635 orientada a garantizar su participación efectiva e implementar el conjunto de medidas de atención y reparación integral conducentes a asegurar el goce efectivo de todos los derechos a las víctimas afrocolombianas.

#### ***Institucionalidad para la atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas afrocolombianas***

El diseño e implementación de un modelo de institucionalidad para la atención y reparación integral a víctimas de grupos étnicos es indispensable en el marco de la protección de sus derechos fundamentales. En el caso concreto de las víctimas a las cuales se refiere el Decreto Ley 4635, implica el reto de superar las fallas en la respuesta institucional identificadas por la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009, providencia en la cual el Alto Tribunal refirió que:

- (i) Es una respuesta puntual a determinados problemas que sufren las comunidades afrodescendientes, y no sistemática ni integral;
- (ii) No reconoce el carácter estructural del problema que está a la base de los fenómenos de desplazamiento forzado y confinamiento y por lo tanto, en su mayoría están orientadas a atender las consecuencias del desplazamiento;
- (iii) Se ha dado a través de los programas que se ofrecen a la población desplazada en general, pero no ha tenido un enfoque diferencial a lo largo de la política pública de atención al desplazamiento, en todas sus fases —prevención, atención humanitaria de emergencia, estabilización socioeconómica, y retorno y restablecimiento—;
- (iv) No reconoce en el análisis ni en la acción, la dimensión étnica implicada, en tanto los fenómenos del desplazamiento y del confinamiento están destruyendo las condiciones de supervivencia material y cultural de los pueblos afrocolombianos;

- (v) Ha sido una respuesta fragmentada y desorganizada, en la cual no existe un centro coordinador y unificador de las acciones realizadas;
- (vi) La respuesta ha sido tardía, carente de la asignación de recursos específicos para atender a los afrodescendientes desplazados y de los funcionarios requeridos para materializarla debidamente;
- (vii) La respuesta carece de un enfoque de prevención específico frente a las causas concretas del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre la población afrodescendiente, tal como lo han documentado varias organizaciones en los casos de desplazamientos masivos en Curvaradó, Jiguamiandó, El Charco y Cacarica; y
- (viii) Las acciones adelantadas hasta ahora no son el desarrollo de una política pública que haya contado con la participación efectiva de las comunidades afectadas en todos los componentes de la misma<sup>150</sup>.

A pesar de las evidentes fallas en la respuesta institucional y de la necesidad de adoptar un marco institucional robusto y específico para implementar de forma diferencial la política de atención y reparación integral a las víctimas de los grupos étnicos, el Decreto Ley 4635, lejos de establecer tan requerido cambio institucional, solo introduce pequeñas modificaciones en el sistema institucional definido en la Ley de Víctimas (1448 de 2011).

En efecto, el Decreto Ley, en su artículo 136, relativo al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas (Snariv), señala que las entidades que lo conforman “serán las encargadas de ejecutar los planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la asistencia, atención y reparación integral a las víctimas”. Y agrega: *“Para tales efectos, se apoyarán especialmente en la información y experticia recaudada por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior”*.

Sin embargo, no precisa modificaciones institucionales, técnicas ni presupuestales a la DAC-NARP, de acuerdo con la amplitud de la carga misional de apoyo al SNAIRV que se le asigna.

El Decreto Ley 4635, además de estructurar un conjunto de objetivos adicionales al Snariv<sup>151</sup>, creó un Subcomité Técnico de Enfoque Diferencial al que le asignó los mismos parámetros

150 Corte Constitucional de Colombia. Auto 005.

151 Decreto Ley 4635. “Artículo 137. Objetivos del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Los objetivos enunciados en el artículo 161 de la Ley 1448 de 2011 tendrán tratamiento diferencial de acuerdo a lo establecido en el presente decreto. En particular, las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral las víctimas tendrán los siguientes objetivos diferenciales como parte de dicho sistema:

- a) Participar en la formulación e implementación de la política integral de atención, asistencia y reparación a las víctimas a las que se refiere el artículo 3.º del presente decreto;
- b) Adoptar las medidas de asistencia, atención y reparación que faciliten el acceso y garanticen el ejercicio de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas a las que se refiere el artículo 3.º del presente decreto;
- c) Adoptar las medidas de asistencia que garanticen el restablecimiento de los derechos de las víctimas de que trata el presente decreto;
- d) Adoptar las medidas que contribuyan a garantizar la reparación efectiva y eficaz de las víctimas a las que se refiere el artículo 3.º del presente decreto.
- e) Coordinar las acciones de las entidades públicas y privadas para la adecuada atención integral y garantía de los Derechos Humanos y de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario que asisten a las víctimas de que trata el presente decreto;

establecidos en el artículo 164 de la Ley 1448 de 2011 para el Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación de Víctimas. Entonces, este subcomité es el encargado de diseñar, adoptar, presu- puestar, coordinar, aprobar y hacer seguimiento a las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas afrocolombianas. Nótese además de que aunque el decreto ley precisa en diferentes artículos la necesidad de participación de las víctimas afrocolombianas y sus representantes, al igual que la necesidad de consulta previa en el desarrollo de sus más importantes mecanismos, no precisa nada en cuanto a su inclusión en este subcomité. Así, con relación a la participación de las víctimas afrocolombianas y sus repre- sentantes en este subcomité, el Decreto Ley 4635 deja un importante vacío en términos de definir el alcance y la concreción de este derecho. Al respecto, los órganos de control señalaron en su pri- mer informe que:

[...].ante la ausencia de un escenario particular para abordar los aspectos concretos que materialicen los derechos especiales respecto de la atención y reparación de los grupos étnicos, en la práctica estos temas referidos a víctimas pertenecientes a los grupos étnicos se discuten de manera marginal en los subcomités técnicos de enfoque diferencial y reparación colectiva, creados en el decreto 4800 de 2011, por un lado, sin la participación efectiva de la Dirección de Asuntos Étnicos de la Unidad Especial de Atención, Asistencia y Reparación Integral a las Víctimas, en adelante Ueariv, dependencia que le corresponde la coordinación, concertación, diseño, e implementación de las mismas, lo cual evidencia desconocimiento a las referidas normas especiales; y de otro lado, sin el enfoque étnico que la definición de pro- gramas y acciones requiere en estos casos,<sup>152</sup>

Con relación a las modificaciones concretas a las instituciones encargadas de la ejecución de las políticas, los resultados no son más esperanzadores. El artículo 139 se limita a crear, en la Uni- dad Administrativa Especial de Atención y Reparación,

[...] una Dirección Técnica de Atención y Reparación de Grupos Étnicos que contará con una *Coordinación de Reparación y Atención de las Comunidades* que será la encargada de coordinar, de manera ordenada, sistemática, coherente, eficiente y armónica, las actuaciones de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas en lo que se refiere a la ejecución e implementación de las medidas consagradas en el presente decreto, y las acordadas en el marco de los Planes Integrales de Reparación Colec- tiva de las comunidades registradas. (el énfasis es nuestro)

---

f) Garantizar la apropiación de manera oportuna y eficiente de los recursos humanos, técnicos, administrativos y económicos que sean indispensables para el cumplimiento de los planes, proyectos y programas de atención, asistencia y reparación integral de las víctimas de que trata el presente decreto en sus niveles nacional y territorial;

g) Garantizar la flexibilización de la oferta de las entidades responsables de las diferentes medidas de atención, asistencia y reparación a las víctimas a las que se refiere el artículo 3.º del presente decreto;

h) Apoyar los esfuerzos de las organizaciones de la sociedad civil que acompañan y hacen seguimiento al proceso de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas a las que se refiere el artículo 3.º del presente decreto”.

152 Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, “Primer informe de seguimiento”( 2013), 13.

Las funciones de la Dirección de Atención y Reparación a Comunidades, según el artículo 140, son:

- a) Aportar los insumos necesarios para el diseño, adopción y evaluación de los Planes Integrales de Reparación Colectiva (PIRC);
- b) Enviar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas la información que reciba y que deba ser registrada en el componente dirigido a las comunidades del Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente;
- c) Gestionar, por medio del componente dirigido a las comunidades del Registro Único de Víctimas, los datos referidos a las violaciones de que trata el artículo 3.o del presente decreto. La fuente de información serán principalmente las víctimas de que trata este decreto;
- d) Diseñar, en coordinación con el Ministerio del Interior, los mecanismos y estrategias para la efectiva participación de las comunidades en el diseño de los planes, programas y proyectos de atención, asistencia y reparación integral;
- e) Diseñar e implementar los módulos de capacitación en manejo de recursos para asesorar a los miembros de las comunidades que pretendan acceder a la indemnización administrativa reglamentada en la Ley 1448 de 2011 y a las comunidades registradas que accedan a la indemnización colectiva de que trata el presente decreto;
- f) Apoyar la implementación de los mecanismos necesarios para la reconstrucción y fortalecimiento de la identidad étnico cultural de las comunidades que sean víctimas en los términos del presente decreto;
- g) Hacer seguimiento a la implementación de los Planes Integrales de Reparación Colectiva de manera conjunta con las comunidades;
- h) Las demás que señale el Gobierno nacional<sup>153</sup>.

Cabe anticipar que el proceso de seguimiento adelantado por Codhes a la implementación del Decreto Ley 4635, al menos hasta la publicación de este informe, no muestra que esta coordinación cuente con los recursos técnicos y financieros para cumplir con su misión, y ni cuenta con un funcionario que haya asumido el cargo coordinador en el marco de la estructura institucional de la Uariv. Tampoco se evidencia, ni en la estructura institucional de la Uariv ni en la práctica, las garantías para que la Dirección Étnica cumpla con su misión, de modo que la respuesta de la Uariv y del Snariv en su conjunto sea pertinente de acuerdo con el enfoque diferencial que debe adoptar. En esta materia, los órganos de control señalaron que

[...] En conclusión, hay una manifiesta debilidad institucional para agendar, diseñar, concertar, implementar y evaluar las medidas de atención, asistencia y reparación integral, individual y colectiva con enfoque diferencial a la población perteneciente a los grupos étnicos<sup>154</sup>.

---

153 Decreto Ley 4635, artículo 140.

154 Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, “Primer informe de seguimiento” (2013),15.

Adicionalmente, frente a la Coordinación de Reparación y Atención a las Comunidades, es motivo de preocupación el que esta dependencia cuente con menos de cinco funcionarios para cumplir con las funciones antes presentadas. Esta situación es a todas luces desconcertante, pues el presupuesto fáctico del que parte el Decreto Ley 4635 es el impacto desproporcionado del conflicto sobre las víctimas afrocolombianas, y, según ha señalado Codhes, en los últimos años son precisamente los territorios en donde habita la población afrocolombianas los más afectados por el conflicto armado que afronta el país y que requieren, por tanto, una respuesta institucional orientada a garantizar el goce efectivo de sus derechos.

En este contexto preocupa mucho más que, a pesar del impacto importante que ha tenido el despojo en los territorios y tierras de las comunidades afrocolombianas del país, el Decreto Ley 4635, con relación a las modificaciones pertinentes de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, no señale ni siquiera la creación de una coordinación como la antes mencionada, sino que tan solo precisa, en el artículo:

[...] el Gobierno nacional organizará en la Unidad de Restitución, los órganos y arreglos institucionales requeridos para la ejecución de las medidas de restitución establecidas en el presente decreto-ley, los cuales deben proveer el talento humano y los recursos operativos y presupuestales suficientes e idóneos, con el objetivo de brindar las condiciones necesarias para la atención diferencial.<sup>155</sup>

Más aún, sobre la coordinación entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación, el Decreto Ley 4635 no hace ninguna precisión.

Con relación a las modificaciones en la estructura territorial del Snariv, el Decreto Ley establece, tan solo la creación de

[...] oficinas regionales de atención y reparación, que unificarán y reunirán toda la oferta institucional para la atención de las víctimas de que trata el [Decreto 4635], de tal forma que aquellas solo tengan que acudir a estos centros para ser informadas acerca de sus derechos, facilitar el acceso a las medidas de asistencia y atención según sea el caso, y para llevar a cabo la solicitud de registro<sup>156</sup>.

No obstante la importancia de estos centros para la atención integral de las víctimas afrocolombianas en sus territorios o en los territorios adonde ha sido forzada a desplazarse, el Decreto Ley 4635 no precisa los mecanismos que utilizarán para apropiar los recursos técnicos y financieros que permitan hacer efectivos tan amplios objetivos.

En lo atinente al mecanismo de *monitoreo y seguimiento al cumplimiento del Decreto Ley 4635*, en el artículo 143 tan solo se agrega a lo definido en la Ley 1448 de 2011 la función de: “hacer seguimiento al proceso de diseño, implementación, ejecución y cumplimiento de las medidas contenidas, adicionando la participación de dos representantes [ante esa instancia] elegidos por los consejos comunitarios y autoridades propias”. Precisa que:

---

<sup>155</sup> Decreto Ley 4635, artículo 142.

<sup>156</sup> Decreto Ley 4635, artículo 141.

“La comisión deberá reunirse por lo menos una vez cada seis (6) meses y rendir un informe semestral a las comunidades, consejos comunitarios, y autoridades propias, y al Congreso de la República dentro del mes siguiente a cada inicio de legislatura de cada año”<sup>157</sup>

Y que:

Las funciones de seguimiento y monitoreo por parte de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República se ejercerán sin perjuicio de las funciones constitucionales y legales que ejercen como organismos de control. De igual manera deberán compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación cuando en el ejercicio de las funciones atribuidas a esta comisión evidencien la ocurrencia de un ilícito<sup>158</sup>

En concordancia con el mecanismo antes presentado, el Decreto Ley 4635 crea de modo paralelo el Comité de Seguimiento (art. 153), integrado por “dos (2) representantes del nivel directivo del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, escogidos por el presidente de la República, y dos (2) miembros de las instancias nacionales de representación de las comunidades”. Tal instancia se reunirá cada seis meses, también con la función “de evaluar la aplicación de las normas contenidas en el Decreto Ley 4635” y sus “informes orientarán la reglamentación de las normas previstas en este decreto y la ruta metodológica para su implementación”. Queda abierta la pregunta de cómo se coordinan estos dos mecanismos, si es que lo hacen. También se abre el interrogante por cuál es su diferencia en su función simétrica de seguimiento y monitoreo al Decreto Ley 4635.

Luego de este balance, solo queda llamar la atención sobre uno de los aciertos más importantes del Decreto Ley 4635 de 2011, a saber, la obligación que se desprende de su artículo 154 de incluir un título especial en el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) con el propósito de estructurar de forma diferencial el plan de ejecución de metas, presupuesto suficiente con continuidad y oportunamente disponible, el mecanismo de seguimiento y los instrumentos de corrección. También tiene como objetivo determinar anualmente la destinación, los medios de transferencia y ejecución, el monto de los recursos y las entidades responsables, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 4635, para efectos de materializar las medidas de atención, asistencia y reparación integral contempladas en el presente decreto.

A modo de conclusión de este balance institucional, cabe advertir sin embargo que esta importante prescripción aún no ha sido implementada, pues ni el Conpes 3712, relativo al plan de financiación para la sostenibilidad de la Ley 1448 de 2011, ni el Conpes 3726, que introduce los lineamientos, el plan de ejecución de metas, el presupuesto y el mecanismo de seguimiento para el plan nacional de atención y reparación integral a las víctimas, integran este trascendental título.

El Conpes 3726 presenta una estimación de los costos del Plan de Financiación de la Ley 1448 de 2011 para grupos étnicos sobre la base del Registro Único de Población Desplazada, según el cual del total de población en situación de desplazamiento registrada el 9,6 % eran afrocolombianos. Esta caracterización es a todas luces inadecuada, ya que mientras la Comisión de

---

157 Decreto ley 4635, artículo 143, parágrafo 1.

158 Decreto Ley 4635, artículo 143, parágrafo 2.

Seguimiento refiere la cifra del 22,5 %, el RUPD presentó el 9,6 %. Esto refleja el desconocimiento del problema de subregistro de la población afrocolombiana, tal como lo enunció la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009. De igual modo, y como lo reconoce el documento Conpes, la caracterización tampoco refleja hechos victimizantes distintos al desplazamiento forzado. En consecuencia, el presupuesto destinado para la atención y reparación a víctimas de grupos étnicos es insuficiente y no es proporcional al número de víctimas, ni al impacto de los daños.

Es de anotar que en el cumplimiento efectivo del artículo 154 del Decreto Ley 4635 de 2011 podría estar la clave para reorientar la política de atención y reparación integral a las víctimas afrocolombianas y, con ello, establecer las bases para la garantía del goce efectivo de los derechos de las víctimas del pueblo y las comunidades afrocolombianas. De este modo se comenzaría a saldar la deuda histórica del Estado colombiano con este pueblo y sus comunidades.

En la Figura 1 presentamos una mapa con las modificaciones institucionales en el Snariv integradas por el Decreto Ley 4635 de 2011.

### ***El decreto ley 4635 y la participación de las víctimas***

Aunque la participación de las víctimas afrocolombianas y sus representantes es un componente central para garantizar un verdadero enfoque étnico-diferencial en la política de atención y reparación integral, al analizar los avances integrados por el Decreto Ley 4635 relativos a la *participación de las víctimas* los resultados no son más alentadores que los arriba presentados en torno al marco de institucionalidad.

En efecto, el Decreto Ley 4635 tan solo se limita a señalar, en el artículo 151, que, en el marco de las *mesas de víctimas*, “se garantizará la participación oportuna y efectiva de las organizaciones de las comunidades, en los espacios de diseño, implementación, ejecución y evaluación de la política a nivel nacional, departamental, municipal y distrital”, y que,

para tal fin, las organizaciones de las comunidades podrán elegir participar en las Mesas de Víctimas (creadas por el artículo 193 de la Ley 1448 de 2011), en los niveles nacional, departamental y distrital o municipal, de acuerdo con la convocatoria que se haga por parte del Ministerio Público<sup>159</sup>.

Sin embargo, no precisa cuáles serán estas garantías. Únicamente indica que las organizaciones “podrán” decidir participar, sin definir los medios para que así lo decidan ni las garantías de que puedan hacerlo. Estos vacíos importantes deben ser llenados en la formulación del protocolo y reglamento de participación que se defina para la participación de las víctimas y sus representantes en los diferentes espacios. Es de anotar que la Resolución 388 del 10 de mayo de 2013 de la Uariv, por la cual se adopta el protocolo de participación efectiva de las víctimas del conflicto armado, no fue consultada con indígenas, afrocolombianos ni rom. Ante esta omisión estipuló:

las víctimas de pueblos indígenas, de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y de la colectividad rom, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT tendrán

---

159 Decreto Ley 4635 de 2011, artículo 151.



sus propios protocolos de participación en el marco de sus usos y costumbres. Protocolos derivados de los decretos ley 4633, 4634 y 4635 [sic] respectivamente<sup>160</sup>.

Y agrega que la Uariv, en un plazo máximo de diez meses, concertará los protocolos específicos de grupos étnicos con sus autoridades tradicionales. Es de señalar que, pasados seis meses de la promulgación de la Resolución 388, los protocolos en mención no han sido consultados con las víctimas afrocolombianas.

Con relación a los comités territoriales de justicia transicional, el Decreto Ley 4635, si bien precisa en el artículo 152 la participación de “un delegado de las comunidades del área de influencia”, quien tiene por función “promover la armonización de los programas de víctimas pertenecientes a las comunidades y las que no pertenecen a estas y participar en los procesos relacionados con la formulación de los PIRC”, más allá de señalar que será elegido por *las autoridades de la zona* no precisa las garantías ni los medios con los que contará este *representante* para cumplir con tan importantes objetivos.

