

El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia*

Por Sergio Andrés Coronado Delgado**

* Artículo recibido en agosto de 2006
Artículo aprobado en octubre de 2006
** Abogado e investigador del Cinep.

Introducción¹

En Colombia, el reconocimiento de la población afrodescendiente como sujeto colectivo de derechos, es un proceso que encuentra en la Constitución Política de 1991 uno de sus momentos más significativos. El constituyente definió, en diferentes disposiciones, el reconocimiento de derechos especiales en cabeza de los descendientes de africanos en Colombia.

El Estado colombiano se encontraba en mora de tomar medidas tendientes a generar espacios de integración y afirmación para la población afrodescendiente. Antes de la Constitución de 1991 no existía un esfuerzo por reconocer la subjetividad de este grupo social y atender sus demandas.

Colombia es el tercer país de América con mayor cantidad de población negra. Según datos del Dane, entre el 18% y el 22% de la población total del país es afrodescendiente; hacen parte de ésta cerca de 8.500.000 colombianos (Agudelo, 2005, 14). Esta situación ha generado el recono-

¹ Versión modificada del trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia

cimiento de derechos especiales en cabeza de los afrocolombianos. En general se han concedido dos tipos de derechos: unos derechos de participación, con la creación de una circunscripción especial para que las comunidades negras elijan un representante en el Congreso de la República. El otro tipo de derechos son los territoriales, derivados del artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

Todo el paquete de derechos reconocido desde la Constitución de 1991 hace parte de la política de acción afirmativa que el Estado colombiano ha reconocido para la población afrodescendiente. Estas acciones se encuentran destinadas a desarrollar el principio de igualdad, frente a los sujetos que se han encontrado en situaciones especiales de discriminación y que ha limitado el acceso de estos sujetos a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural (ibíd., 16).

El Departamento Nacional de Planeación, ha recogido en el documento Conpes 3310, una serie de propuestas para desarrollar dentro de una política de acción afirmativa dirigida a la población negra; entre ellas se encuentran la reducción de analfabetismo, ampliación de la cobertura en el sistema de salud, entre otros².

Aunque las políticas de acción afirmativa generan una serie de derechos para la población afrocolombiana, en el presente artículo, trataremos la discusión alrededor del paquete de derechos derivados del artículo transitorio 55 de la Constitución, en donde se establece la titularidad de derechos por la relación que tenga una comunidad negra con su territorio.

El propósito es sustentar la fundamentalidad del derecho al territorio de las comunidades negras, además de avanzar en la definición de su contenido y sus características. Para ello se abordará el tema desde la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia.

² En el año 2005 dentro del Censo general de población, se incluyó una pregunta destinada a determinar el número de colombianos que se identificaban como afrodescendientes (Documento Conpes 3310, Bogotá, septiembre de 2004, p. 12).

Este artículo trabaja, en primer lugar, el debate teórico sobre los derechos culturales y los derechos de las minorías, con el objetivo de observar las diferentes posiciones que desde la academia se han asumido sobre el tema de los derechos culturales y asumir una que fundamente la existencia del derecho al territorio. En segundo lugar, observaremos los antecedentes y la actualidad de la normativa relativa al derecho al territorio de las comunidades negras en Colombia. En este punto realizamos una propuesta de definición del contenido y las características de este derecho.

Posteriormente, se abordará el debate sobre la naturaleza del derecho al territorio, con el fin de introducir una categoría para el estudio de este derecho. Finalmente observaremos la situación actual de la garantía del derecho al territorio, teniendo en cuenta su desarrollo normativo, el tratamiento jurisprudencial y las posiciones de diversos autores sobre el tema.

El reconocimiento del derecho fundamental al territorio de las comunidades negras en Colombia, significa una poderosa herramienta para los miembros de este grupo social en el ánimo de generar condiciones óptimas para su garantía, debido a que permite que los titulares tengan argumentos para demandar la tutela directa del derecho frente al principal responsable de su garantía: el Estado. Este trabajo tiene el propósito de contribuir a los procesos de exigibilidad del derecho al territorio, además de abonar terreno para generar una discusión académica sobre este tema, que se torna trascendental para la situación actual del país.

Importancia de la protección de los derechos culturales en sociedades diversas

Si se considera el derecho al territorio como un derecho cultural que posibilita la realización de derechos sociales, civiles y políticos, así como de derechos sociales—asumiéndolos como derechos colectivos—, es necesario ubicar diferentes argumentos teóricos que permitan abordar dicha problemática. Por lo tanto, se considera que dos posturas, pueden ofrecer elementos importantes

para sustentar las tesis que se manejan. En primer lugar, la teoría de los derechos de las minorías, sustentada principalmente por Kymlicka. En segundo lugar observaremos, la fundamentación filosófica y jurídica de los derechos sociales y los derechos culturales, con el objeto de encontrar los puntos de encuentro en ambas definiciones.

El trabajo de Kymlicka constituye uno de los esfuerzos teóricos más importantes para la construcción una teoría de los derechos de las minorías, ya que defiende la tesis de la ciudadanía multicultural, y explica la necesidad de que en las democracias liberales de occidente haya reconocimiento de derechos de estos grupos.

Partiendo de la defensa del multiculturalismo, Kymlicka, ubica la discusión en el escenario de la construcción nacional. Se aleja del binomio teórico que sustentaba el debate liberalismo-comunitarismo y ubica cada vez más la discusión de los derechos de las minorías dentro del mismo liberalismo, y su reconocimiento en el seno de las instituciones liberales como el Derecho, los Tribunales, los órganos de participación política, entre otras. (Kymlicka, 2003, 31-33).

La defensa de los derechos de las minorías se explica en la medida en que la construcción nacional estatal ha amenazado la existencia de estos grupos (bien sea étnicos, culturales o de inmigrantes). En este sentido, los derechos de las minorías se convierten en mecanismos para protegerlas de las posibles injusticias que pueda cometer el Estado Nacional en su proceso de consolidación.

Igualmente el autor es crítico de las concepciones que observan a los derechos de las minorías como privilegios o exenciones y se arriesga a afirmar que el reconocimiento de derechos a las minorías hace parte de la legitimidad misma del Estado Nacional, en la medida en que la limitación de la cultura hegemónica permite agregar a más grupos dentro de una misma categoría nacional (ibíd., 57).

Igualmente, sostiene que frente a las necesidades de las minorías (que en nuestros días tienden a multiplicarse), cualquier Estado que defienda principios democráticos, está en la obligación de reconocer derechos a estos grupos. Sin

embargo, las medidas de afirmación positiva (que se presentan como generadoras de derechos para las minorías), no son suficientes para lograr el reconocimiento de una ciudadanía plena para minorías que han sido tradicionalmente excluidas, ya que éstas son acciones temporales que buscan igualar los grupos sociales, y no hacer una diferenciación que parte de las particularidades de los grupos y reconoce derechos permanentes (Kymlicka, 1996, 57-59).

En este sentido el autor expone una problemática que intenta ubicar el debate, dentro de los mismos postulados democráticos que defiende todo Estado liberal contemporáneo, haciendo énfasis en la contradicción que encuentra entre el discurso que defiende los derechos de las minorías y el discurso que defiende los derechos humanos. Según Kymlicka, la lógica de los derechos humanos individuales no aporta ninguna respuesta a los problemas de los derechos de las minorías. Y propone complementar los principios tradicionales de los derechos con la teoría de los derechos de la minoría. Este puede ser un intento por construir una dogmática de los derechos colectivos de las minorías.

Otro de los acercamientos teóricos válidos para abordar el problema es la teoría de los derechos sociales. En este sentido el aporte de Abramovich nos acerca a la fundamentación de los derechos sociales. El autor parte de la crítica a la diferenciación que se realiza de la exigibilidad de los derechos civiles frente a la exigibilidad de los derechos sociales, haciendo énfasis en que ambas categorías de derechos son de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados y que no puede haber excusa en la no-realización de los derechos sociales por considerarlos declaraciones políticas de los Estados.