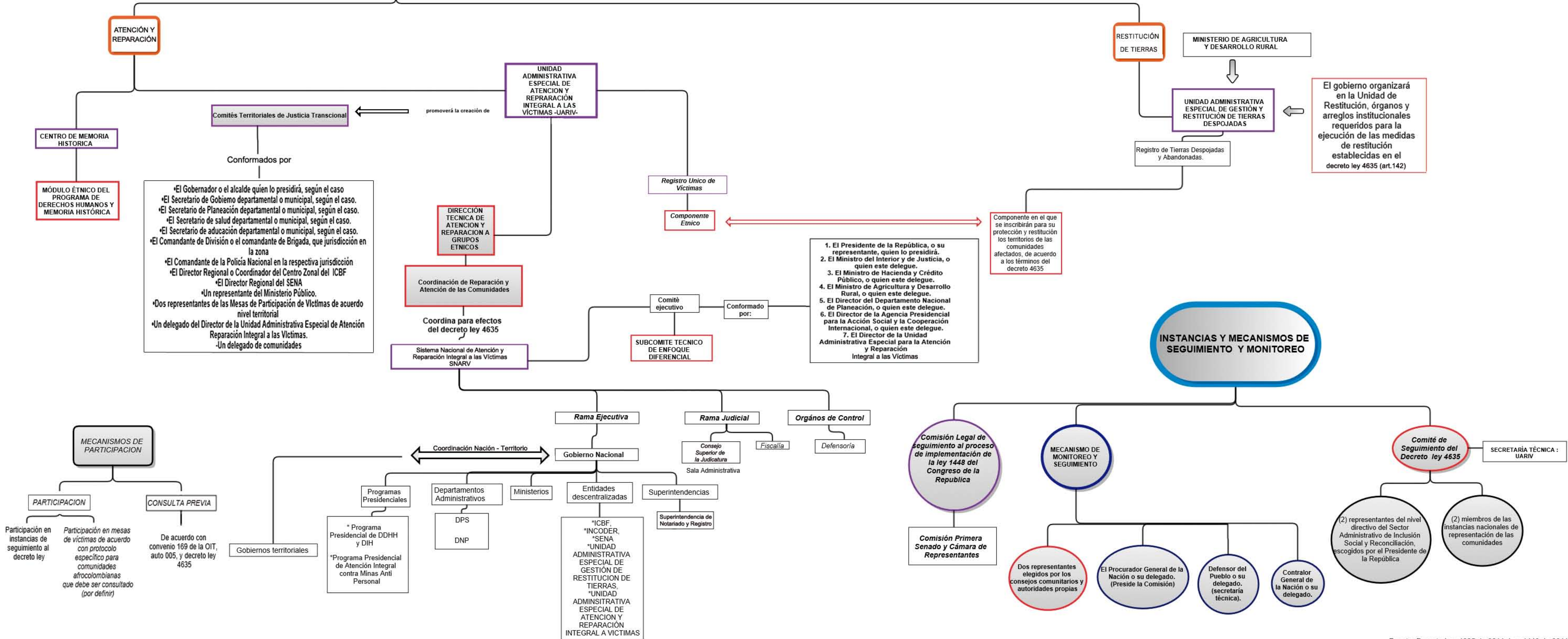
---

160 Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Resolución 388 de 2013. Diario Oficial No. 48.796 de 20 de mayo de 2013. Artículo 23.



**INSTITUCIONALIDAD DECRETO LEY 4635 DE 2011**  
Medidas de asistencia, atención, reparación integral de restitución de tierras a víctimas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras

□ Institucionalidad creada por la ley 1448  
□ Institucionalidad, programas y componentes creados por el decreto ley 4635









## **SEGUNDA PARTE**

**Desafíos en la implementación del Decreto Ley 4635**



Luego de analizar el proceso de construcción y el contenido del Decreto Ley 4635 de 2011, relativo a la consulta previa y los resultados alcanzados, la segunda parte de este trabajo se concentra en el análisis comparado en dos sentidos. En primer lugar, se realiza un análisis comparado entre el mecanismo de atención y reparación a víctimas afrocolombianas y el diseñado con el mismo objeto para los pueblos y comunidades indígenas, en aras de visibilizar las diferencias, tanto en el proceso de consulta como en los contenidos de los dos marcos legales. Ello permitirá evidenciar las divergencias entre los dos mecanismos en cuanto a escenarios de discusión, participación de comunidades y observancia de estándares del derecho a la consulta previa, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, al igual que contrastar sus contenidos respectivos. Es de anotar que el supuesto normativo de este análisis comparado es que el Convenio 169 implica que la acción de los Gobiernos en su aplicación supone asegurar a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional les otorga a los demás miembros de la población. Así mismo, exige ayudar a los miembros de estos pueblos a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre ellos y los demás integrantes de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y condiciones de vida. Es decir que, si el marco normativo para víctimas de pueblos y comunidades indígenas tuviera medidas favorables para las víctimas afrocolombianas, mientras se ajuste un marco normativo a sus particularidades, el Gobierno nacional podría aplicar, además del Decreto Ley 4635, otras disposiciones favorables del Decreto Ley 4633.

En segundo lugar, por cuanto la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas elaboró de manera autónoma una propuesta alternativa de decreto ley de víctimas, que presentó al Gobierno nacional, al Ministerio Público, a las organizaciones sociales y a la comunidad internacional, es fundamental presentar un marco comparativo general entre la propuesta en mención y los contenidos del Decreto Ley 4635.

Para contribuir a este esfuerzo, el capítulo final pondrá en consideración la necesidad de que la implementación del Decreto Ley 4635 de 2011 sea simultánea a la puesta en marcha de las órdenes de protección constitucional de los derechos de las víctimas afrodescendientes integradas en los autos 005 de 2009 y 092 de 2008 (Sentencia T-025 de 2004). Lo anterior bajo el presupuesto de que estos dos mecanismos, que deben ser implementados en todas sus dimensiones con la participación y consulta previa de las víctimas y sus representantes, no solo se complementan y se refuerzan mutuamente, sino que además su desarrollo adecuado es el eje central en procura del goce efectivo de los derechos de los pueblos y comunidades afrocolombianos.

Como lo señala el título de la segunda parte de este trabajo, su fin es identificar algunos de los desafíos para avanzar hacia la implementación efectiva del Decreto Ley 4635, en aras de promover la tan requerida atención y reparación integral a la prolongada crisis humanitaria de los afrodescendientes en Colombia, pues los pueblos y comunidades afrocolombianas “deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”<sup>161</sup>.

---

161 OIT, Convenio 169 de 1989, Art 3.

## CAPÍTULO I

### El Decreto Ley 4635 desde una perspectiva comparada

#### **A. Análisis comparado entre el Decreto Ley 4635 y el Decreto Ley 4633, “por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”**

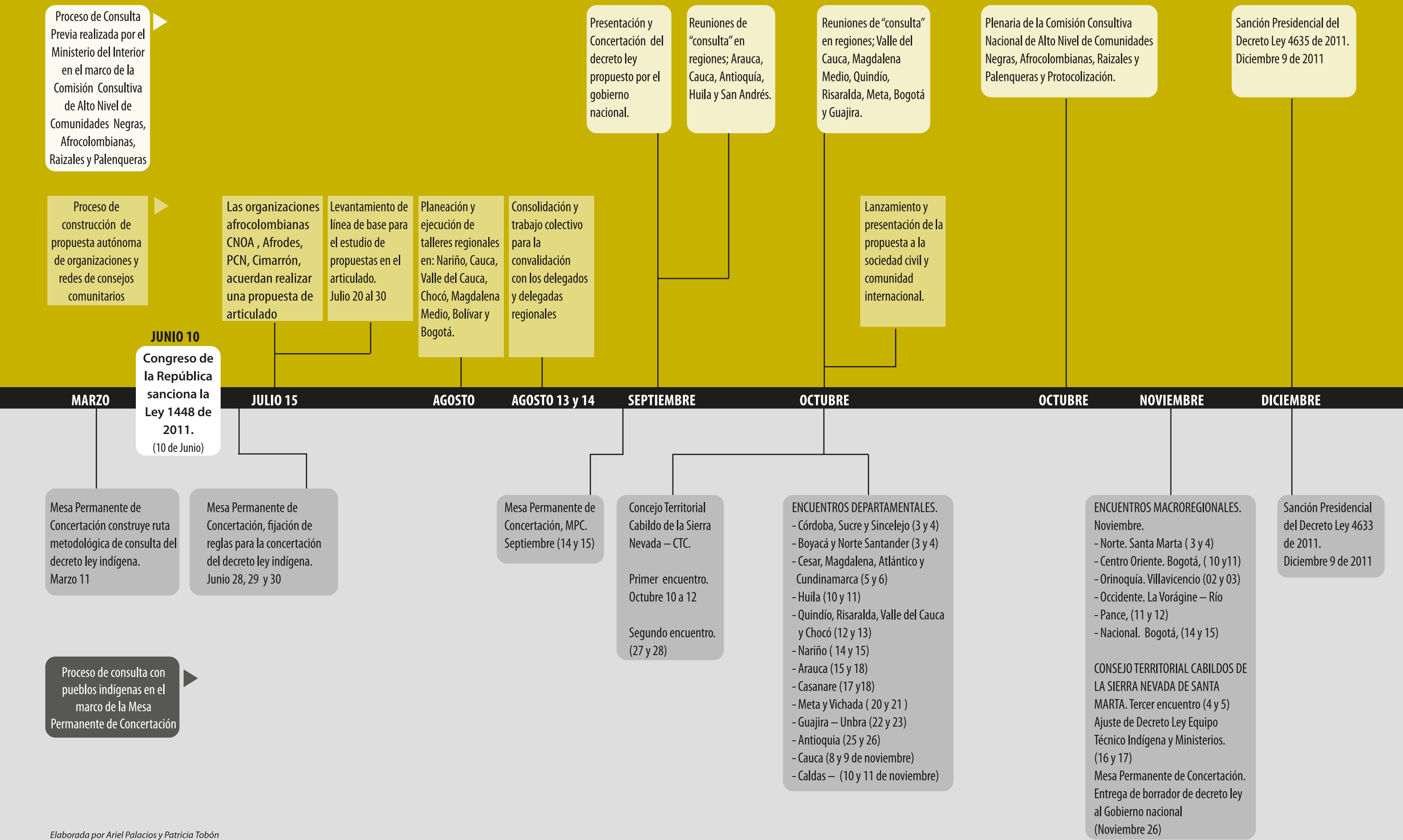
El hecho de que el proceso de consulta del Decreto Ley 4635 no fuera ajustado a los estándares internacionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional marcó diferencias sustanciales en sus contenidos y mecanismos, y los establecidos en el Decreto Ley 4633 para pueblos y comunidades indígenas. Como veremos, el Decreto Ley 4633 de 2011 dispone medidas más acordes con las particularidades de la crisis humanitaria de los pueblos indígenas, lo que supone la integración de una verdadera perspectiva de derechos con enfoque diferencial. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con el Decreto Ley 4635, cuyas medidas no se corresponden del todo con el impacto desproporcionado del conflicto armado sobre la población afrocolombiana. De esta manera, y con el objetivo de evidenciar las diferencias entre estos dos procesos, presentaremos una línea de tiempo (Figura 2) que pone de manifiesto el desarrollo de los procesos de consulta del decreto ley indígena y del proceso denominado consulta del decreto ley afrocolombiano.

Con respecto al proceso adelantado por el Gobierno nacional, en el marco de las disposiciones del artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, hay diferencias sustanciales desde el inicio del proceso. Mientras que la ruta metodológica de consulta del decreto ley indígena fue de conocimiento de las organizaciones indígenas de diferentes lugares del país y de organizaciones acompañantes, las fechas y lugares de realización de escenarios de “consulta” departamentales del decreto ley de víctimas para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras no han sido claros, ni en el momento del desarrollo del proceso de “consulta”, ni con posterioridad a este.

Aun una consulta excepcional como la que tuvo lugar para efectos de los decretos ley de atención, reparación y restitución de tierras a víctimas de grupos étnicos —ya que fue posterior a la radicación del proyecto de ley en el Congreso y solo contó con seis meses para llevar a cabo el proceso de consulta—, debe surtirse con arreglo a estándares del derecho a la consulta previa, de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. En el caso del decreto ley indígena, los titulares del derecho a la consulta tuvieron la oportunidad de conocer la medida en talleres de socialización departamentales, discutirla en escenarios de reflexión interna en sus pueblos, y llevar las inquietudes, objeciones, propuestas y sugerencias a las reuniones macrorregionales. Entre tanto, el decreto ley de víctimas de comunidades afrocolombianas no contó con convocatoria amplia, ni información clara y pertinente, ni con suficientes espacios de deliberación. A esto se suma el hecho de que fue consultado junto con otras medidas legislativas, lo cual no permitió a los participantes de los encuentros comprender el alcance de cada medida ni tener una participación significativa en la discusión de sus contenidos.



Figura 2. Desarrollo de los procesos de consulta del decreto ley indígena y del proceso de consulta del decreto ley afrocolombiano. 2011



En consecuencia, la manera como se desarrolló este proceso de consulta también tuvo implicaciones en el resultado final: el contenido de los decretos ley 4633 y 4635. Al respecto, cabe anotar que los decretos ley son normas de carácter autónomo con relación a la Ley 1448, así que la libertad de configuración del Gobierno nacional es plena, y las únicas restricciones son aquellas estipuladas en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia<sup>162</sup>. En consecuencia, las disposiciones del Decreto Ley de Víctimas y Restitución de Tierras para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras no tenían por qué estar sujetas a los contenidos generales de la Ley 1448. No obstante, el Decreto Ley 4635, en varias de sus disposiciones integra reiteradas remisiones a artículos de la Ley 1448 y fragmentos textuales de esta en varios otros. Este hecho contraviene el enfoque diferencial, por cuanto el sentido de los decretos ley —derivados del artículo 205 de la Ley 1448— es generar un marco normativo conforme a las especificidades de los grupos étnicos, pues la normatividad general para víctimas (Ley 1448) no recoge sus particularidades.

Así mismo, es fundamental tener en cuenta que se han presentado varias demandas a la Ley 1448, mientras otras están en proceso de elaboración, y que algunas de ellas han sido admitidas. Ello significa que algunos de los artículos de la Ley 1448 podrían ser declarados inexecutable por la Corte Constitucional, lo cual afectaría también algunos artículos del decreto ley, si estos siguen la redacción y/o el sentido de lo planteado en dicha ley.

Al respecto, cabe anotar que si bien el decreto ley indígena remite a algunos artículos específicos de la Ley 1448 e integra artículos de esta norma, también se aparta de ella y se enfoca en las especificidades de la atención, reparación y restitución de tierras para víctimas de pueblos indígenas. En ese sentido, el decreto ley indígena desarrolla con más detalle los daños, y las medidas de protección, atención y reparación. Entre tanto, el decreto ley de víctimas afrocolombianas, en buena parte de su articulado refiere acciones generales, que no necesariamente conducen a una inclusión efectiva del enfoque diferencial afrocolombiano.

En ese orden de ideas, el propósito de este acápite es presentar elementos comparativos de los contenidos de los decretos ley 4633 (“por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”) y 4635 (“por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”). Más que hacer un análisis exhaustivo de cada uno de los marcos normativos, se abordarán las similitudes y diferencias más significativas:

1). **Considerandos.** Los considerandos de los decretos ley tienen diferencias marcadas. Una de ellas consiste en que el Decreto Ley 4633 refiere que:

---

162 El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia establece que: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] Revestir, hasta por seis meses, al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”. Constitución Política de Colombia.(1991), art 150.

[...] la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas concertó una ruta metodológica excepcional y única para la consulta previa del desarrollo del artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, que consistió en la realización de 25 encuentros departamentales, 4 encuentros macrorregionales y un proceso autónomo, que contó con la participación de autoridades, organizaciones y víctimas de los pueblos indígenas.<sup>163</sup>

Por su parte, en el Decreto Ley 4635 se señala que este fue consultado de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, no menciona el número de encuentros realizados. Asimismo, indica:

Que en el diseño de un modelo comprensivo y holístico de justicia transicional, el Gobierno nacional consideró indispensable crear un mecanismo de reparaciones para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, no solo con el objetivo de materializar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, sino adicionalmente, en aras de reducir las desigualdades sociales existentes entre la sociedad colombiana y las víctimas del conflicto armado, para así cimentar el proceso de transición y reconciliación nacional, sobre bases sólidas de equidad e igualdad social.<sup>164</sup>

Esta mención no se corresponde con la realidad, pues el Gobierno nacional no cumplió con su obligación de consultar el proyecto de ley de víctimas y restitución de tierras, antes de su radicación en el Congreso. Por su parte, el Decreto Ley 4633 sí da cuenta de esta grave omisión al referir que:

[...] dado el interés de los pueblos indígenas en la expedición de una normatividad que beneficie a todas las víctimas de la nación, indígenas y no indígenas, pero de manera respetuosa del derecho fundamental a la consulta previa, propusieron al Gobierno nacional, en el marco de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, una alternativa única y excepcional que permitiera la continuación del trámite legislativo de dicho proyecto, pero garantizando simultáneamente la efectiva, pronta y consultada expedición de una normatividad diferenciada para pueblos indígenas<sup>165</sup>.

2) **Objeto y ámbito.** En lo atinente al objeto, los decretos ley también presentan diferencias. Mientras que el Decreto Ley 4633 tiene por objeto “generar el marco legal e institucional de la política pública de atención integral, *protección*, reparación integral y *restitución de derechos territoriales* para los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y a sus integrantes individualmente considerados” (el énfasis es nuestro), el Decreto Ley 4635 refiere que “tiene por objeto establecer el marco normativo e institucional de la atención, asistencia, reparación integral y restitución de tierras y de los derechos de las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”. Es así como el decreto ley indígena hace especial énfasis en las medidas de protección, además de las de atención y reparación. Entre tanto, el decreto ley para comunidades afrocolombianas no menciona en su objeto un marco de protección.

<sup>163</sup> Decreto Ley 4633 de 2011, Considerandos.

<sup>164</sup> Decreto Ley 4635. Considerandos.

<sup>165</sup> Decreto Ley 4633. Considerandos.

Posteriormente, en cuanto al ámbito de aplicación, el Decreto Ley 4635 regula lo concerniente a “*prevención, atención, asistencia, reparación de las víctimas, restitución de tierras y territorios*” (el énfasis es nuestro). De esta manera introduce el elemento de prevención, el cual debería verse reflejado en el articulado del decreto como parte integral del marco legal de la política pública.

3) **Definición de víctima.** Entre ambos decretos ley hay una diferencia fundamental en la definición de víctima. El Decreto Ley 4635 toma la definición de víctima de la Ley 1448, según la cual los miembros de los grupos armados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en que se hayan desvinculado siendo menores de edad.

Entre tanto, el decreto ley indígena señala que los niños, niñas y adolescentes de pueblos indígenas vinculados a actores armados son víctimas, y que la comunidad también lo es, en tanto los pueblos y comunidades indígenas son víctimas de reclutamiento forzado, lo cual ha afectado su integridad cultural, y en esa medida deben ser reparados colectivamente. De igual modo, el Decreto Ley 4633 se aparta de lo estipulado en la Ley 1448, ya que se refiere al territorio como víctima, lo cual refleja el estrecho vínculo de las comunidades con sus territorios, y una visión propia de derechos.

Asimismo, el decreto ley 4635 plantea una visión restrictiva en el caso de víctimas individuales y retoma la definición que establece la Ley 1448, de suerte que ambos marcos normativos (DL 4635 y ley 1448) plantean que:

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida<sup>166</sup>. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.<sup>167</sup>

El Decreto Ley 4635 reconoce la familia extensa y las formas de parentesco definidas de acuerdo con patrones culturales únicamente para efectos de la reparación colectiva, mientras que en la reparación individual se centra en la visión de la familia nuclear occidental, contenida en la Ley 1448. Con respecto a lo anterior, es pertinente resaltar la importancia de que un decreto ley con enfoque diferencial reconozca las formas de parentesco propias de los grupos étnicos, ya que, en el caso de comunidades, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el papel de las mujeres (madres, hermanas, tías, abuelas) en las familias es fundamental, por cuanto es la mujer quien preserva y organiza las relaciones de parentesco. Por ello, aun en el caso de víctimas individuales, estas particularidades étnico-culturales deben considerarse.

Finalmente es de destacar que el Decreto Ley 4633 (art. 3, párrafo tercero) estipula que el marco normativo en mención “se aplicará sin desmedro de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad<sup>168</sup>”.

166 Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado señalando que: “afectaría el derecho a la igualdad y los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que el legislador tuviera como perjudicado del delito sólo a un grupo de familiares y sólo por ciertos delitos, sin atender a que en muchos casos el grado de consanguinidad deja de ser el factor más importante para definir la magnitud del daño causado y la muerte o la desaparición no son los únicos aspectos relevantes para identificar a las víctimas de grupos armados ilegales” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-052 de 2012. M.p Nilson Pinilla. (Bogotá, 8 de febrero de 2012)

167 Ley 1448 de 2011. Decreto ley 4635 de 2011. Artículo 3

168 De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, “se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un

4) **Daños.** La definición de daños del Decreto Ley 4635 hace parte del capítulo de definiciones generales. Entre tanto, el Decreto Ley 4633 dedica un título específico a daños y afectaciones, los cuales se muestran en la figura 3.

**Figura 3. Daños: Decretos Ley 4633 y 4635**

| <b>Daños Decreto Ley 4635<br/>(Artículos 6 a 10)</b>                                                                                                                                                                                                            | <b>Daños Decreto Ley 4633<br/>(Artículos 41 a 53)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Daño colectivo</li> <li>• Daño individual con efectos étnico colectivos</li> <li>• Daño a la integridad cultural</li> <li>• Daño ambiental y teritorial</li> <li>• Daño por racismo y discriminación racial</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Daño colectivo</li> <li>• Daño individual</li> <li>• Daño individual con efectos colectivos</li> <li>• Daño a la integridad cultural</li> <li>• Daño al territorio</li> <li>• Daño a la integridad política y organizativa</li> <li>• Daño a mujeres indígenas</li> <li>• Daño a hombres y mujeres indígenas mayores</li> <li>• Daño a los derechos de los niños, niñas y jóvenes indígenas como consecuencia directa del conflicto armado</li> <li>• Daño a personas de especial protección</li> </ul> |

Elaboración Propia. Fuente: Decretos ley 4633 y 4635 de 2011.

Tal como se muestra en la figura anterior, la definición de daños del decreto ley de víctimas indígenas es más amplia que la establecida en el Decreto Ley 4635. Así mismo, esta definición evidencia en este último un tratamiento superficial del enfoque diferencial (género, etario, personas en condición de discapacidad) dentro de las comunidades afrocolombianas. Si bien en el artículo 11 de esta norma reconoce en las comunidades “hay personas que debido a su orientación sexual, género, edad y discapacidad física, sensorial o psíquica deben recibir un tratamiento especial y preferencial que deberá tener en cuenta su especial necesidad de protección”, no aborda la especificidad del daño para cada uno de los grupos de especial protección constitucional, como sí lo hace el decreto ley indígena<sup>169</sup>. El impacto diferencial y desproporcionado sobre niños, niñas y jó-

ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, art 7.

<sup>169</sup> El Decreto Ley 4633, en el título II, capítulo II, “Aplicación del enfoque diferencial al interior de los pueblos indígenas”, incluye 7 artículos (del 47 al 53) referentes a los sujetos de especial protección constitucional en los pueblos indígenas.

venes, mujeres, y personas en condición de discapacidad, que hace parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025<sup>170</sup>, no ha sido observado ampliamente en este decreto ley. Y aunque el marco jurídico para la atención y reparación integral de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras dispone de artículos referidos a sujetos de especial protección (artículos 11 y 32), no es suficiente enunciar que tendrán prioridad en la prevención, atención, asistencia y reparación, pues adicionalmente es necesario visibilizar las afectaciones diferenciales, los daños específicos a mujeres, niños y niñas, y, en correspondencia con ello, establecer medidas de protección y reparación específicas, tal como está contemplado en el Decreto Ley 4633.

De igual modo, es de destacar en el Decreto Ley 4635, el daño por racismo y discriminación racial, cuyo reconocimiento es esencial dada la discriminación estructural de la que han sido víctimas los afrodescendientes, ya que es uno de los factores que inciden en el impacto desproporcionado del conflicto armado y el desplazamiento forzado sobre esta población.

Sin embargo, más allá del reconocimiento formal, es un reto identificar los daños por racismo y discriminación racial en el marco del Decreto Ley 4635, así como establecer los mecanismos para la reparación transformadora. Según Rodrigo Uprimny, la reparación transformadora es una mirada a las reparaciones,

[...] no solo como una forma de justicia correctiva, que busca enfrentar el sufrimiento ocasionado a las víctimas y a sus familiares por los hechos atroces, sino también como una oportunidad de impulsar una transformación democrática de las sociedades, a fin de superar situaciones de exclusión y desigualdad.<sup>171</sup>

La materialización de la reparación transformadora en un país como el nuestro, con inequidades persistentes, es fundamental, más aún en el caso de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, que por razones de discriminación histórica han sido invisibilizadas en el proceso de construcción de nación, y excluidas del acceso a los derechos. Esta realidad ha sido constatada por el PNUD, que en su reciente informe titulado “Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio” afirma:

No se comprueban avances significativos en la superación de brechas socioeconómicas entre la población afro y no étnica, las cuales, como lo manifiesta este estudio, tienden a mantenerse tanto en su magnitud, como en la persistencia de esta situación a través de los años.<sup>172</sup>

---

170 Auto 251 de 2008, “Protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado”; Auto 092 de 2008, “Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004”; Auto 006 de 2009, “Protección de las personas desplazadas, con discapacidad, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004”.

171 Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, eds. Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny Yepes (Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional; Unión Europea; DeJusticia, 2009), 24.

172 PNUD, “Los afrocolombianos frente a los objetivos de desarrollo del milenio”, 2.



A pesar de las condiciones de vulnerabilidad y discriminación que afectan a la población afrocolombiana, el Decreto Ley 4635 menciona la reparación transformadora como elemento del derecho de las víctimas a la reparación integral (artículo 38), y en ese sentido dice: “Las víctimas a las que se refiere el artículo 3.o del presente decreto, tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, *transformadora*, diferenciada y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de los hechos victimizantes”<sup>173</sup> (énfasis nuestro). No obstante, no presenta una definición explícita de reparación, como sí lo hace el Decreto Ley 4633 (artículo 28), el cual refiere que, en el principio de reparación transformadora:

El Estado garantizará la reparación integral para los pueblos indígenas con carácter transformador. La reparación integral, en tanto transformadora, no se limita al resarcimiento del daño material y espiritual, o al restablecimiento de la situación anterior al hecho victimizante, sino que también se verá complementada por acciones que contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes<sup>174</sup>.

De igual modo, es fundamental que la institucionalidad encargada de la atención, protección y reparación a víctimas afrocolombianas tenga en cuenta el principio mencionado, así como el “Marco de soluciones duraderas” de Naciones Unidas, el cual establece que:

[...] las soluciones duraderas<sup>175</sup> deben restablecer los derechos humanos de los desplazados internos que se han visto afectados por su desplazamiento; entre otros, el derecho a la seguridad, a la propiedad, a la vivienda, a la educación, a la salud y a los medios de subsistencia. Para lograrlo, es posible que se deba hacer valer el derecho a la reparación, a la justicia, a la verdad, y a la *rectificación de injusticias anteriores mediante una justicia de transición u otras medidas apropiadas*. (El énfasis es nuestro)

En consecuencia, la acción coordinada y sistemática del Gobierno para la protección de la población afrocolombiana, lo cual incluye el efectivo funcionamiento del SNARV para el decreto ley de víctimas afrocolombianas, será de vital importancia para que las medidas de atención se orienten hacia la garantía de soluciones duraderas con enfoque diferencial y medidas de reparación con carácter transformador.

**5) Medidas de atención, protección y reparación integral a mujeres.** Es de señalar la importancia de reconocer los daños a mujeres afrocolombianas, así como las medidas de protección y reparación específicas para ellas, dado que el impacto desproporcionado del conflicto armado sobre las mujeres, y en particular sobre las afrocolombianas, fue advertido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-025 de 2004, y particularmente, en el Auto 092 de 2008. En la providencia en mención, el Alto Tribunal cita un informe de la CIDH, el cual señala que:

173 Decreto Ley 4635, artículo 38.

174 Decreto Ley 4633, artículo 28.

175 Según el “Marco de soluciones duraderas”: “Una solución duradera se logra cuando los desplazados internos dejan de necesitar asistencia o protección específicas vinculadas con su situación de desplazamiento y pueden disfrutar de sus derechos humanos sin ser discriminados por esa condición”. KÄLIN, W. “Marco de soluciones duraderas” (2010). Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos. Asamblea general de las Naciones Unidas.



la situación de las mujeres indígenas y afrocolombianas es particularmente crítica al ser víctimas de múltiples formas de discriminación por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres, situación que se agrava dentro del ámbito del conflicto armado. Enfrentan dos estratos de discriminación desde que nacen: el primero por pertenecer a su grupo racial y étnico y el segundo por su sexo. Al estar expuestas históricamente a dos formas de discriminación, son doblemente vulnerables a ser abusadas y victimizadas por los grupos armados en su lucha por controlar recursos y territorios. Según ya se ha señalado, los actores armados explotan y manipulan factores de desventaja social en determinados grupos como estrategia de guerra y en el caso de las mujeres indígenas y afrocolombianas, hay más de un factor de vulnerabilidad que pueden abusar.<sup>176</sup>

Es así como, en el contexto del conflicto armado, muchas mujeres afrocolombianas han asumido el liderazgo de procesos de exigibilidad de derechos de las víctimas, sin contar con medidas de protección con enfoque diferencial acordes con su nivel de riesgo.

En esa perspectiva, el Decreto Ley 4635, en articulación con otros marcos normativos, debe asumir la labor de atender y reparar a las víctimas de violencia sexual, delito cuyos niveles de impunidad son bastante altos, lo cual se debe, entre otros, a los bajos niveles de denuncia, lo que a su vez se explica, entre otros factores, por: 1) las amenazas a mujeres que generan temor a denunciar; 2) las barreras institucionales y de acceso a la justicia; 3) la persistencia de patrones de discriminación que tienen como consecuencia la revictimización de las mujeres; varias de las mujeres víctimas han señalado que, al momento de hacer una denuncia por violencia sexual, algunos funcionarios a cargo o miembros de la fuerza pública justifican la agresión “porque las mujeres se lo buscan”, lo cual tiene agravantes en el caso de mujeres afrocolombianas, debido a que:

La comprensión de las violencias sexuales contra las mujeres afrocolombianas necesariamente debe reconocer los factores de orden estructural que las originaron y las continúan causando. Específicamente, la experiencia de la esclavitud implicó la adopción de un conjunto de violencias que consolidaron la representación de la mujer afrodescendiente como “objeto sexual”. Una representación que permanece hasta nuestros días y que en nuestra experiencia cotidiana, en especial en contextos del conflicto armado actual, constatamos dolorosamente<sup>177</sup>.

Ello, evidencia que la situación de las mujeres afrocolombianas es particularmente crítica por la múltiple discriminación de la que son víctimas. El Decreto Ley 4635 hace mención a medidas para mujeres afrocolombianas en los artículos 33 (principios de la prueba en casos de violencia sexual), 53 (criterios y elementos para la revisión e implementación de programas de protección), 55 (servicios de asistencia en salud), 60 (medidas de restitución en materia de vivienda), 77 (objetivos del PIRC), 87 (acompañamiento psicosocial), 88 (módulo étnico del programa de atención psicosocial y salud integral), 99, numeral s (garantías de no repetición). Sin embargo, no presenta un reconocimiento expreso y amplio de daños específicos y medidas de protección para mujeres,

<sup>176</sup> CIDH, citada en Auto 092 de 2009. III. 1,9.

<sup>177</sup> Afrodes, Global Rights. Vidas ante la Adversidad. Informe sobre la situación de derechos humanos de las mujeres afrocolombianas en situación de desplazamiento forzado. (Bogotá, 2008), 29.

como sí lo hace el decreto ley indígena que, más allá de mencionar a las mujeres en algunas medidas generales, contempla artículos y medidas específicas para mujeres indígenas en más de 10 artículos<sup>178</sup>. Por ejemplo, el artículo 16 del Decreto Ley 4633 establece: “Las mujeres indígenas son personas de especial reconocimiento y protección y en razón a ello gozarán de medidas específicas de reparación individual y colectiva que partan del reconocimiento de su importancia para la permanencia y pervivencia de los pueblos indígenas”<sup>179</sup>.

De lo anterior se deriva que el Decreto Ley 4635 de 2011 presenta uno de los vacíos estructurales más graves y preocupantes, en especial si se tiene en cuenta que del total de población afrocolombiana desplazada, más del cincuenta por ciento son mujeres<sup>180</sup>, y que ellas son afectadas por diferentes formas de discriminación que las hacen más vulnerables en términos de la protección jurídica de sus tierras y territorios, al igual que de los daños y las violaciones de los derechos perpetradas en su contra.

Entonces, para la puesta en marcha de las medidas de atención y reparación integral en el marco del Decreto Ley 4635, incluida la restitución, será central que se incorpore un enfoque de género al momento de diseñar, implementar, seguir y evaluar todas las medidas a adoptar, garantizando que sean tomadas en cuenta las particularidades de las mujeres afrocolombianas y adoptando una visión integral de derechos. En particular, en este marco de justicia transicional se debe tener en cuenta las limitaciones y necesidades de las mujeres afrocolombianas al intentar acceder a las instancias de protección judicial y atención. La política de atención a las mujeres afrocolombianas víctimas debe también atender de forma diferencial los daños perpetrados en su contra en el marco de múltiples violencias de género y violencia sexual. En el desarrollo de todas las medidas del Decreto Ley 4635 de 2011, y en la aplicación concurrente de los autos 092 de 2008, 098 de 2013<sup>181</sup> y 005 de 2009, se debe garantizar a las mujeres afrocolombianas una participación efectiva.

178 Artículos del Decreto Ley 4633 que contemplan medidas para mujeres indígenas: art. 12, “Reconocimiento y violación de daños y violaciones históricas”; art. 15, “Personas de especial reconocimiento y protección”; art. 16, “Mujeres indígenas”; art. 23, “Coordinación con autoridades indígenas”; art. 49, “Daños a mujeres indígenas”; art. 50, “Daños a hombres y mujeres indígenas mayores”; art. 67, “Medidas de protección especial contra vulneración de derechos fundamentales de mujeres indígenas en situación de desplazamiento forzado”; art. 68, “Medidas de protección especial contra la vulneración de las mujeres indígenas en sus territorios”; art. 77, “Servicios de asistencia en salud” (numeral 9); art. 96, “Atención humanitaria de transición” (numeral 6); art. 120, “Satisfacción” (numerales n, o y p); art. 122, “Deber de recordar”; art. 128, “Reparación de la violación del derecho a la integridad cultural”; art. 133, “Definición del Plan Integral de Reparaciones Colectivas para Pueblos y Comunidades Indígenas”; art. 137, “Objetivos del Plan Integral de Reparaciones Colectivas para Pueblos y Comunidades Indígenas”. De igual modo, el artículo 19 del Decreto Ley 4633, si bien se refiere a principios de la prueba en casos de violencia sexual y no hace mención explícita a las mujeres indígenas, es fundamental debido a los altos niveles de victimización de las mujeres indígenas y los bajos niveles de denuncia.

179 Decreto Ley 4633, Art 16.

180 De la población afrocolombiana inscrita en el RUPD, el 52,1 % son mujeres, mientras el porcentaje de mujeres afrocolombianas en el caso de los No Inscrito en el RUPD es del 51,7%. III Encuesta Nacional de Verificación,. Comisión de Seguimiento,. Superar la Exclusión. (2010), 169.

181 El auto 098 de 2013, Por medio del cual se hace seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional, en materia de prevención y protección de los derechos a la vida, integridad y seguridad personal de las mujeres líderes desplazadas y de las mujeres que, desde sus organizaciones, trabajan a favor de la población desplazada por el conflicto armado, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y a los autos 200 de 2007 y 092 de 2008. Corte Constitucional. Auto 098 de 2013. M. P Luis Ernesto Vargas (Bogotá, 21 de mayo de 2013).

De manera similar, las medidas a adoptar deben integrar un enfoque etario sensible a las particularidades de adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, que atienda específicamente los daños desproporcionados por el reclutamiento y los daños diferenciales que el conflicto armado ha generado sobre ellos.

6) **Medidas de protección.** El título II del Decreto Ley 4635 (sobre afrocolombianos) y el título III del Decreto Ley 4633 (sobre indígenas) abordan las medidas de protección. Al compararlos, es evidente la diferencia en cuanto al alcance y la dimensión de las medidas. Mientras que el título III del Decreto Ley 4633 se denomina “de la protección de los pueblos indígenas en el marco del conflicto armado interno y otras formas de violencia sistemática”, el título II del Decreto Ley 4635 es “de la protección de las *comunidades en situación de riesgo extraordinario o extremo en el marco del conflicto armado interno*” (el énfasis es nuestro). En ese orden de ideas, el Decreto Ley 4633, en cuanto al alcance de las medidas de protección, señala que el “Estado garantiza la protección de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva e individual con el fin de detener los factores subyacentes y vinculados al conflicto armado”<sup>182</sup>. De este modo, las medidas de protección se desarrollan de manera más amplia que en el Decreto Ley 4635 y se corresponden con las realidades de los pueblos indígenas en el marco del conflicto armado y los factores estructurales asociados al mismo.

El Decreto Ley 4635 tiene tan solo tres artículos atinentes a medidas de protección a comunidades (46, 47 y 49), en contraste con los diecisiete artículos (54 a 71) que contiene el Decreto Ley 4633 al respecto. La Tabla 2 muestra las medidas de protección que esta norma contempla para pueblos indígenas.

De otro lado, el Decreto Ley 4635 plantea medidas y criterios de protección generales, buena parte de los cuales son tomados de la Ley 1448, sin tener en cuenta las particularidades y afectaciones diferenciales de las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, ni sus necesidades específicas en materia de protección. Al respecto, el Decreto Ley 4635 establece las siguientes medidas: protección del derecho a la autonomía en el marco del conflicto armado; medidas especiales de protección de derechos a la vida, la seguridad, la libertad y la integridad para las comunidades en situación de riesgo extraordinario o extremo; criterios y elementos para la revisión de programas de protección integral.

A pesar de que las violaciones a los derechos humanos y el DIH en el marco del conflicto armado, y sus factores vinculados y subyacentes, han impactado de manera desproporcionada a las comunidades afrocolombianas y a sus miembros individualmente considerados, y de la evidente intensificación del conflicto armado en el Pacífico colombiano, el Decreto Ley 4635 es tímido al plantear medidas de protección claras y específicas que se correspondan con los riesgos que corren colectivos e individuos de comunidades afrocolombianas desde un enfoque diferencial y de derechos.