Los derechos civiles se encuentran dentro del paradigma del Derecho privado clásico, de la tradición contractual clásica del derecho anglosajón, en donde la unidad de análisis primaria es la acción humana individual. Los derechos sociales se encuentran en un paradigma que no sustituye completamente el modelo de los derechos civiles y por lo tanto no tienen una fundamentación satisfactoria en esta lógica. En este sentido, los derechos sociales superan el paradigma del mercado como criterio de repartición de recursos e introducen los conceptos de equidad e igualdad en este proceso (Abramovich, 2002, 47-56).

La clasificación de estos derechos se explica en los grupos que demandan su cumplimiento (Ewald, 1985, Libro IV, citado por Abramovich). En la medida en que existan estos derechos dentro de un Estado providencia, existe la posibilidad de los individuos de sustentar su posición de sujetos de derechos en cuanto pertenezcan a un grupo.

Así, se explican los derechos desiguales, ya que se constituyen en criterios de reparación frente a los grupos que han sido discriminados. Para Ewald, la fundamentación de los derechos sociales requiere un giro en la orientación filosófica moral que fundamentan los derechos civiles, ya que ésta es una fundamentación que parte de la individualidad de los sujetos. Al momento de comprender la fundamentación de los derechos sociales, este autor propone una orientación sociológica, que dé cuenta de la acción de los grupos humanos en el reconocimiento y realización de los derechos sociales.

Partiendo de este acumulado teórico, se posibilita la construcción de una argumentación de la defensa del derecho al territorio de sujetos colectivos, sustentada desde la teoría de los derechos de las minorías, o asumiéndolo como un derecho cultural, que tiene tanto dimensiones políticas como sociales. Estas dos propuestas nos permiten reconocer diferentes dimensiones del derecho al territorio, sobre las cuales se realizará el análisis sobre la naturaleza del mismo.

Para el caso del derecho colectivo al territorio de las comunidades afrodescendientes, el reconocimiento de la afroamericanidad es un proceso bastante complejo, ya que debe tener en cuenta las particularidades de las expresiones locales en cada uno de los espacios de América en donde se define el componente cultural afro. La inclusión de los afrodescendientes a los proyectos de construcción nacional de América Latina, contenidos en las Constituciones políticas de sus países, se configura como un elemento común a las realidades de los afrodescendientes en diferentes países de la región (García, 2001).

En términos del discurso de Kymlicka, se observa que el caso de los afrodescendientes en América se aplica a las categorías de exclusión, desconocimiento

y rechazo. El reconocimiento de derechos especiales, no puede desconocer el bagaje y la particularidad de la cultura afroamericana.

El reconocimiento paulatino de derechos y garantías especiales a la población negra se explica por las movilizaciones sociales de estas organizaciones en la década de 1980 y 1990³. Sin embargo, este reconocimiento es un proceso lento que aún se encuentra en mora de culminarse. Así, aunque en algunos países se han reconocido derechos territoriales, está pendiente el reconocimiento de la autonomía que permita la realización integral de los planes de vida de la población negra⁴. Sin embargo, gracias a los aportes teóricos señalados, la existencia y fundamentación de estos derechos obtiene argumentos más certeros.

El derecho al territorio de las comunidades negras en Colombia

Para este artículo el estudio del derecho al territorio en Colombia se dividirá en dos partes, en primer momento se observará la situación de las comunidades negras frente a su territorio desde la legislación de tierras en Colombia, partiendo de la experiencia de las primeras décadas de la República hasta la expedición de la Constitución de 1991. Posteriormente realizará un análisis del derecho fundamental al territorio consagrado en la Constitución y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁵, así como de los conceptos de territorio que han desarrollado algunas experiencias organizativas de comunidades negras en Colombia. Estas dos lecturas nos permitirán ubicar finalmente un contenido óptimo de la protección del derecho al territorio.

³ En Colombia, el proceso de organización nacional de las comunidades negras se hace visible a comienzos de la década de 1990 con la conformación de la Coordinadora Nacional de las Comunidades Negras, organización que precedió la conformación del Proceso de Comunidades Negras–PCN en el año 1993.

⁴ Para las comunidades negras, el concepto de plan de vida también se ha asimilado al de etnodesarrollo.

⁵ Un análisis sobre el concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia se encuentra en Uprimny (2006).