---

182 Decreto Ley 4633. Artículo 55.

**Tabla 2 Medidas de protección para pueblos indígenas (Decreto Ley 4633)**

| Dimensiones de la protección                                                | Medidas de protección                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-----------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medidas de protección colectiva a los pueblos indígenas (artículos 56 a 64) | Medidas de protección al territorio y derechos territoriales; medidas de protección a la autonomía; sistemas de protección propios; planes de protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de los pueblos y comunidades indígenas en situación de riesgo extraordinario o extremo.                                                                                                                      |
| Medidas de protección individual (artículos 65 a 69)                        | Medidas de protección especial contra la vulneración de derechos de niños y niñas indígenas, medidas de protección contra el reclutamiento de jóvenes, medidas de protección especial contra la vulneración de derechos fundamentales de las mujeres indígenas en situación de desplazamiento forzado, medidas de protección especial contra la vulneración de las mujeres indígenas en sus territorios, medidas de protección judiciales. |
| Medidas de protección especiales (artículos 70 y 71)                        | Protección de territorios colectivos y derechos a la vida de los pueblos indígenas víctimas de minas antipersonales o municiones sin explotar (MAP/MUSE), medidas de protección para pueblos indígenas no contactados, en aislamiento voluntario o contacto inicial.                                                                                                                                                                       |

Elaboración Propia. Fuente: Decreto ley 4633 de 2011

7) **Asistencia, atención y ayuda humanitaria.** En materia de ayuda humanitaria, los dos marcos normativos en comparación establecen un plazo para que la Unidad Administrativa de Atención y Reparación Integral a Víctimas defina, en concertación con los escenarios de interlocución de los grupos étnicos, elementos de ayuda humanitaria (garantía del mínimo vital de las víctimas de desplazamiento forzado y confinamiento) pertinentes culturalmente. En el caso del Decreto Ley 4635, se establece un plazo de seis meses a partir de la expedición de esta norma (cumplidos el 9 de junio de 2012) para que la unidad de víctimas formule un protocolo de ayuda humanitaria. Entre tanto, el Decreto Ley 4633 determina un plazo de tres meses a partir de su expedición (cumplidos en marzo de 2012) para que el Gobierno nacional y la mesa de concertación formulen de manera concertada criterios de ayuda humanitaria. En este contexto es fundamental reiterar la importancia del cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025, en materia de coordinación nación-territorio para efectos de la atención a la población en situación de desplazamiento (Auto 383 de 2010, principalmente). Esto es reiterado por el Alto Tribunal en el Auto 099 de 2013 sobre ayuda humanitaria, en el cual ordena al Gobierno nacional y a los entes territoriales:

[...] que reglamenten el grado de corresponsabilidad entre la nación y las entidades territoriales por medio de reglas claras y precisas que permitan la aplicación de los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en materia de atención humanitaria inmediata o de urgencia y de transición.

y,

[...] a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que formule e implemente un protocolo para que la población desplazada/confinada tenga garantizado el acceso a la ayuda humanitaria de manera oportuna, completa y en términos de igualdad cuando se presenten circunstancias relacionadas con el conflicto armado que provoquen restricciones en su entrega, de tal manera que las autoridades cuenten con mecanismos y rutas definidas con antelación que les permita brindar una respuesta adecuada, oportuna y suficiente ante ese tipo de situaciones complejas.<sup>183</sup>

Esta providencia es fundamental, por las afectaciones producto del confinamiento en comunidades afrocolombianas identificados por la Corte Constitucional en el Auto 005, providencia en la cual ordenó al “Director de Acción Social que diseñe una estrategia que le permita adoptar en cada caso y de manera urgente, las medidas necesarias para garantizar que la población afrocolombiana confinada, reciba atención humanitaria de emergencia de manera integral, oportuna y completa, respetando los criterios de especificidad cultural aplicables”<sup>184</sup>. Sin embargo ello no ha tenido lugar, y aún no es de conocimiento público una ruta de atención a comunidades confinadas con enfoque diferencial, en los términos establecidos por el Alto Tribunal en el Auto 005.

Retomando esta perspectiva comparada, el Decreto Ley 4633 establece que, ante la ocurrencia de atentados terroristas o desplazamientos masivos, o cuando en un periodo de tiempo sucedan varios desplazamientos individuales, la autoridad indígena, junto con la alcaldía y el Ministerio Público, deberán elaborar un acta y un censo de las familias afectadas. Este será enviado por la alcaldía a la Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas para su inclusión en el registro (art 74). Dicha medida referente al censo colectivo en estos casos, no se contempla en el Decreto Ley 4635.

En cuanto a la atención humanitaria, el Decreto Ley 4635 señala que las medidas contempladas en este se complementarán “con la política pública de prevención y estabilización socioeconómica de la población desplazada, establecida en la Ley 387 de 1997”<sup>185</sup>. En este sentido, reiteramos la importancia de aplicar el marco de soluciones duraderas con enfoque diferencial para víctimas de desplazamiento forzado pertenecientes a grupos étnicos.

Respecto a medidas en materia de educación, el decreto ley indígena contempla tres artículos referidos a educación libre de discriminación; continuidad de procesos educativos propios para niños y niñas en situación de desplazamiento, en el marco del Sistema de Educación Indígena Propio; elementos de goce efectivo del derecho a la educación para niños y niñas víctimas

---

183 Corte Constitucional Auto 099 de 2013. M.P Luis Ernesto Vargas, (Bogotá, 21 de mayo de 2013)

184 Corte Constitucional de Colombia. Auto 005 de 2009. Orden séptima.

185 Decreto Ley 4635. Art 65

(acceso, gratuidad, permanencia, pertinencia); y acceso y medidas afirmativas en educación superior. Entre tanto, el Decreto Ley 4635 contempla un único artículo, el cual aborda la educación libre de discriminación, continuidad de procesos etnoeducativos, y acceso a educación superior. Sin embargo, no alude a medidas de goce efectivo del derecho a la educación para víctimas de comunidades afrocolombianas.

En lo atinente a asistencia en salud, los dos decretos ley contemplan las mismas medidas en consonancia con los artículos 52 a 58 de la Ley 1448 de 2011. Sin embargo, adicionalmente el Decreto Ley 4633 (indígena) establece la atención humanitaria en salud de carácter móvil a comunidades confinadas y desplazadas dentro de su territorio, así como el fortalecimiento de medicina tradicional.

El Decreto Ley 4635 incluye seis artículos en materia de vivienda (transcripción de los artículos 123 a 127 de la Ley 1448), los cuales hacen referencia al acceso preferente a subsidios de vivienda. Dicho acceso se contempla también el artículo 89 del Decreto Ley 4633 sobre vivienda urbana. No obstante, el hecho de que las medidas en materia de vivienda se centren en los subsidios es problemático, por un lado porque no incluye un enfoque diferencial para víctimas de grupos étnicos en la política de vivienda; y, por otro, porque inscribe a dichas víctimas en la política de vivienda para población desplazada, la cual ha sido objeto de críticas debido a sus fallas estructurales y al hecho de que no ha contribuido al goce efectivo de este derecho. Finalmente, mientras que el Decreto Ley 4633 incluye un artículo relativo a vivienda rural, el Decreto Ley 4635 no hace referencia a ello.

8) **Reparación integral.** Respecto a los planes integrales de reparación colectiva se plantean algunas medidas similares en los dos decretos ley. Sin embargo, las medidas de reparación en el decreto ley 4633 tienen mayor desarrollo y contenido desde la perspectiva étnico-cultural, igualmente, la articulación entre reparación individual y colectiva es explícita en el Decreto Ley 4633, lo que no sucede en el caso del decreto ley 4635.

Asimismo, el decreto ley indígena destina un capítulo específico atiente a reparación integral, el cual consta de seis artículos, los cuales establecen formas puntuales de reparación según la modalidad de violación (título V, capítulo III, Decreto ley 4633). En ese sentido define: medidas del plan integral de reparaciones colectivas, reparación integral a la violación al derecho a la integridad cultural, reparación al derecho a la vida y la integridad física, reparación a la violación del derecho a la existencia como pueblos por daños asociados a degradación ambiental y uso indebido de recursos naturales, medidas de reparación a la integridad política y organizativa, reparaciones a derechos a las personas indígenas víctimas de MAP/MUSE. Entre tanto, el Decreto Ley 4635 refiere medidas de reparación generales sin entrar en las especificidades de reparación según la modalidad de violación que contempla el decreto ley indígena. De igual modo, el Decreto Ley 4633 establece formas de participación en el marco de la consulta de los planes de reparación colectiva para las víctimas que se encuentren fuera de su territorio (dentro o fuera del país), medida no contemplada en el Decreto Ley 4635.

En cuanto a planes integrales de reparación colectiva, el Decreto Ley 4635 hace énfasis en la etapa de preconsulta y señala que Ministerio del Interior coordinará tanto la fase de preconsulta como la fase de consulta previa. También refiere la presencia de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría en procesos de consulta. Por último, determina que en caso de que las comunida-



des no lleguen a un acuerdo con el Gobierno en los procesos de consulta de los planes integrales de reparación, los espacios de consulta del orden nacional (Consultiva de Alto Nivel), tomarán la decisión final. Por su parte, el decreto ley indígena no menciona el ámbito de aplicación de los planes integrales de reparación colectiva, el objeto del mecanismo de consulta, ni la fase de pre-consulta, que sí están explícitos en el Decreto Ley 4635.

9) **Medidas de restitución de derechos territoriales.** Los textos no presentan diferencias sustanciales en la ruta y el procedimiento administrativo y judicial en materia de restitución. Sin embargo, la ruta de protección de derechos territoriales no está contemplada en el Decreto Ley 4635, lo cual es paradójico toda vez que la ruta étnica de protección de territorios es una de las órdenes de la Corte Constitucional en el Auto 005.

Cabe anotar que en el Decreto Ley 4635 es evidente la ausencia del reconocimiento a la territorialidad urbana, ya que buena parte de la población negra y afrocolombiana habita en las ciudades, por lo cual resulta fundamental que una norma de esta naturaleza reconozca y garantice las diferentes formas de territorialidad existentes en las comunidades afros. La Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas, en su plan estratégico 2008-2011, ha reconocido que “es necesario ampliar su concepción [la de territorios colectivos] para involucrar la territorialidad urbana y a todas las regiones y territorios donde vivimos afrocolombianos y afrocolombianas”<sup>186</sup>. En la medida en que en estos territorios urbanos se siguen desarrollando tradiciones culturales, normas de parentesco y filiación propias, deben contemplarse medidas específicas de reparación y restitución de derechos territoriales de quienes habitan en las ciudades.

No obstante, existe la creencia de que la población afrocolombiana pertenece a territorios rurales, y que su presencia en las ciudades es relativamente reciente. Ello se evidencia en que, a pesar de la presencia histórica de población afrocolombiana en las ciudades (Cartagena, Bogotá, Popayán, Cali, entre otras), solo hasta hace pocos años los gobiernos locales se han encaminado hacia la construcción de políticas públicas específicas para esta población. Las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras que habitan en las ciudades han sido víctimas, entre otras vulneraciones, de despojo de su vivienda urbana, pérdida que no se restituye con el acceso a un subsidio de vivienda.

Retomando los dos marcos normativos, estos contemplan un capítulo destinado a la resolución de controversias territoriales intra e interétnicas, en las cuales interviene el juez de restitución de tierras en el marco de los procesos en curso. Sin embargo, el Decreto Ley 4635 establece como mecanismo adicional la figura de un Consejo Interétnico de Conciliación y Justicia *ad hoc*, en caso de que la restitución de un territorio sea solicitada por varias comunidades.

Otra de las diferencias en esta materia tiene que ver con los plazos establecidos, ya que cada marco normativo plantea tiempos distintos tanto en el proceso administrativo, como en el proceso judicial de restitución (por ejemplo, mientras el decreto ley indígena en su artículo 160 establece un plazo de 60 días para presentar la demanda, el decreto ley 4635 establece que la unidad de Restitución y la Defensoría del Pueblo presentarán la demanda en un término de 60 días -art 124-).

10) **Seguimiento.** El Decreto Ley 4635 crea un comité de seguimiento de esta norma (art 153) conformado por dos representantes del nivel directivo del sector administrativo del sector

---

186 Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. Plan estratégico 2008-2011. (Bogotá, 2008).



inclusión social y reconciliación (escogidos por el presidente de la república, y 2 miembros de instancias nacionales de representación de las comunidades. Adicionalmente contempla un artículo concerniente al mecanismo de monitoreo para el decreto ley, el cual está conformado por la Comisión de Seguimiento a la Ley 1448 y adicionalmente por dos representantes elegidos por los consejos comunitarios y las autoridades propias.

Igualmente, el Decreto Ley 4633 plantea que el mecanismo de seguimiento y monitoreo está conformado por los órganos de control y dos miembros de la mesa permanente de concertación. Los dos mecanismos normativos determinan que, en casos en que la comisión evidencie la ocurrencia de un delito, compulsarán copias a la Fiscalía General de la Nación.

11) **Conpes.** El Decreto Ley 4633 refiere en algunos de sus artículos la disponibilidad de recursos financieros suficientes para la implementación de las medidas. Sin embargo, no hace alusión a una inclusión especial dentro del Conpes, como sí lo hace el Decreto Ley 4635. El artículo 154 del decreto ley de víctimas para comunidades afrocolombianas establece que el Conpes tendrá un título especial para comunidades, sin embargo esta inclusión en el Conpes no se hizo efectiva, como se ha referido en la primera parte de este documento.

12) **Institucionalidad.** En términos generales, los decretos ley 4633 y 4635 establecen un marco institucional similar, y en ese sentido incorporan algunos ajustes a la institucionalidad creada por la Ley 1448. Es así como los dos marcos normativos determinan la creación de una Dirección de Grupos Étnicos dentro de la UARIV, y que esta contará con coordinaciones específicas para cada grupo étnico, es decir, una Coordinación de Pueblos y Comunidades Indígenas para efectos del Decreto Ley 4633, y una Coordinación de Atención y Reparación de las Comunidades, en lo atinente al Decreto Ley 4635. Asimismo, los dos decretos ley crean el Subcomité Técnico de Enfoque Diferencial, dentro del Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación a Víctimas creado por la Ley 1448 de 2011.

Las diferencias encontradas entre ambos decretos en lo referente a la institucionalidad son las siguientes:

- i) El Decreto Ley 4633 (indígena) establece la creación de una Dirección de Asuntos Étnicos en la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras creada por la Ley 1448 y define que esta contará con una coordinadora de restitución de derechos territoriales de los pueblos y comunidades indígenas (artículo 179). También establece la participación de dos delegados de la Mesa Permanente de Concertación Indígena en el consejo directivo de esta entidad. Lo anterior no está contemplado en el Decreto Ley 4635, el cual refiere que el Gobierno nacional debe hacer ajustes institucionales para la implementación de las medidas de restitución establecidas en este marco normativo.
- ii) Mientras el Decreto Ley 4633 señala que los centros regionales de atención y reparación de la UARIV contarán con una oficina especializada de pueblos indígenas “que dominen las lenguas de los pueblos indígenas del área de influencia del centro y que tengan la capacidad de dar un trato y una respuesta adecuada e intercultural” (art. 176), el Decreto Ley 4635 menciona de manera general que las oficinas de los centros regionales “unificarán y reunirán toda la oferta institucional para la atención de las víctimas de las que trata el presente decreto” (art. 141).

iii) Finalmente, el decreto ley indígena establece la adecuación del Programa Presidencial para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, el cual deberá desarrollar una estrategia especial de acción contra minas antipersonales en territorios indígenas y adecuar sus sistemas de registro e información (artículo 177). Por su parte el decreto ley 4635, en el artículo referente a garantías de no repetición refiere el fortalecimiento técnicos de programas de desminado humanitario en territorios colectivos, sin embargo no propone una estrategia especial, ni adecuaciones que propone el decreto ley indígena.

## **B. Breve exposición comparativa entre el Decreto Ley 4635 y el Decreto Ley propuesto al Gobierno nacional por la Mesa de Nacional de Organizaciones Afrocolombianas**

El día 11 de octubre de 2011 la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas radicó ante el Gobierno nacional y el Ministerio Público su propuesta de decreto ley de víctimas y restitución de tierras para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Dicha propuesta se construyó a partir de la información recogida durante los talleres realizados en los meses de julio y agosto con víctimas afrodescendientes en distintos lugares del país. Antes de la radicación de la propuesta de la Mesa, la propuesta gubernamental de decreto ley era el único documento base de la concertación con la consultiva nacional.

El propósito de la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas era aportar una propuesta de decreto construida desde el pueblo afro, para que luego fuera concertada con el Gobierno y sometida al proceso de consulta previa, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Si bien el documento de decreto ley protocolizado con la Consultiva de Alto Nivel, recogió varios de los elementos propuestos por la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas, ello no podría asimilarse a un proceso de consulta, como lo referimos en la primera parte de este texto.

En este aparte, ofrecemos una breve reflexión con base en algunos elementos a partir de dos textos de decreto ley de víctimas y restitución de tierras para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras: el propuesto por la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas y el Decreto Ley 4635, expedido por el presidente de la República el día 9 de diciembre de 2011.

En el marco de esta reflexión, es importante enfatizar una diferencia trasversal y sustancial entre los documentos de decreto ley. Mientras que la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas hace referencia a *pueblos y comunidades* negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el Decreto Ley 4635 ya promulgado omite la referencia a *pueblos*, de manera que contemplan únicamente el concepto de *comunidades*.

El uso del término Pueblo, marca una diferencia en materia de reconocimiento de derechos: Los Pueblos tienen derecho a la autodeterminación y autonomía, y a todas las medidas y mecanismos de protección de derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT. Al respecto es de vital importancia señalar que la Corte Constitucional Colombiana y el Comité de Expertos (CEACR) de la OIT han referido que la definición de comunidad negra establecida por la Ley 70 coincide con la definición de Pueblos Tribales en el Convenio 169 de la OIT<sup>187</sup>.

<sup>187</sup> Auto 005 de 2009.

A continuación se presenta una breve exposición de algunas de las diferencias y similitudes más sustanciales entre los contenidos de la propuesta de decreto ley de víctimas de la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas y el Decreto Ley 4635.

- Definición de víctima. En el artículo 3 se presentan diferencias a este respecto entre los textos. La Mesa de Organizaciones Afrocolombianas reconoce que son “víctimas aquellas personas vinculadas con la víctima individual directa por relaciones de parentesco y filiación de acuerdo con los patrones culturales definidos autónomamente por los pueblos y comunidades negras”<sup>188</sup>, mientras que el Decreto Ley 4635 plantea una visión restrictiva en el caso de víctimas individuales y retoma la definición que establece la Ley 1448.
- Definiciones. Otra de las diferencias tiene que ver con la referencia al proceso de etnicidad en el decreto ley propuesto por la mesa, el cual es definido como  
[...] el proceso autónomo de reapropiación de la vida y la libertad de los pueblos y comunidades negras como sujeto colectivo. Dicho proceso está articulado por la apropiación y reapropiación territorial, la construcción y reconstrucción de relaciones familiares y sociales propias, el desarrollo de conocimiento autóctono en diversas áreas y diferentes aplicaciones, el uso de técnicas y materiales ancestrales para garantizar la supervivencia, así como el complejo de significaciones simbólicas que componen la cosmovisión de los pueblos y comunidades.<sup>189</sup>

La importancia de dicha definición radica en que este proceso ha sido interrumpido por el conflicto armado y debe ser parte fundamental de los planes de reparación. Sin embargo, no ha sido incluida de manera explícita en el Decreto Ley 4635.

- En el artículo referente a la indivisibilidad de derechos, el Decreto Ley 4635 retoma la definición propuesta en el texto de la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas, de manera que la siguiente definición es la misma en los textos:  
En la definición de las medidas de reparación integral, así como de las de prevención, asistencia y atención integral a las comunidades, las violaciones a todos los derechos individuales y colectivos se entenderán de manera interdependiente y se analizarán bajo la óptica de los daños causados a la integridad étnica y cultural.

Si bien este artículo se refiere a la indivisibilidad de derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la dispersión institucional ha conllevado una visión fragmentada de los derechos de los pueblos y comunidades afrocolombianos, que se subdividen de acuerdo con los ámbitos de competencia de cada entidad. Ello implica un ajuste de

---

188 Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. Propuesta de Decreto Ley para las víctimas afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, con ocasión de las facultades extraordinarias otorgadas en el Artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, Bogotá (2011) Artículo 3.

189 Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. Propuesta de Decreto Ley. (2011) artículo 6.

todas las entidades del Snariv, para adecuar sus políticas, planes, proyectos, rutas y procedimientos con enfoque diferencial para víctimas afrocolombianas.

- En materia de medidas de protección, el Decreto Ley 4635, destina el título II a las medidas de protección de las *comunidades en riesgo extraordinario o extremo en el marco del conflicto armado*. Dicho título contempla cuatro artículos: medidas de protección en el marco del conflicto armado; medidas especiales de protección de los derechos a la vida, la seguridad, la libertad y la integridad para las comunidades, en situación de riesgo extraordinario o extremo; faltas disciplinarias; y criterios y elementos para la revisión e implementación de los programas de protección integral. Por su parte, la propuesta de la Mesa de Organizaciones destina siete artículos a las medidas de protección, dentro del título referente a la “protección de los pueblos y comunidades negras en el marco del conflicto armado interno y otras formas de violencia sistemática”. De esta manera, a diferencia del Decreto Ley 4635, esta propuesta no restringe la protección a comunidades en riesgo extremo, y en ese orden de ideas plantea medidas de protección a bienes, territorios y recursos de las comunidades afrocolombianas desde una perspectiva de enfoque diferencial..
- Con respecto a los derechos territoriales, la Mesa de Organizaciones reitera en su propuesta la necesidad de incluir el saneamiento de tierras y territorios. Debido al carácter de los territorios de inalienables, imprescriptibles e inembargables, aunque procede la restitución, pues efectivamente fueron despojados y se requiere restablecer el uso y goce de los bienes, en realidad nunca se perdió la propiedad como tal. Según la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas, lo que se debe enfatizar es el saneamiento, ya que hay terceros (particulares, empresas) en el territorio que realizan diferentes actividades de aprovechamiento de los recursos naturales. Por lo anterior, podría hablarse de saneamiento para los territorios colectivos y restitución para las tierras usurpadas y despojadas. Con relación al artículo 116 de la propuesta de la Mesa, allí se consideró que la medida de extensión de los territorios debe tener presente que las áreas marítima y riberana donde se realizan prácticas tradicionales, artes, oficios y actividad económica también hacen parte del territorio por ocupación ancestral, aunque se encuentren reglamentados como pertenecientes a la nación, ya que cualquier afectación sobre estos genera impactos en la integridad cultural y el patrimonio, por cuanto la extracción de los recursos naturales también se realiza en estos territorios. Por esa razón, el equipo redactor del presente documento considera que este último criterio señalado respecto de las áreas marítimas y riberanas debe ser tomado en cuenta al aplicar las medidas correspondientes del Decreto Ley 4635 y toda otra acción estatal en estas materias.

### Aplicación concurrente: el Auto 005 y el decreto Ley 4635

Como se menciona en la introducción, la crítica situación humanitaria afrontada por las víctimas de los pueblos y comunidades afrocolombianos, al igual que sus precarias condiciones de vida, suponen que el Estado colombiano en su conjunto integre de manera prioritaria y efectiva un enfoque diferencial de respuesta a tan prolongada tragedia. Esto implica políticas y mecanismos específicos, a través de acciones urgentes, coordinadas y sistemáticas para la protección de derechos de quienes han sufrido este largo proceso de racismo, marginación y discriminación estructural, y los impactos desproporcionados del conflicto armado y el desplazamiento forzado<sup>190</sup>.

Como es de conocimiento público, la Corte Constitucional dio un importante paso al proferir el Auto 005 de enero de 2009 en el marco del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado en Colombia (Sentencia T-025 de 2004). En este documento reconocer que los derechos fundamentales de la población afrocolombiana están siendo masiva y continuamente desconocidos; que los problemas de desplazamiento, confinamiento, la discriminación y la marginación estructural de los afrocolombianos exigen del Estado una respuesta idónea y vigorosa. Por lo tanto, declaran que las autoridades colombianas están en la obligación de incorporar un enfoque integral diferencial de prevención, protección y atención que responda a la realidad de las comunidades afrocolombianas. En esta providencia, la Corte ordenó al Gobierno nacional el diseño e implementación de un plan general para la *prevención, protección y atención* de estas comunidades.

Nótese, sin embargo, que a pesar de la importancia del Auto 005 en el proceso de protección de los derechos fundamentales de las víctimas afrocolombianas, el Decreto Ley 4635 no hace ninguna mención explícita a esta providencia.

En este contexto, y en el marco del también prolongado incumplimiento institucional al Auto 005 de enero de 2009, el propósito de este capítulo será, por un lado, reiterar la vigencia de las órdenes de este auto, ya que, como Codhes ha constatado en su proceso de seguimiento, persiste el estado de cosas inconstitucional en esta materia; por lo tanto, también la obligación de las autoridades responsables en todos los niveles de garantizar su implementación efectiva. De otro lado, se busca mostrar que el Auto 005, al aplicarse de manera concurrente con el Decreto Ley 4635, puede aportar en la solución de fallas estructurales de esta normatividad y responder así a algunos de los desafíos antes evidenciados.

En síntesis, este capítulo se propone poner en evidencia que el Auto 005 de 2009 y el Decreto Ley 4635 son mecanismos que, si se aplican concurrentemente, se complementan y se refuerzan mutuamente en el objetivo de garantizar la prevención, atención, protección y reparación integral del pueblo afrocolombiano y el goce efectivo de todos sus derechos. Ello, aunque sean mecanismos de distinta naturaleza, ya que el Decreto *con fuerza de ley* 4635 “establece el marco

---

<sup>190</sup> Como señalamos también en la introducción, han pasado más de veinte años desde el reconocimiento constitucional de los afrodescendientes como uno de los grupos étnicos que integran el país (Constitución Política 1991, AT-55). Sin embargo, el mecanismo que se integró al ordenamiento jurídico colombiano para materializar ese cumplimiento, la Ley 70 de 1993, está en su mayor parte aún sin reglamentar y los afrodescendientes siguen exigiendo aún al Estado colombiano su efectivo cumplimiento.

normativo e institucional de la atención, asistencia, reparación integral y restitución de tierras y de los derechos de las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”<sup>191</sup>, dentro de un marco de justicia transicional. Entre tanto, el Auto 005 es una orden judicial que parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el proceso de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004.

Este capítulo se divide en dos secciones. La primera señala un conjunto de elementos centrales para que sean tenidos en cuenta en los procesos de implementación del Decreto Ley 4635 de 2011, los cuales fueron enunciados por la Corte Constitucional en la parte analítica del Auto 005. La segunda parte se centra en el contenido resolutivo del auto, con el propósito de señalar la completa pertinencia de las órdenes allí enunciadas para, por un lado, complementar y reforzar las medidas de prevención y atención enunciadas en el Decreto Ley 4635, y, por otro, garantizar la integralidad de la reparación pretendida por este mecanismo.

### **A. Auto 005 y Decreto Ley 4635: elementos generales para su articulación**

Como han referido a Codhes tanto organizaciones afrocolombianas como las mismas víctimas, sin duda alguna el paso más grande que ha dado el Estado colombiano en el reconocimiento de los afrodescendientes y sus derechos es la Ley 70 de 1993. Sin embargo, para muchos el Auto 005 de 2009 se configura como el avance estatal más importante en cuanto al reconocimiento de su aguda crisis humanitaria, por su historia, por el contexto actual, y también por la importante resistencia que ha emprendido su dinámico proceso organizativo en procura de la protección de sus territorios, comunidades y derechos. Es desde esta perspectiva que tanto la Ley 70 de 1993 como el Auto 005 de 2009 deben entenderse como el tardío comienzo del pago de una deuda histórica del Estado colombiano con los afrodescendientes, quienes han aportado a la construcción de nación; sin embargo, sus aportes han sido invisibilizados. En este contexto debe comprenderse también que la no implementación y el incumplimiento de la Ley 70, el Auto 005 y el Convenio 169 de la OIT son lamentables pruebas de la persistencia del racismo y la discriminación estructural de la que han sido y siguen siendo víctimas los afrodescendientes en Colombia.

La Corte Constitucional, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004, adoptó en enero de 2009 el Auto 005 luego de haber convocado una sesión de información técnica en octubre de 2007, que contó con la participación de voceros y voceras de las organizaciones afrocolombianas<sup>192</sup>, entre ellos líderes y lideresas de la po-

---

191 Decreto Ley 4635, artículo 1.

192 Entre las organizaciones reconocidas en el Auto 005 se encuentran: Afrodes; Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA); Proceso de Comunidades Negras (PCN); Asomujer y Trabajo; Cimarrón; Coopdicón; Fundación Colombia Pacífico; Coordinación de Consejos Comunitarios del Pacífico Sur (Codicons); Asociación de Desplazados Afrocolombianos del Chocó (Adacho); Comité de Desplazados Gestión y Veeduría (Codegeved) del departamento de Chocó; Fundación Arte y Cultura del Pacífico (FUNDARTECP); Red de Consejos Comunitarios del Pacífico Sur (Recompas); ASOCOETNAR; Consejo Mayor del Charco; Consejo Comunitario Unión y Lucha (río Tapaje); Consejo Comunitario Mayor del Medio Atrato (Cocomacia); Red Juvenil Afrocolombiana de Liderazgo (Rejal); Asociación de Comunidades del Bajo Atrato (Ascoba); y Comunidades de Paz de San José de Apartadó.



blación desplazada, luego de hacer un análisis minucioso y detallado de la situación humanitaria de los afrodescendientes.

Esta sección presenta algunos de los componentes analíticos valorados por la Corte Constitucional que sin duda deben tenerse en cuenta en el proceso de implementación de las medidas de atención y reparación integrados en el Decreto Ley 4635.

El primer elemento es el *carácter de sujetos de especial protección constitucional de la población afrocolombiana y la obligación de las autoridades del Estado de incorporar un enfoque diferencial sensible a sus características especiales*. En efecto, la Corte Constitucional reiteró en el Auto 005 la advertencia hecha en la Sentencia T-025, la cual refiere que las personas desplazadas por el conflicto armado quedaban expuestas a un mayor grado de vulnerabilidad, y que por lo mismo requerían una especial atención de las autoridades y un tratamiento particular por parte del Estado. En esta sentencia la Corte manifestó, además, que una de las falencias centrales de la política para proteger a la población desplazada implementada en el país era que no habían sido reglamentadas políticas que facilitaran el acceso a la oferta institucional a los grupos desplazados con mayor vulnerabilidad, tales como los grupos étnicos, entre ellos los afrocolombianos, y que los sistemas de registro tampoco habían sido sensibles a la identificación de sus necesidades específicas.

En el Auto 005, la Corte constató el impacto desproporcionado del conflicto armado y el desplazamiento forzado sobre la población afrocolombiana y sus factores subyacentes y vinculados. Así mismo, reiteró el carácter de sujetos de especial protección constitucional de la población afrodescendiente, y en este contexto, la obligación de las autoridades del Estado de hacer efectiva la inclusión de un enfoque diferencial sensible a sus necesidades especiales.

El segundo elemento que debe ser tenido en cuenta en la implementación del Decreto Ley 4635 es el *subregistro de la dimensión de la crisis humanitaria en el caso de los pueblos afrocolombianos afectados por el desplazamiento forzado y la precariedad en la información para caracterizar a las víctimas*. Sin duda, sería imposible la reparación integral de las víctimas afrocolombianas sin saber quiénes son, ni las violaciones y daños a ser atendidos y reparados.

De esta manera, en los términos del Auto 005 uno de los retos de la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación de las Víctimas, al igual que para los mecanismos de registro —el Registro Único de Víctimas y el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente—, sigue siendo adoptar un enfoque diferencial en los términos antes enunciados y caracterizar de forma efectiva, en respuesta al subregistro, la magnitud de las violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos y el DIH sobre la población afrocolombiana.

El tercer elemento que debe ser tenido en cuenta en la implementación del Decreto Ley 4635 tiene que ver con los factores subyacentes y vinculados al conflicto armado, y particularmente, en términos del Auto 005, con los factores transversales que inciden en el desplazamiento de la población afrocolombiana: *(i) la exclusión estructural; (ii) las presiones generadas por el modelo económico, en particular, por procesos mineros, agrícolas y megaproyectos; y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios afrocolombianos*.<sup>193</sup> En efecto, tal como lo establecen los artículos 34, 38, 77 y 79 del Decreto Ley 4635, la reparación integral de los pueblos y comu-

---

193 Corte Constitucional, Auto 005. (2009).



nidades afrocolombianos tiene que ser transformadora, lo que implica que las medidas no solo deben responder a los retos que suponen las presiones contextuales que el conflicto armado y el modelo político-económico, legal e ilegal, han generado y generan sobre los pueblos y comunidades afrocolombianos y sus víctimas, sino que además debe transformar de manera efectiva las condiciones de exclusión y marginalidad previas a las violaciones. Lo anterior implica reconocer y reparar las vulneraciones históricas y estructurales de los pueblos y comunidades afrocolombianas en todas sus dimensiones: materiales, jurídicas, institucionales y simbólicas. Esto supone la titulación colectiva de territorios de habitación ancestral de comunidades afrocolombianas, la protección de los derechos territoriales, las garantías en procesos de consulta previa, la superación de la pobreza y la marginalidad, el fortalecimiento de sus instituciones propias y estructuras organizativas, entre otras acciones que propicien la garantía efectiva de sus derechos de ciudadanía, derechos específicos en tanto grupo étnico, y derechos en tanto víctimas. En este contexto, la implementación real, efectiva e integral del Convenio 169 de la OIT será fundamental en el marco de procesos de reparación con vocación transformadora.

El cuarto elemento que deben tener en cuenta todas las autoridades del Estado colombiano responsables de hacer efectivo el Decreto Ley 4635, y en general el marco de protección de derechos de las comunidades afrocolombianas, es generar acciones encaminadas a reducir y eliminar los *diez riesgos* que evidencia el Auto 005 como prueba del impacto desproporcionado de la violencia en sus diferentes dimensiones sobre los derechos individuales y colectivos de los afrodescendientes en Colombia:

- (i) Riesgo extraordinario de vulneración de los derechos territoriales colectivos de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento forzado interno;
- (ii) riesgo agravado de destrucción de la estructura social de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento forzado interno, el confinamiento y la resistencia;
- (iii) riesgo acentuado de destrucción cultural de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento forzado interno, el confinamiento y la resistencia;
- (iv) riesgo extraordinario de agudización de la situación de pobreza y de la crisis humanitaria por el desplazamiento forzado interno, el confinamiento y la resistencia;
- (v) riesgo extraordinario de agudización del racismo y la discriminación racial por el desplazamiento forzado interno;
- (vi) riesgo acentuado de desatención para las comunidades que optan por la resistencia y el confinamiento;
- (vii) riesgo agravado de afectación del derecho a la participación y de debilitamiento de las organizaciones comunitarias afrocolombianas y del mecanismo de consulta previa;

- (viii) riesgo agravado de vulneración del derecho a la protección estatal y de desconocimiento del deber de prevención del desplazamiento forzado, del confinamiento y de la resistencia de la población afrocolombiana;
- (ix) riesgo acentuado de afectación del derecho a la seguridad alimentaria de la población afrocolombiana, y
- (x) riesgo agravado de ocurrencia de retornos sin condiciones de seguridad, voluntariedad y dignidad<sup>194</sup>.

Es importante señalar que el carácter estructural del racismo y la discriminación racial que afectan a los afrodescendientes en Colombia supondría que el Decreto Ley 4635 tuviera un conjunto de mecanismos expeditos para responder de forma concreta a esta violación de derechos humanos. Nótese, sin embargo, que si bien en su artículo 10 identifica el *daño por racismo y discriminación racial*, que se señala como presunción que “uno de los efectos del conflicto armado sobre las comunidades es la agudización del racismo y la discriminación racial”<sup>195</sup>, y que además incluye como principio en el art. 26 la *no discriminación*, el Decreto Ley 4635 no prescribe ni una sola medida o política específica en contra del racismo y la discriminación. Tampoco hay ninguna acción concreta para atender y reparar a las víctimas que han sufrido estos daños; tan solo enuncia la obligación de sancionar a los funcionarios que incurran en esta práctica (art. 48).

Con el propósito de subsanar este vacío, por tanto, será central que, para la implementación del Decreto Ley 4635, las autoridades respectivas integren a las medidas dispuestas en este marco legal una política específica contra el racismo y la discriminación racial, que integre el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (de carácter vinculante para Colombia), el Plan de Acción de Durban como eje central de la reparación integral y transformadora pretendida, que permita a su vez cerrar la brecha de implementación de las obligaciones internacionales del Estado colombiano con los afrodescendientes..

El quinto elemento a tener en cuenta, a propósito del Decreto Ley 4635 es superar la *insuficiencia de la política de las autoridades estatales en la respuesta a la situación de las víctimas afrocolombianas*<sup>196</sup> (Auto 005, capítulo VI). A tal efecto es prioritaria la introducción de un enfoque diferencial en todas las instituciones del Estado, que sea consistente y sensible con la situación de marginación histórica y las necesidades especiales de la población afrocolombiana dada su aguda crisis humanitaria.

En ese sentido, Codhes ha señalado que este enfoque diferencial debe reflejarse en la reforma estructural de las instituciones del Estado y en políticas públicas, y no solamente en un ajuste textual en términos de la enunciación “del enfoque diferencial” como “principio” en los documentos legislativos o administrativos. Así, la participación efectiva de los afrodescendientes en todas las instituciones administrativas, jurídicas y electivas del país debe ser un componente central para el

---

194 Corte Constitucional, Auto 005 (2009).

195 Decreto Ley 4635, artículo 10.

196 Corte Constitucional. Auto 005. (2009)

propósito de una reparación integral y transformadora de los afrodescendientes en Colombia. La adecuación del Snariv debe ser un punto de partida hacia este fin, y por tanto se debe constituir en una institución robusta y correspondiente a la crisis humanitaria afrocolombiana, que supere las limitaciones de las reformas hasta ahora integradas. De forma consecuente, las políticas de atención y reparación integral implementadas, los presupuestos, componentes técnicos y humanos deberán ser consultadas, pertinentes y correspondientes a la situación real afrontada por las comunidades. A tal efecto, el cumplimiento efectivo del artículo 154 del Decreto 4635 de 2011, relativo a la inclusión especial en el Conpes, podrá jugar un papel fundamental.

Los cinco elementos antes enunciados son fundamentales y transversales a todos los actores involucrados en el cumplimiento del Auto 005 y del Decreto Ley 4635. No obstante, cabe advertir que para materializar su diagnóstico y proteger los derechos fundamentales de la población afrodescendiente, la Corte Constitucional ordenó en el Auto 005 medidas concretas para la protección tanto de los territorios como de las víctimas afrocolombianas. Así, como esperamos mostrar a continuación, uno de los retos fundamentales en la implementación del Decreto Ley 4635 será complementar su alcance haciendo efectivas estas medidas, tal como se ordena en el Auto 005.

## **B. Complementariedad y refuerzo mutuo: órdenes del auto 005 y el Decreto Ley 4635**

El Decreto Ley 4635 no hace una mención explícita del Auto 005 a lo largo de su articulado. La única mención implícita de este mecanismo se presenta en el artículo 49, en el que se prescribe que los programas de protección que se implementen deben tener en cuenta “los avances logrados en los planes específicos y en el plan integral de prevención, protección y atención para la población afrocolombiana”<sup>197</sup>. Nótese, además, que si bien el Decreto Ley 4635 reconoce en su preámbulo y en su articulado (art. 83, 110) la afectación de las víctimas por situaciones de confinamiento, el mecanismo transicional no establece ninguna medida concreta para la protección de los derechos de las comunidades afrocolombianas y sus miembros en tanto víctimas de confinamiento. En general, esta norma no integra las medidas de protección territorial y poblacional ordenadas en el Auto 005. Con relación a las dimensiones de prevención, protección y atención diferencial adoptadas en el marco de este mecanismo constitucional, tampoco ofrece medidas análogas o que hagan las veces de formas de protección específicas.

En el marco general de protección de derechos territoriales, tanto el Auto 005 como el Decreto Ley 4635 contemplan medidas en esta materia:

- i) El Auto 005 ordena la caracterización de territorios colectivos y ancestrales y la puesta en marcha de la ruta étnica de protección territorial
- ii) El Decreto Ley 4635, en su título V, estipula medidas de restitución de tierras. Y aunque allí contempla medios de protección territorial, no tiene un desarrollo amplio en esta materia.