Territorio y propiedad de las comunidades negras en Colombia

El reconocimiento del derecho colectivo al territorio de las comunidades negras en Colombia es tardío. Sólo hasta la Constitución de 1991 y su posterior desarrollo normativo (Ley 70 de 1993) y reglamentario (Decreto 1122 de 1998) se considera esta necesidad como derecho. Se presenta a continuación un recorrido no exhaustivo de los antecedentes normativos de este derecho, que para el caso de Colombia se remontan a los primeros años de la Independencia. Este apartado pretende recoger los puntos paradigmáticos de la evolución del derecho (Valencia, 2003, 285-330)⁶.

El recorrido por la historia de la regulación de la situación de los descendientes de africanos en Colombia se puede resumir como el recorrido por la invisibilización de las necesidades de este grupo social de cara a la construcción del país. Las primeras reivindicaciones de estos grupos parten de la necesidad de la garantía de la libertad, debido a que en los primeros años de la República el esclavismo se mantenía como medio de explotación.

En los primeros años de la República persistían las organizaciones de negros libertos, quienes bajo la figura del palenque reivindicaban al territorio como medio de reproducción de la vida y la libertad, como escenario de la organización comunitaria independiente de los esclavistas. Las organizaciones libres de negros bajo las figuras de palenques, rochelas y quilombos surgieron en varios lugares de América Latina, como respuesta a la necesidad del territorio y la libertad (Mena, 2004, 24-25).

Aunque en el nacimiento de la República se vivió un proceso de retribución a quienes habían participado de la gesta independentista, los afrodescendientes no fueron los beneficiarios de estas prebendas. Muchos fueron a la guerra bajo la promesa de la libertad, pero dicha promesa fue aplazada por más de 30

⁶ El estudio a profundidad de este desarrollo, sobre el cual se fundamenta este análisis, lo realizó Carolina Valencia Vargas (2003).

años por los gobernantes de la nueva república. Esta situación se repitió en las primeras guerras civiles decimonónicas.

Fue así como en la Guerra de los Supremos (1839-1841) los afrodescendientes empuñaron las armas esperando conseguir tierras y libertad. Nuevamente sus esperanzas fueron desechadas por los vencedores de aquella contienda. Tampoco fueron beneficiarios de las titulaciones de tierras, como sí lo fueron los ‘prohombres’ de la República. Es posible observar como se repartieron amplias cantidades de tierras entre los generales del ejército libertador, sin que se contaran dentro de ellos a algún descendiente africano.

La política de repartición de tierras en el siglo XIX fue bastante favorable a los intereses de blancos terratenientes, quienes podían fácilmente argumentar la posesión sobre los inmuebles y además tenían acceso a los medios para la legalización y titulación de la propiedad sobre las tierras. Al mismo tiempo esta política fue lesiva a los intereses de los afrodescendientes, quienes no contaban con dichas facilidades (Valencia, 2003, 296).

Lo que se escondía detrás de esta situación es la construcción de una mentalidad racista y discriminatoria frente a la población afrodescendiente en la nueva república. Estas condiciones, presentes aún en nuestros días, han imposibilitado el desarrollo efectivo de una sociedad amplia y respetuosa de la diversidad. Antecedentes como los mencionados, retrasaron la expedición de la ley de abolición de la esclavitud, y retrasó gravemente el reconocimiento de la ciudadanía plena para los descendientes de los africanos en Colombia.

Aunque la ley de abolición de la esclavitud (24 de mayo de 1851) otorgó la libertad a los afrodescendientes esclavos, esta situación no resolvió la situación general de discriminación, ni brindó acciones especiales de reparación frente a los abusos de los cuales fueron víctimas y tampoco posicionó el tema de la garantía de derechos especiales para este grupo social. El debate que surgía entonces y que llena de validez el análisis de ahora en adelante es el del reconocimiento de la diferencia como punto de partida de la integración de los afrodescendientes a la ciudadanía colombiana. La invisibilización se

convierte entonces en el marco legal para la regulación de los intereses de los afrodescendientes.

Las reivindicaciones de los afrodescendientes frente al territorio cobraron mucho más sentido en ese momento de la historia. A pesar de sus limitaciones, la Ley de abolición de la esclavitud configura ciertos derechos en cabeza de los afrodescendientes. Esta nueva situación jurídica, reconoció la personalidad de los afrodescendientes, y significó el primer momento de igualdad formal de ellos en nuestro país.

A mediados del siglo XIX, existía un interés por desarrollar zonas de explotación agrícola que produjeran cosechas de exportación. Estas zonas se ubicaron más allá de las fronteras agrícolas, un ejemplo de esta situación fue la colonización cafetera. Aunque el Pacífico colombiano era una zona de frontera agrícola, en esta región no se desarrolló una explotación agrícola dirigida a la explotación.

El Pacífico colombiano fue lentamente ocupado por colonos afrodescendientes, quienes se hicieron agricultores de subsistencia. Esta situación se incrementó con la ley de abolición de la esclavitud (LeGrand, 1988, 44). Los afrodescendientes manumitidos se ubicaron tanto en el Pacífico, como en la Costa Atlántica, generando todo tipo de relaciones con el territorio ocupado⁷. Sin embargo, en ese entonces, las relaciones de los afrodescendientes con su territorio no contaron con una protección especial por parte del Estado, ni siquiera del reconocimiento de su condición étnica o de unos derechos especiales.

Ejemplo de esta situación fue la Constitución de 1886, que no reconoció un estatuto especial para las minorías étnicas de la nación colombiana, tampoco se constituyó como un marco óptimo para una legislación de tierras tendiente a satisfacer las necesidades de territorio de estas comunidades, ni siquiera en el campo de la protección especial de las formas colectivas de la propiedad de la tierra.

⁷ Sonia Torres ha desarrollado un importante estudio sobre el poblamiento de la Costa Atlántica por afrodescendientes en el siglo XVII, bajo la forma de rochelas y palenques. Cfr. Sonia Torres Rincón, (2003).

Así, las primeras legislaciones de tierras que se expedieron durante el siglo XX, son el resultado de la invisibilización de las necesidades de los grupos étnicos en el texto constitucional; aunque el caso indígena⁸ resulta a todas luces menos preocupante que el de las comunidades afrodescendientes, no tuvo cabida el reconocimiento de los derechos sobre el territorio de unos y otros en la expedición de estas normas.

La situación explicada arriba no sólo se entiende mediante el análisis jurídico. Arturo Escobar sostiene que Colombia ha sido una sociedad que no ha tenido la capacidad de reconocer las otredades (negra, indígena, de género, popular, etc.) que se encuentran presentes en ella (Escobar, 2005, 94). Esta situación ha generado conflictos de representación, en donde se incluye a los grupos excluidos con representaciones ideadas desde el discurso hegemónico.

La legislación de tierras de los primeros años del siglo XX tuvo como finalidad promover la exploración y la explotación de tierras ociosas y la colonización de territorios de frontera. Aunque en los primeros momentos se observan normas como la Ley 25 de 1908 en donde preveía la cesión de tierras baldías a cultivadores, el verdadero interés de esta norma eran los señalados anteriormente (Valencia, 2003, 305).

En la región pacífica, las normas agrarias estuvieron encaminadas al fomento de la explotación de los recursos naturales presentes allí, al fortalecimiento de la exploración y colonización de las zonas de frontera agrícola y a la protección de algunas zonas mediante la declaración de bosques nacionales no explotables a las selvas húmedas del Pacífico⁹. Según Carolina Valencia, la última disposición puso en especial riesgo los derechos que los afrodescendientes ejercían sobre estas tierras en calidad de colonos de las mismas. Así, la protección ambiental trajo consigo una situación de desprotección de las comunidades negras que habitaban estos territorios.

⁸ Las Leyes 11 y 13 de 1821 mencionaron los derechos especiales de los grupos indígenas sobre los territorios que ocupaban desde la Colonia. Cfr. Valencia Vargas (2003, 294). Además, con la Ley 89 de 1890 (artículo 1 y 2) se reconoció autonomía a las comunidades indígenas “reducidas” sobre sus territorios.