---

<sup>197</sup> Decreto Ley 4635, artículo 49.

Es así como los dos instrumentos —el jurisprudencial y el normativo— plantean la caracterización de tierras y territorios de las comunidades afrocolombianas. Por su parte, la ruta étnica, orden fundamental del Auto 005, se retoma en el decreto ley de víctimas de pueblos y comunidades indígenas, pero está ausente del Decreto Ley 4635.

En la Tabla 3 se presentan medidas en materia de protección de territorios y restitución en el marco del Auto 005 y el Decreto Ley 4635

Es indudable la necesidad de que el Gobierno nacional cumpla su obligación en materia de articulación de las órdenes de la Corte Constitucional, en lo que respecta al Auto 005 y el Decreto Ley 4635. En materia de protección territorial, es fundamental la armonización entre el Ministerio del Interior y la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras (UGRT), así como con las demás entidades (Incoder, IGAC, Superintendencia de Notariado y Registro, entre otras) para efectos de dar cumplimiento a la caracterización de territorios ordenada por la Corte Constitucional en el Auto 005 y en el marco de la etapa administrativa del proceso de restitución como un solo proceso para cada comunidad, ya que los elementos de la caracterización del Decreto Ley 4635 recogen y amplían los criterios planteados por la Corte Constitucional en el Auto 005. Sin embargo, es fundamental que la institucionalidad referida en el Auto 005 haga parte del proceso. En todo caso, y debido al rezago de más de cuatro años en el cumplimiento de la orden de caracterización territorial contenida en el mencionado auto, así como de las demás órdenes, el proceso de caracterización de territorios colectivos y ancestrales habitados por población afrocolombiana debe tener carácter urgente. Esto implica un esfuerzo institucional que va más allá de los territorios con solicitud de inscripción en el registro —pues se debe promover que los consejos comunitarios que no tengan solicitud de inscripción la hagan—, y una articulación interinstitucional efectiva entre el Ministerio del Interior y la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras, en primera instancia, así como entre las demás entidades concernidas en el Auto 005 para avanzar con los procesos de caracterización sin dilaciones. La UGRT señala:

[...] para comunidades negras la ruta étnica no quedó mencionada en el Decreto Ley 4635, razón por la cual se debe seguir aplicando la versión propuesta por el PPTP [Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio] y ordenada por la Corte Constitucional, es decir que la competencia sigue en cabeza del Ministerio del Interior.<sup>198</sup>

Lo anterior significa que la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras y el Ministerio del Interior deben garantizar la coordinación interinstitucional para la puesta en marcha de la ruta étnica de protección de territorios, que si bien está ausente del Decreto Ley 4635, corresponde a una de las órdenes del Auto 005. En ese sentido, es deber del Gobierno nacional asegurar su cumplimiento articulando la institucionalidad, los mecanismos creados por la Ley 1448 y los decretos con fuerza de ley en el cumplimiento de las órdenes del Alto Tribunal.

---

198 Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, “La Política Pública para la Protección y Restitución de los Derechos Territoriales de los Grupos Étnicos: antecedentes, acciones y perspectivas en el escenario de los decretos con fuerza de ley para grupos étnicos (4633 y 4635 de 2011)”. (Bogotá, 2013), Consultado 13 de agosto de 2013 en [http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/publicaciones\\_etnicos/documento\\_etnicos\\_URT\\_marzo\\_2013.pdf](http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/publicaciones_etnicos/documento_etnicos_URT_marzo_2013.pdf)

**Tabla 3 Caracterización de territorios y ruta étnica**

| Caracterización de territorios |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|--------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                | Auto 005                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Decreto Ley 4635                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Medida                         | <p>“El diseño e implementación de un plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por la población afrocolombiana, para determinar por lo menos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. la situación jurídica de los predios señalados como territorios colectivos — titulados o en proceso de titulación— y ancestrales;</li> <li>2. las características socioeconómicas de las comunidades asentadas en dichos territorios;</li> <li>3. la situación fáctica y jurídica en que se encuentran los consejos comunitarios y las autoridades locales constituidas en dichos territorios;</li> <li>4. los riesgos y potencialidades para la protección de los territorios;</li> <li>5. los obstáculos jurídicos que impiden la protección efectiva de dichos territorios;</li> <li>6. los mecanismos para garantizar la restitución efectiva de los territorios cuya propiedad haya sido transferida con violación de lo que establece la Ley 70 de 1993, incluido el establecimiento de presunciones de ilegalidad de las transacciones realizadas sobre dichos territorios sin el cumplimiento de lo ordenado por la Constitución y la Ley 70 de 1993.<sup>1</sup>”</li> </ol> | <p>“La caracterización unificada a que hace referencia el artículo 105 del presente decreto, para efectos de restitución de los derechos territoriales, tiene por objeto identificar las afectaciones y daños, a través de un proceso de participación promovido y garantizado por la Unidad de Restitución con las autoridades propias de la comunidad, a fin de elaborar un informe de caracterización que permita desarrollar los procesos de restitución, iniciando por la inscripción del territorio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Esta se desarrollará en un plazo no mayor de sesenta (60) días, prorrogables por una vez, contados a partir de la focalización del caso,</p> <p>Una vez determinada el área del territorio y las eventuales afectaciones objeto de restitución se elaborará un informe de Caracterización Territorial, con la participación del consejo comunitario de la comunidad afectada, que deberá contener un listado de las afectaciones territoriales ocurridas con posterioridad al 1.º de enero de 1991 relacionadas con el conflicto armado, el cual contendrá:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Determinación del área del territorio afectado incluyendo su georreferenciación, los límites y su extensión.</li> <li>2. Identificación del estado de titulación del territorio colectivo.</li> <li>3. Usos del territorio.</li> <li>4. Antecedentes, circunstancias de tiempo, modo, lugar y contexto de cada afectación y daño territorial.</li> <li>5. Una relación detallada de los predios y bienes en cabeza de terceros ocupantes y oposiciones.</li> <li>6. Una relación de todos los proyectos de extracción de recursos naturales, de infraestructura y de desarrollo ejecutados por terceros públicos o privados dentro del territorio y en sus áreas contiguas.</li> <li>7. Determinación de obras, proyectos o actividades legales o ilegales que afecten el territorio.</li> <li>8. El censo de las comunidades y personas afectadas con su rol dentro de la comunidad.</li> <li>9. Una relación de los cultivos, plantaciones, bienes e infraestructura afectada por los hechos.</li> <li>10. Los obstáculos jurídicos que impiden la protección efectiva de los territorios objeto de restitución.</li> <li>11. Información sobre los conflictos intra- e interétnicos relacionados con el territorio.</li> <li>12. Toda la información que aporten las instituciones respecto del territorio afectado.</li> <li>13. Toda la información que sea pertinente para cumplir el objeto de la caracterización.</li> <li>14. Recomendación sobre la inscripción o no en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente”<sup>2</sup>.</li> </ol> |

| Responsables Institucionales | Ministerio del Interior                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                              | <p>En materia del diseño e implementación del plan de caracterización de territorios, el Auto 005 establece que:</p> <p>“Para el diseño e implementación de dicho plan, el ministro del Interior y de Justicia trabajará de manera coordinada con los ministros de Agricultura y Desarrollo Rural, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el director del Incoder, el director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la directora del Departamento Nacional de Planeación, la superintendente de Notariado y Registro y el director de Acción Social. En dicho proceso también participarán la Defensoría del Pueblo y el Observatorio de Derechos Humanos de la Vicepresidencia de la República”<sup>3</sup>.</p>                            | <p>El Decreto Ley 4635, en su artículo 119, parágrafo 2, establece que “en casos especialmente complejos se podrá solicitar la participación del Incoder, el Icanh y el Ministerio Público”<sup>4</sup>.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>Ruta étnica</b>           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Medida                       | <p>“1.Poner en marcha la ruta étnica propuesta por Acción Social<sup>5</sup> para la protección de los territorios colectivos constituidos o no, pero que son ocupados ancestralmente. La aplicación de esta ruta es obligatoria:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.Cuando la Defensoría del Pueblo haya emitido un informe de riesgo;</li> <li>2.En las zonas de desarrollo de megaproyectos económicos de monocultivos, explotación minera, turística o portuaria que involucre territorios ancestrales;</li> <li>3.Cuando los informes y análisis de las autoridades sobre la evolución de la situación de orden público señalen un riesgo particular para las comunidades afrocolombianas en determinadas regiones”<sup>6</sup>.</li> </ol> | <p>La ruta étnica no hace parte del articulado del Decreto Ley 4635, pero paradójicamente sí aparece en el decreto ley de víctimas de pueblos y comunidades indígenas como un mecanismo administrativo en el proceso de restitución, tal como se mencionó en apartados anteriores (artículo 150 del Decreto Ley 4633, “Ruta de protección de derechos territoriales étnicos”</p>                                                                                                                                                                   |
| Responsables Institucionales | <p>“Ministerio del Interior, conjuntamente con el Incoder, la Superintendencia de Notariado y Registro, la Unidad Nacional de Tierras del Ministerio de Agricultura, el IGAC y Acción Social”<sup>7</sup>.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <p><i>Notas</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1 Corte Constitucional. Auto 005. (2009)</li> <li>2 Decreto Ley 4635. Artículo 118 y 119</li> <li>3 Corte Constitucional. Auto 005. (2009)</li> <li>4 Decreto ley 4635, artículo 119, pár 2.</li> <li>5 En el momento de expedición del Auto 005, la Corte se refería a la ruta étnica propuesta por el proyecto de protección de tierras y patrimonio de Acción Social.</li> <li>6 Corte Constitucional. Auto 005. (2009)</li> <li>7 Corte Constitucional. Auto 005. (2009)</li> </ol> |

Elaboración Propia. Fuentes: Decreto ley 4635 de 2011, Auto 005 de 2009

Al ser el territorio sustento material de la cultura y supervivencia de los afrodescendientes, el cumplimiento efectivo de las órdenes constitucionales debe hacer parte de las medidas de protección a seguir en el diseño e implementación de lo contemplado al respecto por el Decreto Ley 4635. Se debe garantizar tanto la puesta en marcha de procesos de restitución como medidas efectivas y reforzadas de protección territorial. Es importante que las medidas reconozcan, como bien precisa la Corte Constitucional, que:

[...] para los pueblos afrocolombianos, el desplazamiento, el confinamiento y la resistencia generan la pérdida del control de su territorio y el deterioro de sus condiciones de vida y del disfrute de sus derechos. Para estos colombianos, el territorio tiene una importancia muy profunda que va más allá de simplemente contar con un lugar para vivir y sostenerse. El territorio es una expresión de su memoria colectiva, de su concepción de libertad.<sup>199</sup>

En este contexto, es fundamental precisar que el término tierras que aparece en el objeto del Decreto Ley 4635 debe entenderse, como lo ha reiterado la CIDH, según lo establece el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13.2; esto quiere decir que “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”<sup>200</sup>. En este sentido, la Corte Constitucional al identificar “el riesgo extraordinario de vulneración de los derechos territoriales colectivos de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento forzado interno”, precisó en el Auto 005:

[...] al hablar de territorio no se hace referencia solo a los titulados colectivamente sino a los ancestralmente habitados por las comunidades afrodescendientes en Colombia. El territorio es una concepción integral que incluye la tierra, la comunidad, la naturaleza y las relaciones de interdependencia de los diversos componentes.

Por esta razón, en los procesos de restitución de derechos territoriales que adelanten las autoridades en el contexto del Decreto Ley 4635 de 2011, en particular los jueces y magistrados de restitución de tierras, debe tenerse siempre en cuenta, como lo precisa la CIDH, que “los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales [afrocolombianos] y de sus miembros se extienden sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo [...]”<sup>201</sup>. Cabe señalar, además, que en los procesos de caracterización de daños y restitución que adelanten las instituciones respectivas deben atender las consecuencias que, según la Corte Constitucional<sup>202</sup>, son algunas de las más graves de la pérdida territorial para los afrodescendientes:

1. Imposibilita la titulación de territorios ancestrales que aún no han sido reconocidos como territorios colectivos;

---

199 Corte Constitucional. Auto 005. (2009)

200 OIT. Convenio 169 de 1989, artículo 13, núm 2.

201 Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párrs. 39-40.

202 Corte Constitucional de Colombia, Auto 005 de 2009. Véase “El riesgo extraordinario de vulneración de los derechos territoriales colectivos de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento forzado interno”.



2. Aumenta el riesgo de pérdida de los territorios colectivos ya titulados; y
3. Facilita la proliferación de procesos de colonización y de formas de explotación económica abrasiva de los territorios colectivos.<sup>203</sup>

Ahora bien, si se parte del presupuesto de que del “territorio también hacen parte los usos y costumbres vinculados a su hábitat que las comunidades afrocolombianas han mantenido por siglos y que se expresan también en los saberes que la gente tiene y en el conocimiento de los ritmos y los tiempos para hacer las distintas actividades”<sup>204</sup>, las medidas de protección territorial del Decreto Ley 4635 deberán realizarse de manera integrada y reforzar aquellas para la protección de los derechos de las víctimas afrocolombianas. En particular, deberán concurrir con el cumplimiento de las exigencias determinadas por la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009 con el fin de asegurar que la atención de la población afrocolombiana desplazada o confinada sea efectiva, entre ellas:

1. Diseñar una “estrategia que permita adoptar de manera urgente las medidas necesarias para garantizar que la población afrocolombiana confinada reciba atención humanitaria de emergencia de manera integral, oportuna y completa, respetando los criterios de especificidad cultural aplicables”<sup>205</sup>.
2. Diseñar un *plan integral de prevención, protección y atención a la población afrocolombiana*, que deberá contener como mínimo lo siguiente:
  - Una caracterización adecuada de la población afrodescendiente desplazada o confinada en el territorio, con el fin de conocer sus necesidades y potencialidades.
  - Un plan de prevención del desplazamiento y del confinamiento específico por departamento, que tenga en cuenta las características y evolución del conflicto armado, la situación de los municipios, corregimientos y veredas afectados, los informes del Sistema de Alertas Tempranas, y las propuestas que hagan los consejos comunitarios sobre mecanismos y alternativas para minimizar los riesgos de destierro o confinamiento.
  - Medidas de fortalecimiento de las autoridades locales y de los consejos comunitarios constituidos y que se constituyan para la protección de los derechos colectivos de los afrocolombianos y la garantía de la participación efectiva de las comunidades afro en los procesos de toma de decisión que los conciernan.
  - Una estrategia para combatir la discriminación contra la población afrocolombiana desplazada y garantizar el acceso efectivo a los distintos componentes y servicios de la política de atención a la población desplazada.
  - Un plan para la provisión y/o mejoramiento de soluciones de vivienda para la población afrocolombiana desplazada.
  - Un plan de generación de ingresos para la población afrocolombiana desplazada que tenga en cuenta los saberes y las experiencias de etnodesarrollo del pueblo afrocolombiano.

---

203 Corte Constitucional de Colombia, Auto 005.de 2009

204 Corte Constitucional de Colombia, Auto 005 de 2009.

205 Corte Constitucional de Colombia, Auto 005 de 2009

- Mecanismos de superación de las falencias presupuestales y administrativas que han impedido que la población afrocolombiana desplazada o confinada goce efectivamente de sus derechos.
- Planes de retorno que aseguren el respeto de los principios de voluntariedad, seguridad y dignidad.
- Medidas que conduzcan al fortalecimiento de las organizaciones sociales que desarrollen las comunidades afrocolombianas para promover sus derechos en los lugares de asentamiento.
- Estrategias para la transmisión y protección del conocimiento tradicional de los pueblos afrocolombianos desplazados, en el cual se involucre a las mujeres y adultos mayores.
- Sistemas de seguimiento y evaluación permanentes para medir el avance en el goce efectivo de los derechos de la población afrocolombiana desplazada y/o confinada.
- Medidas presupuestales y de capacidad institucional, necesarias para poner en marcha cada uno de esos planes y asegurar la cobertura adecuada de los mismos<sup>206</sup>.

Los mecanismos anteriores que integran el *plan integral* deberán articularse a su vez a los planes integrales de reparación colectiva (PIRC), que en el orden territorial deberán complementarse con los 62 *planes específicos* ordenados por la Corte Constitucional en el Auto 005 para atender los casos emblemáticos que ilustran la gravedad de la situación de desprotección y vulnerabilidad de las víctimas afrocolombianas y sus comunidades en sus territorios. Tales *planes específicos de prevención, protección y atención* deben integrarse a los PIRC respectivos y no deben ser entendidos como restringidos solo a los territorios identificados a tal efecto en el Auto 005, sino a cualquier territorio específico o comunidad que presente condiciones similares de riesgo o crisis humanitaria. Al respecto ver la Figura 4 con el listado de los 62 planes específicos.

Además, la Corte Constitucional reiteró que para la protección de los derechos de las víctimas y comunidades afrocolombianas los niños, niñas, adolescentes, mujeres y personas con discapacidad pertenecientes a la población afrodescendiente están amparados por las presunciones de vulnerabilidad extrema. De manera que el Gobierno nacional debe dar cumplimiento a lo establecido en el Auto 092 de 2008. En el caso específico de las mujeres, la Corte ordenó al director de Acción Social el diseño e implementación de trece programas, entre ellos el Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Afrodescendientes Desplazadas. Igualmente, a través del Auto 098 de 2013<sup>207</sup>, el Alto Tribunal ordenó al Ministerio del Interior y a la directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas diseñar e implementar “una política pública integral de promoción del derecho a la defensa de los derechos humanos en el marco del conflicto armado interno con enfoque de género” y señaló que:

[...] la política pública integral de promoción del derecho a la defensa de los derechos humanos en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado con pers-

206 Corte Constitucional de Colombia. Auto 005 de 2009.

207 Auto 098 de 2013, “Por medio del cual se hace seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno nacional, en materia de prevención y protección de los derechos a la vida, integridad y seguridad personal de las mujeres líderes desplazadas y de las mujeres que, desde sus organizaciones, trabajan a favor de la población desplazada por el conflicto armado, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y a los autos 200 de 2007 y 092 de 2008”, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas.

pectiva de género deberá contar con un enfoque diferencial étnico que promueva el derecho a la defensa de los derechos humanos de las mujeres líderes indígenas y afrocolombianas según sus necesidades y requerimientos particulares [...] (y) articularse con el plan integral de prevención, protección y atención a la población afrocolombiana y los planes específicos ordenados en el Auto 005 de 2009.<sup>208</sup>

Igualmente, en el Auto 251 de 2008, la Corte Constitucional constató:

Los niños, niñas y adolescentes indígenas o afrodescendientes, además de estar sobrerrepresentados entre la población en situación de desplazamiento, sufren un impacto diferencial e intensificado de los distintos problemas transversales arriba descritos. Dos factores están a la base de este impacto diferenciado: la diferencia cultural abrupta entre lugares de expulsión y recepción, que incide de distintas maneras sobre sus familias y sobre ellos mismos; y la pobreza generalizada preexistente de sus familias y comunidades, que se empeora con el desplazamiento y hace aún más amplia e inerme su exposición a riesgos y peligros prevenibles. De esta forma, los menores de edad indígenas y afrodescendientes desplazados son víctimas mucho más frecuentes de explotación laboral, trata y mendicidad.<sup>209</sup>

Por otra parte, en el Auto 006 de 2009, el Alto Tribunal refirió:

[...] igual que sucede con las personas con discapacidad mental, con las mujeres, los niños y los adultos mayores, la información sobre la situación particular que enfrentan los afrodescendientes e indígenas con discapacidad en el marco del desplazamiento forzado es básicamente inexistente. No obstante, no es difícil concluir que estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad acentuada.<sup>210</sup>

En relación con lo anterior la Corte ordenó suplir las falencias de los sistemas de información sobre población con discapacidad en situación de desplazamiento, los cuales deben dar cuenta de la pertenencia étnica, así como el diseño e implementación de un programa de protección diferencial a personas con discapacidad y sus familias.