⁹ Al respecto se observan las Leyes 112 de 1903, 37 de 1924 y 100 de 1923.

Con la Ley 200 de 1936 se inicia el periodo de legislación de la reforma agraria en Colombia. La expedición de esta normativa trajo consigo la posibilidad de generar un escenario de mayor equidad social en el campo colombiano. Sin embargo, las normas posteriores estuvieron encaminadas a desmontar los logros alcanzados por esta legislación, la reforma agraria en Colombia sufrió deterioros unos años después de su formulación¹⁰.

Las leyes de reforma agraria en Colombia no tuvieron especial interés en la protección de los derechos territoriales de las comunidades negras que habitaban la cuenca del Pacífico o cualquier otra región del país. Incluso las normas ambientales tuvieron una interpretación desfavorable para los intereses de los grupos afrodescendientes. La declaración de la zona de protección ambiental del Pacífico y de los parques nacionales naturales trajo consigo la imposibilidad del reconocimiento de la titularidad de los territorios en cabeza de las comunidades negras que habitan en ellos (Valencia, 2003, 311).

El dilema se presentaba entonces en términos de la contradicción entre la protección ambiental y los intereses de estas minorías étnicas; un falso dilema que justificaba el aplazamiento de la garantía de los derechos fundamentales de estos grupos humanos, máxime en el caso de los afrodescendientes.

Sólo hasta la Constitución de 1991 se escucharon las necesidades urgentes del pueblo afrocolombiano en cuanto al reconocimiento a su derecho fundamental al territorio. Con el artículo transitorio 55 y la posterior expedición de la Ley 70 de 1993 comenzó un proceso de reconocimiento, que de forma general, parece truncado por los intereses de agentes económicos y militares en las regiones donde habitan los afrodescendientes, los renacientes.

La Ley 70 de 1993, cuyo contenido se observará a continuación, significó la posibilidad de la conformación de consejos comunitarios de las comunidades negras con el fin de titular de forma colectiva las tierras que tradicionalmente

¹⁰. Después de la Ley 200 de 1936 se expidió la Ley 100 de 1944 que reestableció el contrato de aparcería, con el cual se imposibilitaba la adquisición de dominio para el colono que trabajaba la tierra (Uribe, 2003, 353).

habitaban. Sin embargo se señala que esta normativa ha tenido, incluso desde su formulación, dificultades significativas. Según algunas opiniones, la Ley 70 ha promovido la segregación racial en la sociedad colombiana y ha tenido poca aceptación entre la población negra colombiana¹¹.

Según el Proceso de Comunidades Negras en Colombia, los logros de la Ley 70 de 1993 son muy limitados, a pesar de que reconociera la titularidad de derechos a la población afrodescendiente, como la identidad, la participación, el territorio, entre otros, sus impactos no han sido lo suficientemente amplios, teniendo en cuenta la situación de desprotección de la cual aún es víctima hoy la gran mayoría de la población afrodescendiente. Dentro de los logros de la normativa se destacan algunos avances en el campo de la etnoeducación y la titulación de cerca de seis millones de hectáreas en el Pacífico (Proceso de Comunidades Negras, 2004, 262).

A pesar de la realidad que viven algunas comunidades de afrodescendientes, en la actualidad el reconocimiento del derecho fundamental al territorio nos permite construir desde la perspectiva jurídica el contenido del mismo y hacer posible la realización del mismo por medio de los diferentes mecanismos de exigibilidad. Por tal razón, a continuación se presenta un intento de construcción del contenido del derecho fundamental al territorio de las comunidades afrodescendientes.

El derecho al territorio a partir de la Constitución de 1991

El derecho al territorio ha tenido una evolución significativa en el escenario constitucional desde la Carta de 1991. El otorgamiento de la categoría de derecho fundamental a una demanda de grupos étnicos minoritarios, por medio de la consagración de diferentes artículos que lo definen, se puede considerar uno de los grandes logros para el reconocimiento de las minorías étnicas en Colombia.

¹¹. Según datos de un estudio del Ministerio de Justicia y del Derecho realizado en el año 1995, la mayoría de líderes comunales de la zona del Pacífico no tenían una concepción favorable de la Ley 70 de 1993. Ver: Valencia Vargas (2003, 313).