En consecuencia, es de vital importancia que el Gobierno defina una estrategia de articulación entre el Decreto Ley 4635, el Auto 005 de 2009, y los demás autos de enfoques diferenciales: 251 de 2008, 006 de 2008, 092 de 2008 y 098 de 2013.

Para finalizar, es necesario advertir que una de las medidas que debe orientar el proceso de diseño, implementación, seguimiento y evaluación del Decreto Ley 4635 de 2011 y el Auto 005 de 2009 tiene que ser *garantizar los derechos a la participación efectiva y la consulta previa a las víctimas afrocolombianas, sus organizaciones y representantes*, de conformidad con el Convenio OIT 169 y siguiendo las reglas jurisprudenciales sobre participación de los grupos étnicos.

A tal efecto es fundamental que las autoridades del Estado colombiano, en particular las encargadas de la atención y reparación a víctimas de las que trata el Decreto Ley 4635, desarrollen medidas diferenciales y pertinentes, con recursos suficientes y oportunos, para materializar estos

---

208 Corte Constitucional de Colombia. Auto 098 de 2013.

209 Corte Constitucional, Auto 251 de 2008, “ (Bogotá, 6 de octubre de 2008)

210 Corte Constitucional, Auto 006 de 2009,

derechos, al igual que todos los determinados por el Decreto Ley 4635 de 2011 y el Auto 005. En este contexto el Ministerio Público, y en especial la Defensoría del Pueblo, juega un papel central. De aquí que sea fundamental el fortalecimiento de su institucionalidad en lo relacionado con el enfoque diferencial, que permita hacer un seguimiento detallado y pormenorizado del cumplimiento efectivo de estos derechos, al igual que de la implementación efectiva del Decreto Ley 4635 de 2011 y del Auto 005 de 2009. Tales mecanismos, como hemos dicho, se complementan y se refuerzan mutuamente en el objetivo de garantizar a los pueblos y comunidades afrocolombianos el goce efectivo de sus derechos.

## Conclusiones

La Constitución de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural de la nación, y por esta vía a pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia como sujetos de especial protección constitucional. No obstante, pasados 20 años de la promulgación de la carta política, se mantiene la brecha entre el reconocimiento de derechos y su goce efectivo. La deuda histórica del Estado colombiano con los afrodescendientes se mantiene, a pesar de que hubiese podido empezar a saldarse con la implementación integral del Convenio 169 de la OIT<sup>211</sup>, y la ley 70 de 1993. Y en el caso de víctimas afrocolombianas con la implementación efectiva de las órdenes del auto 005, y en la adecuación de la política pública con enfoque diferencial de prevención, atención, y protección a la población afrocolombiana en situación de desplazamiento forzado, confinamiento y resistencia.

Si bien, algunas medidas legislativas y políticas públicas hacen referencia en sus principios o lineamientos a la aplicación del enfoque diferencial, esto no se hace efectivo en la práctica, pues no se ve reflejado en acciones, planes, programas, proyectos específicos en el marco de protección de derechos que establece el Convenio 169 de la OIT, la Ley 70 y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Es deber del Estado Colombiano garantizar los derechos de ciudadanía del pueblo y comunidades afrocolombianas, la protección de su integridad cultural en el marco de la ley 21 de 1991 y ley 70 de 1993, así como los derechos de las víctimas afrocolombianas en el marco del cumplimiento del Auto 005 de 2009 y medidas de atención, asistencia, y reparación integral efectivas. La Reparación transformadora para el pueblo y comunidades afrocolombianas, implica la aplicación concurrente de los marcos normativos y jurisprudenciales atinentes a la protección de sus derechos.

### *1) Respecto al proceso de “Consulta previa” del Decreto Ley 4635 de 2011*

A pesar de la magnitud de la crisis humanitaria que enfrenta la población afrocolombiana, y el impacto desproporcionado del conflicto armado y el desplazamiento forzado sobre ella, así como sus factores subyacentes y vinculados, persisten fallas en la respuesta institucional identificadas por la Corte Constitucional en la Sentencia t-025 de 2004 y auto 005 de 2009, lo cual evidencia la continuidad de la discriminación estructural de los afrodescendientes en Colombia.

La existencia de un marco normativo para la protección de derechos de las víctimas, es sin duda un avance significativo, sin embargo, en el caso de las víctimas afrocolombianas, el proceso adelantado por el Gobierno Nacional en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para

211 Si bien, la piedra angular del Convenio 169 de la OIT es la Consulta Previa, este instrumento contempla un marco general de protección de derechos, lo que implica una obligación de los Estados. El Convenio 169 de la OIT establece disposiciones generales de aplicación del mismo, los mecanismos y obligaciones de los gobiernos, así como una serie de medidas encaminadas a la protección de derechos de pueblos indígenas y tribales. Estas medidas contemplan: tierras (Parte II, Artículos 13 a 19), contratación y condiciones de empleo (Parte III – Artículo 20), Formación profesional, artesanía e industrias rurales (Parte IV- Artículos 21 a 23), seguridad social y salud (Parte V, artículo 24 a 25), educación y medios de comunicación (parte VI, artículos 26 a 31), contactos y cooperación a través de las fronteras (parte VII – artículo 32)

la construcción del Decreto Ley 4635 de diciembre de 2011, según pudo constarse en el primer capítulo de este escrito, no puede denominarse consulta previa, por cuanto no cumplió con los estándares previstos en el Convenio OIT 169 como tampoco con los parámetros jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha establecido en esta materia. En efecto, el Convenio OIT 169 establece, según en su Artículo 6, que los gobiernos deberán:

- “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”
- “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”
- “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”.<sup>212</sup>

Sin embargo, el proceso denominado “consulta” del decreto ley 4635, estuvo lejos de cumplir con los estándares anteriormente referidos.

De ahí que una de las conclusiones principales de este informe es que el Decreto Ley 4635 de 2011 introduce en sus considerandos una proposición que falta a la realidad al señalar en su preámbulo que “de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional en la materia, los asuntos de los que trata este decreto ley fueron sometidos a consulta previa con los representantes de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”. Dicho proceso podría denominarse como socialización con limitada participación, más no consulta previa.

Asimismo, el tiempo de consulta no se orientó a que las víctimas, sus organizaciones y representantes tuvieran un entendimiento pleno de las medidas a consultar para expresar sus posiciones e influir en los resultados. Es fundamental que los sujetos de consulta cuenten con información previa de la medida a consultar, lo cual trasciende la socialización de la medida, e implicaba el diseño de una pedagogía intercultural, para que el alcance de la medida sea comprendido ampliamente por las comunidades, lo cual no tuvo lugar.

El factor determinante fue que los tiempos de la Comisión Consultiva de Alto Nivel se agotaban el 31 de octubre de 2011, según lo establecido por el Decreto 3770 de 2008, y que el Gobierno Nacional estaba interesado en protocolizar en corto tiempo proyectos clave de la agenda legislativa. De manera que se consultaron a su vez complejas medidas de vital importancia para el pueblo afrocolombiano, como proyecto de decreto reglamentario de acceso recursos genéticos y conocimiento tradicional, y el proyecto de ley de regalías. De ahí que las llamadas “consultas regionales” se desarrollaron de forma acelerada entre el 20 de septiembre y el 30 de octubre de 2011, a pesar de que no contaron con un protocolo definido para su desarrollo, ni con información transparente

---

212 OIT, Convenio 169. Artículo 6

sobre los lugares y fechas de realización; tampoco se cuenta con información pública y clara sobre el proceso de preconsulta y consulta.

A ello, se suma el hecho de que no participaron del proceso las instituciones representativas de las víctimas afrocolombianas, sus organizaciones y representantes -al restringir el derecho a la consulta previa a la Comisión Consultiva de Alto Nivel y las Consultivas Departamentales- a pesar las reiteradas cartas, pronunciamientos y derechos de petición dirigidos al Gobierno Nacional por las organizaciones afrocolombianas interesadas en participar de la consulta de tan importante medida, y de la obligación del Gobierno Nacional de consultar a las víctimas y sus representantes un marco normativo e institucional que los afecta de forma sensible y directa. Es de anotar que el Gobierno Nacional, también hizo caso omiso a las organizaciones referidas por la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009.

En este punto es importante reiterar lo señalado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, respecto a que la consulta debe llevarse a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados, y que la identificación de las mismas es un derecho autónomo de las comunidades, quienes deben identificar las instituciones que cumplan con el requisito de representatividad, ya que lo importante es que las instituciones representativas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos interesados. Cabe adicionar que como señala la Corte Constitucional la participación tal como fue concebida en el convenio 169 de la OIT busca proteger la integridad cultural de las comunidades (Auto 005, párrafo 120), de modo que no debe ser entendida como un requisito de validación de las estrategias y decisiones gubernamentales.

### ***II) Respecto a las medidas de prevención, protección atención y reparación en el marco del decreto ley 4635.***

Asimismo, Codhes observa con preocupación las falencias del proveído de “consulta” del decreto ley 4635, se vieron reflejadas en el contenido del mismo, de manera que presenta importantes vacíos en las medidas proyectadas para la atención y reparación integral de las víctimas afrocolombianas; entre otras, no se establecen mecanismos específicos para la prevención de nuevas violaciones y la política de atención está supeditada a la construcción de un protocolo de atención que hasta la fecha de publicación de este informe no es de conocimiento público, y no se tiene referencia alguna de su implementación. . Ello teniendo en cuenta rutas específicas y con enfoque diferencial para la población confinada, tal como lo estipula el auto 005.

El hecho de que el proceso de consulta del Decreto Ley 4635 no fuera ajustado a los estándares internacionales y jurisprudencia de la Corte Constitucional marcó diferencias sustanciales en los contenidos de éste, y del Decreto Ley para pueblos y comunidades indígenas 4633. En consecuencia, el Decreto Ley indígena (4633 de 2011) dispone medidas acordes con los pueblos indígenas, y desde una perspectiva de derechos con enfoque diferencial, lo cual no sucede con el Decreto Ley 4635 que en muchos de sus contenidos se restringe a remitir o repetir los contenidos no diferenciales de la Ley 1448 de 2011 y en otros aunque aborda importantes medidas de carácter colectivo, algunas de éstas no se desarrollan suficientemente. Por ejemplo medidas de protección que se plantean de manera general, pero no aborda de manera específica medidas colectivas



e integrales en esta materia (protección territorial, a las integridad cultural, proceso organizativo, etc).

En este contexto, preocupan la omisión de artículos específicos referentes a la protección de las mujeres afrocolombianas víctimas, quienes afrontan múltiples discriminaciones, al igual que los demás sujetos de protección constitucional, en particular, los niños, las niñas y los jóvenes, víctimas de diferentes formas de violencia, entre ellas la violencia sexual y el reclutamiento forzado.

Asimismo, el decreto ley 4635, tiene vacíos en cuanto a diferencias y particularidades dentro de las víctimas a las que se refiere, es decir, medidas específicas para palenqueros y raizales.

Una oportunidad para corregir algunas de las fallas identificadas y potenciar los aspectos positivos del reconocimiento de derechos de las víctimas, se centra en el diseño e implementación de la política pública para atención, protección, y reparación integral a víctimas del Pueblo y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la cual debe ser consultada. Y que otras medidas que se adopten en cumplimiento desarrollo del Decreto Ley 4635 garanticen procesos de consulta previa efectivos, al igual que una verdadera participación de las víctimas y sus representantes tanto en su diseño, implementación, seguimiento y evaluación, en especial, en la construcción de los Planes Integrales de Reparación Colectiva que se desarrollen a efectos de materializar la reparación integral tanto individual como colectiva de las víctimas afrocolombianas. Asimismo,, as medidas de protección de los líderes y lideresas en el marco de los programas integrales deberán a su vez garantizar una participación efectiva y la consulta amplia de las medidas a adoptar con las personas, organizaciones y comunidades protegidas.

En este contexto la implementación concurrente del Decreto Ley 4635 de 2011 y el Auto 005 de 2009 deberá jugar un papel fundamental en el propósito de garantizar al pueblo y comunidades afrocolombianas el goce efectivo de sus derechos.

## Recomendaciones

De conformidad con la normatividad nacional e internacional en materia de protección de derechos de afrodescendientes en Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, recomendamos:

### *Al Gobierno nacional*

- Diseñar e implementar una política pública de atención y reparación integral y transformadora a víctimas del pueblo y comunidades afrocolombianas, que integre un plan nacional de reparación transformadora para la población afrocolombiana, con una institucionalidad específica, un cronograma definido, con recursos técnicos y financieros suficientes, y con la consulta y la participación efectiva de los afrocolombianos y sus instituciones representativas.
- Implementar y finalizar la reglamentación de la Ley 70 de 1993. En este contexto será central que las medidas adoptadas garanticen la consulta previa y la participación efectiva de los afrocolombianos y sus instituciones representativas. Asimismo, deberá revisarse con detalle

si la ley da completo alcance a las prescripciones constitucionales integradas en el artículo transitorio 55 de la Constitución Política de Colombia (1991).

- Implementar en todas sus dimensiones el Convenio 169 y la Resolución de la OIT de 1989. Si bien la consulta previa es su principal instrumento, se deben tener en cuenta aspectos del convenio en materia de adecuaciones institucionales, seguridad social y salud, educación, territorios, condiciones de empleo, formación profesional, artesanías e industrias rurales, entre otras medidas de protección que presentan un subdesarrollo significativo en su implementación en el país.
- Cumplir sin más dilación y de forma integral las órdenes del Auto 005 de 2009, al igual que las demás órdenes de protección que con el mismo objeto ha establecido la Corte Constitucional en los autos 200, 092, 251, 006, 098, y demás providencias en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004; en particular, para los efectos de este estudio, los relacionados con derechos de víctimas afrodescendientes en Colombia.
- Implementar de forma integral el Decreto Ley 4635, con la participación y consulta efectiva de los afrocolombianos, las víctimas y sus instituciones representativas.
- Reformar los Conpes 3712 y 3726 en lo atinente a víctimas afrocolombianas y reparación colectiva.
- Diseñar e implementar de manera inmediata un programa de protección integral a cargo de la Unidad Nacional de Protección y otras entidades del SNARIV, con medidas diferenciales, individuales y colectivas, para proteger a las víctimas, los líderes, las organizaciones, las comunidades y sus territorios.
- Diseñar e implementar medidas de protección reforzada a comunidades afrocolombianas víctimas de desplazamiento forzado y confinamiento, y que son sujetos de medidas de protección en el marco del Auto 005 de 2009, en procesos de consulta previa de medidas administrativas y legislativas que las afecten.
- Implementar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ratificada mediante Ley 22 de 1981), así como el cumplimiento efectivo de la Declaración y el Plan de Acción de Durban (2001).
- Sistematizar y adoptar las recomendaciones que a efectos de la protección de los afrodescendientes en Colombia ha realizado el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) relativas a los afrodescendientes, prioritariamente la Recomendación General n.º 34, al igual que aquellas que con el mismo fin han formulado mecanismos especiales o instituciones del Sistema de Naciones Unidas, en especial, las rea-

lizadas por la experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall (Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, A/HRC/16/45/Add.1).

- Implementar las recomendaciones que a efectos de la protección de los afrodescendientes en Colombia ha realizado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en especial, las relativas al Convenio 169.
- En el mismo espíritu, adoptar las recomendaciones que para la protección de los afrodescendientes en Colombia han realizado la CIDH, y hacer efectivas las medidas cautelares y de otra índole emitidas para tal fin por la Corte IDH. En este contexto es central que el Gobierno nacional implemente sin dilación las recomendaciones realizadas por la CIDH en las “Observaciones” de 2009 (OEA/Ser.L/V/II.134.Doc. 66, 27 marzo de 2009).
- Realizar las adecuaciones institucionales necesarias para la protección de derechos de la población afrodescendiente en Colombia, y particularmente para el goce efectivo de derechos de las víctimas.
- Avanzar en un proceso de caracterización de la población y de verificación de goce efectivo de derechos de las víctimas afrocolombianas, a fin de establecer una línea base que permita formular políticas públicas más asertivas.
- Implementar mecanismos efectivos de coordinación entre autoridades étnico-territoriales, municipios y departamentos, y nación, a partir de los principios establecidos por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, y nuevos mecanismos a partir del enfoque diferencial. En ese orden de ideas, es también fundamental lograr una articulación entre los entes territoriales, ya que las comunidades y los pueblos étnicos habitan en más de un departamento o municipio, de manera que dicha coordinación debe estar orientada a garantizar el goce de derechos de esta población.
- Adoptar las recomendaciones del Primer informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de medidas contempladas en los decretos Ley de Víctimas de la Comisión de Seguimiento conformada por los órganos de control.

### ***A la Corte Constitucional***

- Mantener el seguimiento a la implementación del Auto 005 de 2009 y demás medidas de protección relativas a los afrodescendientes en el marco de la Sentencia T-025 de 2004, en especial, dada la crítica situación de los líderes, las mujeres afrodescendientes, los niños, niñas y jóvenes, la implementación efectiva de las medidas específicas de los autos 200, 092, 098 y 251. Asimismo, la aplicación concurrente del Decreto Ley 4635 y los autos de seguimiento a la Sentencia T-025.

- Adelantar, de ser conducente, las acciones que considere pertinente para hacer efectiva la materialización de la Ley 70 de 1993.
- Mantener la línea jurisprudencial encaminada a la protección de derechos de los pueblos y comunidades afrocolombianas.

#### *A la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

- Realizar una audiencia temática, en el marco de su siguiente periodo de sesiones, con el objeto de considerar de manera detallada la situación humanitaria de los afrodescendientes en Colombia y valorar el cumplimiento de las recomendaciones realizadas por la CIDH al Estado colombiano, en el contexto de sus “Observaciones” de 2009 (OEA/Ser.L/V/II.134.Doc. 66, 27 marzo de 2009).
- Promover de manera urgente a la relatora sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial una visita de monitoreo y seguimiento a la situación de los afrodescendientes en Colombia.
- En atención a las recomendaciones de la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas, en particular:
  - Instar al Gobierno nacional de Colombia a cumplir con su deber de garantizar el respeto y la protección de todos los derechos fundamentales de la población afrocolombiana, como se desprende de la obligación derivada del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
  - Acelerar el proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación, garantizando que tal mecanismo sea participativo y reconozca la extrema vulnerabilidad de muchos afrodescendientes en las Américas en sus condiciones diferenciales; en el caso afrocolombiano, su grave crisis humanitaria. Tal mecanismo debe tener como objetivo central proteger, cumplir y fortalecer todos los derechos de los afrodescendientes y hacer efectivos sus reclamos.
  - Instar al Departamento de Derechos Internacional de la OEA a priorizar la crisis humanitaria afrocolombiana en el Proyecto para la Incorporación de la Temática Afrodescendiente en las Políticas y Programas de la OEA.

#### *Al Sistema de Naciones Unidas*

- Alentar al Estado colombiano, a través de sus diferentes organismos y representantes, en particular aquellos en terreno, a redoblar sus esfuerzos para hacer efectivo el respeto, la garantía y la protección de los derechos humanos y el DIH para los afrodescendientes en Colombia.

- Examinar y priorizar, en el marco del Comité de Derechos Humanos, el cumplimiento de las recomendaciones que sus organismos y procedimientos especiales realizan sistemáticamente al Estado colombiano sobre su población afrodescendiente. Y, dada la gravedad y prolongación de la crisis humanitaria afrocolombiana, realizar un plan de acción específico para promover su adopción efectiva. En este propósito la acción coordinada y sistemática del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Afrodescendientes, el CERD y el CEARC, al igual que la del ACNUR, dada la crítica situación de los desplazados y refugiados afrocolombianos, sería de vital importancia.
- Tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración y el Plan de Acción de Durban en el Estado colombiano. La OACNUDH y el PNUD de Colombia podrían brindar el soporte en terreno y adelantar los respectivos diálogos con las autoridades competentes.
- Acompañar al proceso organizativo afrocolombiano y al Gobierno nacional en la construcción y concertación de los mecanismos para hacer efectivos los derechos a la consulta previa y a la participación. A tal efecto, la OACNUDH y los demás representantes del Sistema de Naciones Unidas en Colombia podrán tomar todas las medidas que consideren necesarias para apoyar este trascendental proceso.

#### *A la Procuraduría General de la Nación*

- Cumplir con la obligación constitucional e internacional de incorporar un enfoque diferencial de prevención, protección y atención que responda a la realidad de los pueblos y comunidades afrocolombianos. A tal fin, será central la adecuación institucional de la Procuraduría con la creación de una delegada de asuntos étnicos. La participación proporcional de los afrodescendientes en los cargos de esta entidad también será fundamental en la introducción de este enfoque diferencial institucional.
- Adoptar las medidas que considere pertinentes, dentro de la órbita de sus competencias, para investigar y sancionar a los funcionarios comprometidos en la no implementación del Auto 005 y demás órdenes de protección de los derechos de la población afrocolombiana emitidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-025.
- Adelantar las acciones que considere convenientes para hacer el seguimiento y garantizar el cumplimiento efectivo del Decreto Ley 4635 de 2011. En particular, realizar un balance detallado sobre el proceso de “consulta previa” adelantado en su construcción y tomar las acciones a las que considere que haya lugar como resultado de este examen.

### *A la Defensoría del Pueblo*

- Tomar las medidas para acatar la obligación de integrar un enfoque diferencial relativo a los afrocolombianos de forma integral en toda la institución. Entre otras acciones que considere necesarias, la capacitación de los funcionarios en este enfoque sobre los derechos y la situación diferencial de los afrocolombianos deberá advertir sobre la incidencia de factores como el racismo y la discriminación en la perpetración de estos crímenes; asimismo, sobre la necesidad de lograr que todas las personas u organizaciones que comentan estas violaciones sean procesadas y que las víctimas sean atendidas de forma sensible a estas violaciones y daños.
- En esa perspectiva, la reforma a la Defensoría del Pueblo es fundamental y debería concertarse con los grupos étnicos en la perspectiva de fortalecer la entidad en la protección de sus derechos. Sobre el particular, Codhes ha propuesto la creación de un grupo de consulta previa dentro de la delegada para asuntos étnicos, denominada, dentro de la estructura de la entidad, como Delegada de Indígenas y Minorías Étnicas.

### *A la Fiscalía General de la Nación*

- Adaptar de forma prioritaria en su estructura interna, dada la magnitud desproporcionada de crímenes contra afrocolombianos, una unidad específica para abordar de forma diferencial las violaciones a los DDHH y el DIH perpetradas en su contra, que se encargue de investigar y acusar a los presuntos infractores, y a las estructuras políticas y económicas que los financiaron o auspiciaron. Esta unidad específica, destinada a la protección de los derechos de los afrocolombianos y a la prevención de nuevas violaciones, debe contar con los recursos financieros, institucionales y humanos necesarios; adelantar todas las acciones judiciales, de investigación y probatorias para acusar a los presuntos criminales antes los jueces; igualmente, para asistir a las víctimas afrocolombianas en procura del restablecimiento del derecho y la reparación integral en los términos definidos en el Decreto Ley 4635, y demás instrumentos nacionales e internacionales aplicables en la materia. En esta unidad debería introducirse un enfoque de género que atienda de forma diferencial la situación y los crímenes perpetrados en contra de las mujeres afrocolombianas.
- Sistematizar la información relativa a los crímenes contra afrocolombianos de forma diferencial, al igual que todas las estadísticas con los procesos y los crímenes perpetrados y sus resultados.

### *A la Contraloría General de la República*

- Cumplir con la obligación constitucional e internacional de incorporar un enfoque diferencial de prevención, protección y atención que responda a la realidad de los pueblos y comunidades afrocolombianos. A tal fin será central la adecuación institucional de la Con-

traloría, con oficinas y funcionarios que de forma específica se concentren en la protección efectiva de los derechos de la población afrodescendiente. La participación proporcional de los afrodescendientes en los cargos de la entidad también haría parte de la introducción de este enfoque diferencial institucional.

- Adoptar las medidas que considere pertinentes, dentro de la órbita de sus competencias, para hacer el control de la gestión fiscal y resultados de las acciones gubernamentales emprendidas en el marco del Auto 005 y demás órdenes de protección de los derechos de la población afrocolombiana emitidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-025.
- Adelantar las acciones que considere convenientes para hacer el seguimiento y garantizar el cumplimiento efectivo del Decreto Ley 4635 de 2011. En particular, realizar un balance detallado sobre la gestión fiscal de su proceso de “consulta previa” y la implementación del marco normativo en mención, y tomar las acciones a las que considere que haya lugar como resultado de este examen.

### ***Al Ministerio de Educación y a los medios de comunicación***

En el marco del Decenio Mundial de los Afrodescendientes (2013-2022), Codhes recomienda:

- Introducir en todas las instituciones, en particular en educativas o con fines culturales, un enfoque diferencial sensible a la historia y la situación humanitaria de los pueblos y comunidades afrodescendientes en Colombia.
- Realizar campañas y otras acciones pertinentes para identificar y eliminar todas las formas de racismo y discriminación racial que afectan a la sociedad y a las víctimas de tales flage-los. En este trabajo los medios de comunicación y demás agentes con impacto cultural deben adoptar un enfoque de acción sin daño, que implica, entre otras cosas, evitar y rechazar la construcción y presentación de imágenes estereotípicas que promuevan el racismo y la discriminación, y que atenten contra la dignidad de las personas afrodescendientes.

### ***A la Comisión Legal de Seguimiento Congreso***

- Mantener y reforzar el seguimiento específico a la implementación del Decreto Ley 4635 de 2011.

### **Recomendaciones en materia de consulta previa:**

- Por cuanto ha habido graves fallas en la garantía del derecho a la consulta previa en medidas legislativas y administrativas, estos procesos irregulares han afectado la pervivencia de los pueblos, de manera que debería establecerse un mecanismo complementario de repara-



ción por las consecuencias derivadas de la omisión de la obligación de consulta previa o de consultas irregulares. También debe haber fortalecimiento institucional para que una de las garantías de no repetición sea el desarrollo de procesos de consulta previa de acuerdo con estándares de derecho y jurisprudencia internacional y nacional encaminada a la protección de la pervivencia cultural.

- Armonizar la legislación y las políticas públicas para la protección de los derechos de los grupos étnicos. Por ejemplo, la legislación y la política minera no han sido consultadas y esto ha afectado la integridad cultural de los pueblos.
- La garantía del derecho a la consulta previa es fundamental para preservar la integridad cultural de los pueblos frente a medidas legislativas o administrativas que los afecten. En este sentido, es importante señalar que cualquier reglamentación que pretenda el Gobierno nacional en la materia debe ser consultada previamente con las debidas garantías y contar con el consentimiento, previo libre e informado de pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidad rom en Colombia.
- Examinar el marco normativo e institucional del país relativo a la consulta previa y, según proceda, modificar y promover el conjunto de acciones normativas e institucionales pertinentes para hacer efectivo este derecho, previa consulta con los sujetos de derechos. Entre tales acciones se encuentra la adecuación de las instituciones que realizan funciones relativas en el Ministerio del Interior. En particular, fortalecer la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, para que asegure a los pueblos y comunidades afrocolombianos todos los recursos técnicos y financieros, incluida la asesoría legal y de otra índole, para garantizar sus derechos en la realización de todos los procesos de consulta que les interesen o afecten.

## Bibliografía

Afrodes y Global Rights, *Bicentenario: ¡Nada que celebrar!*, Informe sobre los derechos humanos de las comunidades afrocolombianas en el marco de la “celebración” de los doscientos años de vida republicana en Colombia. (Bogotá: Afrodes y Global Rights, 2010).

———. Vidas ante la Adversidad. Informe sobre la situación de derechos humanos de las mujeres afrocolombianas en situación de desplazamiento forzado. (Bogotá, 2008)

Arocha, Jaime. “Región del Pacífico: Entorno y derechos territoriales” En: *Colombia, país de regiones, El Colombiano*, 19 diciembre, (Medellín) n.º 32, 1993. Consultado 10 de mayo de 2013 en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/geografia/region4/cap3.htm>

Castillo Gómez, L.C. Etnicidad y nación: el desafío de la diversidad en Colombia. Cali:Programa Editorial Universidad del Valle, 2007,

Centro de Pastoral Afrocolombiana (Cepac). *Historia del pueblo afrocolombiano. Perspectiva pastoral*. Popayán: Tecnigráficas, 2003.

Cococaucá. “Pronunciamento de la Regional Cococaucá ante la consulta de agenda legislativa de 2011 promovida por el Gobierno nacional para las comunidades negras como grupo étnico” (Guapi, Cauca, 27 de septiembre del 2011).

Código Civil Colombiano.

Comisión Colombiana de Juristas. “Informe sobre la situación del derecho al territorio de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en Colombia”. 2012.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Colombia, Convenio 169 OIT Informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (2005/76a reunión)

———. “Observación general sobre el Convenio núm. 169”. 79.ª sesión de 2008. 2009.

———. Observación (CEACR) sobre Colombia –Adoción: 2012, publicación: 102ª reunión CIT (2013).

Comisión de Seguimiento a la Política pública sobre Desplazamiento Forzado. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: superar la exclusión social de la Población Desplazada*, vol. 3. Bogotá: Torre Gráfica, 2009.

———. *El Reto Ante la Tragedia del Desplazamiento Forzado. Garantizar la Observancia de Derechos de la Población Desplazada II*.(Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2010).

———. *Tercer informe de verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento. Proceso Nacional de Verificación*. Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2010.

- Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control. “Primer informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de medidas contempladas en los decretos Ley de Víctimas”. 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.
- . “Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia”. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 66 (2009).
- . Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (2009)
- . La situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc 62. (2011).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Colombia. 20/08/99”. 1999. Consultado el 20 de agosto de 2013. <http://www.acnur.org/Pdf/0722.pdf?view=1>
- “Comunicación dirigida al Departamento de Estado de los Estados Unidos a través de la Oficina en Washington para América Latina, WOLA”. 3 de noviembre de 2011.
- Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. Plan estratégico 2008-2011. Bogotá, 2008.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 70 de 1993.
- . Ley 1448 de 2011.
- Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Yurumanguí, Asociación Popular de Negros Unidos del Río Yurumanguí Palenque el Regional el Congal. Pronunciamiento en el marco de la Sexta Asamblea General (4 de julio de 2011).
- Coordinación Regional del Pacífico. Carta al presidente Juan Manuel Santos, con relación a aspectos atinentes a consulta previa sobre decreto ley para la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a la población afrocolombiana en la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras. 5 de diciembre de 2011.
- Consejo de Administración, 282.<sup>a</sup> reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT (Ecuador, GB.282/14/2).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 11001 0324 000 2007 00039 00. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. 2010.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3726. “Lineamientos, plan de ejecución de metas, presupuesto y mecanismo de seguimiento para el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas”.
- Constitución Política de Colombia(1886).

Constitución Política de Colombia (1991).

Consultoría para los Derechos humanos y el Desplazamiento (Codhes) [Olga Lucía Gaitán]. *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*, documento Codhes n.º 24. (Bogotá: Kimpres, 2012).

Convocatoria Consultiva Departamental del Valle del Cauca.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 169 de 2001. Mp Carlos Gaviria Díaz. (Bogotá, 14 de febrero de 2001).

\_\_\_\_\_. Sentencia T-955 de 2003. M.P Álvaro Tafur (Bogotá, 17 de Octubre de 2003).

\_\_\_\_\_. Sentencia C-461 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda. (Bogotá, 14 de mayo).

\_\_\_\_\_. Auto 092 de 2008. M. P Manuel José Cepeda (14 de Abril de 2008).

\_\_\_\_\_. Auto 251 de 2008. M. P Manuel José Cepeda. (Bogotá, 6 de octubre de 2008).

\_\_\_\_\_. Auto 004 de 2009. M.P Manuel José Cepeda. (Bogotá, 26 de enero de 2009).

\_\_\_\_\_. Auto 005 de 2009. M. P Manuel José Cepeda. (Bogotá, 26 de enero de 2009).

\_\_\_\_\_. Auto 006 de 2009. M.P Manuel José Cepeda. (Bogotá, 26 de enero de 2009).

\_\_\_\_\_. Sentencia T-129 de 2011. M. P Jorge Iván Palacio (Bogotá 3 de marzo de 2011).

\_\_\_\_\_. Sentencia C-052 de 2012. M.p Nilson Pinilla. (Bogotá, 8 de febrero de 2012).

\_\_\_\_\_. Sentencia T 823 de 2012. M. P Jorge Ignacio Pretelt (Bogotá, 17 de octubre de 2012).

\_\_\_\_\_. Auto 098 de 2013. M. P Luis Ernesto Vargas. (Bogotá, 21 de mayo de 2013).

\_\_\_\_\_. Auto 099 de 2013. M.P Luis Ernesto Vargas, (Bogotá, 21 de mayo de 2013).

\_\_\_\_\_. Auto 119 de 2013. M.P Luis Ernesto Vargas. (Bogotá, 24 de Junio de 2013).

Corte Penal Internacional, Situación en Colombia. Reporte Intermedio - Noviembre (2012). Consultado Julio 17 de 2013 en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Censo general de 2005.

\_\_\_\_\_. Análisis regional de los principales indicadores sociodemográficos de la comunidad afrocolombiana e indígena a partir de la información del censo general del 2005. (2005) Consultado el 11 de agosto de 2013 en: [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/Afro\\_indicadores\\_sociodemograficos\\_censo2005.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/Afro_indicadores_sociodemograficos_censo2005.pdf)

Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, E/CN.4/1998/53/Add.2. 11/2/1998

Departamento Nacional de Planeación. (2012,30 de mayo) Lineamientos, plan de Ejecución de Metas, Presupuesto y Mecanismo de Seguimiento para el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas. (Documento CONPES 3726) Bogotá D.C, Colombia: DNP

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

“Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”. 2012.

“Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia”. Consejo de Derechos Humanos 16.º período de sesiones A/HRC/16/22 (2011), 14 y 21. Consultado marzo 28 de 2013 en: [http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI\\_2810.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2810.pdf?view=1)

“Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos” Adición Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Consejo de Derechos Humanos 19.º período de sesiones A/HRC/19/21/Add.3(2012),18. Consultado marzo 28 de 2013 en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-21-Add3\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-21-Add3_sp.pdf)

“Informe de la experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall: Adición - Misión a Colombia. A/HRC/16/45/Add.1. (2011), 1. En: [http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/E92E1356265AD87485257848005C407F-Informe\\_completo.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/E92E1356265AD87485257848005C407F-Informe_completo.pdf)

Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin. Adición: Marco de soluciones duraderas para desplazados internos (A/HRC/13/21/Add.4). (2010) En: [http://www.acnur.es/PDF/8151\\_20120416132838.pdf](http://www.acnur.es/PDF/8151_20120416132838.pdf)

Foro Interétnico Solidaridad Chocó (FISCH), Chocó, Quibdó. “Comunicación dirigida al Departamento de Estado de los Estados Unidos a través de la Oficina en Washington para América Latina, WOLA” (3 de noviembre de 2011).

Friedmann, Nina y Richard Cross. *Ma Ngombe: guerreros y ganaderos en Palenque*. Bogotá: Carlos Valencia Editores, 1979.

Kälin W. “Marco de Soluciones Duraderas”. Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos. Asamblea general de las Naciones Unidas, (2010).

Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. Comunicado 002. 22 de septiembre de 2011.

\_\_\_\_\_. Propuesta de Decreto Ley para las víctimas afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, con ocasión de las facultades extraordinarias otorgadas en el Artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, Bogotá (2011).

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional *et al.* “Enfoques y propuestas de la política de tierras para la población desplazada”. 2011. Documento de trabajo.

Ministerio del Interior y de Justicia de la República de Colombia. Decreto 3770 de 2008.

\_\_\_\_\_. Resolución 3598 de 2008.

Naciones Unidas. . Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Resolución A/RES/60/147). 2005

\_\_\_\_\_. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (E/CN.4/1998/53/Add.2. 11/2/1998)*. 1998.

Olof Ylele Harah. Ley 70 Estatuto de Autonomía Comunidades Negras. (Medellín 2012), 25.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

\_\_\_\_\_. Resolución sobre la acción de la OIT, concerniente a los Pueblos Indígenas y Tribales. (Ginebra: 1989).

\_\_\_\_\_. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. (2009).

Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), “Observación general 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”. Consultado en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html>

“Política pública con enfoque diferencial para la población afrocolombiana en situaciones de desplazamiento forzado o confinamiento. Propuestas para la construcción” (octubre de 2008).

Presidencia de la República. Decreto 1397 de 1996 .

\_\_\_\_\_. Decreto 2957 de 2010.

\_\_\_\_\_. Decreto 2893 de 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto Ley 4633 de 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto Ley 4635 de 2011.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). “Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio”. 2011.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

Red Nacional de Mujeres Afrocolombianas, PCN, CNOA, y otras. Carta de solicitud de apoyo de las mujeres de los grupos étnicos en la Consulta previa establecida en el Proyecto de Ley de Víctimas. (Bogotá, 5 de mayo de 2011).

Unesco. Consultado 9 de octubre de 2013, Página web: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/RL/00102>

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, “La Política Pública para la Protección y Restitución de los Derechos Territoriales de los Grupos Étnicos: antecedentes, acciones y perspectivas en el escenario de los decretos con fuerza de ley para grupos étnicos (4633

y 4635 de 2011)”. Bogotá, 2013. Consultado en [http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/publicaciones\\_etnicos/documento\\_etnicos\\_URT\\_marzo\\_2013.pdf](http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/publicaciones_etnicos/documento_etnicos_URT_marzo_2013.pdf)

Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas. Cifras de la Red Nacional de Información publicadas página web, con fecha de corte del 1 de Noviembre de 2013. Consultado el 12 de noviembre de 2013 en: [http://rni.unidadvictimas.gov.co/?page\\_id=1629](http://rni.unidadvictimas.gov.co/?page_id=1629)

\_\_\_\_\_. Resolución 388 de 2013. Diario Oficial No. 48.796 de 20 de mayo de 2013.

Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffón. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”. En *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, eds. Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional; Unión Europea; DeJusticia, 2009. Pgs 17-28







El presente informe, tiene por objetivo analizar el proceso de consulta previa y participación de las víctimas afrocolombianas, sus organizaciones y representantes en la construcción e implementación del Decreto Ley 4635, el cual establece las medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Asimismo identificar y analizar medidas establecidas en el Decreto ley 4635 y analizar su aplicación en correspondencia con el Auto 005 de 2009.

Con esta publicación, Codhes busca reiterar la necesidad de la adopción del enfoque diferencial étnico y la importancia del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos indígenas, afrodescendientes y rom, como eje central para la protección efectiva de su integridad cultural y sus derechos. Este informe espera aportar a la necesaria comprensión del contexto jurídico, situacional y territorial de los afrodescendientes en Colombia, en particular, en el marco del análisis de la obligación del Estado colombiano de garantizar el derecho de todas las víctimas a la reparación, la verdad, la justicia y la no repetición, al igual que los derechos a la participación en todos los niveles políticos, económicos, sociales y culturales del país, en especial, el derecho a la consulta previa en todos los asuntos que les afecten directamente o les conciernen.

Este informe es el resultado de la información que Codhes ha analizado y sistematizado en el desarrollo del proyecto “Reparación integral a pueblos indígenas y afrocolombianos, énfasis en consulta previa como derecho fundamental”, en el marco de una alianza con Onic –Autoridad Nacional Indígena de Colombia- y Cnoa –Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas- y gracias al apoyo financiero del Fondo para la Sociedad Civil Colombiana por la Paz, los Derechos Humanos y la Democracia (FOS).