La Constitución de 1991 y su posterior desarrollo jurisprudencial, han definido la fundamentalidad del derecho al territorio para las comunidades étnicas. Para el caso de las comunidades afrodescendientes, esta situación se materializa en la consagración del artículo transitorio 55. Según Libardo Herreño, esta definición supone la constitucionalización de las políticas de afirmación positiva y se evidencia en que “al encontrarse recurrentemente presentes en la Constitución y en numerosos instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia, poseen naturaleza de derechos subjetivos e imponen el deber de legislar y promover políticas tendientes a hacer efectiva la igualdad de trato y oportunidad respecto de las personas y los grupos vulnerables de la sociedad” (Herreño, 2003, 493).

La definición de Herreño sirve como punto de partida para encontrar alguna que concilie los conceptos de políticas de afirmación positiva y derechos subjetivos sin igualarlos. Si bien es cierto que el constituyente de 1991 deseó plasmar una serie de políticas de afirmación positiva frente a las comunidades afrodescendientes como medida de reparación histórica por la discriminación de la cual son objeto, podría afirmarse también que estos sujetos son titulares de un derecho fundamental a la ejecución de estas políticas. El reconocimiento de estas se dan a partir de la necesidad de los afrodescendientes de reivindicar un lugar en el orden constitucional colombiano.

Esta definición puede acercarse a lo que Amartya Sen contempla como metaderechos, es decir, el derecho a tener una política pública que posibilite la realización de los derechos sociales en contextos de dificultad económica (Sen, 2002). Así, si entendemos un derecho social al territorio, también entenderíamos un metaderecho al territorio, que no sería otra cosa que la aplicación progresiva de políticas públicas tendientes a realizar el contenido del derecho.

Sin embargo, cuando afirmamos que el territorio es un derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes, la exigibilidad de políticas progresivas podría limitar la exigibilidad y la realización inmediata del contenido del derecho. Aunque la propuesta de Sen sea plausible para la realización

progresiva de derechos sociales fundamentales, su aplicación para el caso del derecho al territorio puede significar serias limitaciones.

Entonces se considera que la relación entre estos conceptos (derecho fundamental-acciones de afirmación positiva) se da en la medida en que el contenido de los derechos constitucionales subjetivos de las comunidades afrodescendientes, se encuentra definido por las mismas políticas de afirmación positiva consignadas en la Constitución. Así, las consecuencias de estas medidas son las que definen el contenido del derecho al territorio de los grupos afrodescendientes. La reivindicación de los afrodescendientes desde la Constitución, no se encaminaría a la formulación de políticas de afirmación positiva, sino a la garantía y realización inmediata del derecho fundamental al territorio.

Habiendo tomado partido sobre esta discusión, procedemos a delimitar el contenido del derecho fundamental al territorio de las comunidades afrocolombianas. Además el artículo transitorio 55, que sirvió de base para la expedición de la Ley 70 de 1993, existen diferentes disposiciones constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos, que permiten definir un contenido más amplio de este derecho fundamental.

El reconocimiento del Estado Social de Derecho (ESD), trajo consigo también el reconocimiento de la diversidad cultural como principio fundamental de la nación colombiana. Así, uno de los fines del ESD es la protección de las diferencias étnicas y culturales que conviven en el país. Según el artículo 7 de la Constitución de 1991, el Estado se compromete con el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Este reconocimiento trae consigo la definición de políticas duraderas tendientes a conservar este patrimonio colectivo de los colombianos, presente en las prácticas culturales de los grupos étnicos, entre ellos, las comunidades afrodescendientes.

En este sentido, la Constitución define una serie de obligaciones por parte del Estado para la defensa de la diversidad étnica y cultural de la nación. Aunque dichas obligaciones constitucionales se hacen explícitas frente a las comunidades indígenas, la interpretación sistemática de la Constitución nos permite afirmar

que las comunidades afrocolombianas también son objeto de estas obligaciones, en la medida en que éstas también hacen parte de la diversidad étnica y cultural protegida como principio fundamental del Estado colombiano.

Así nos encontramos con un catálogo de disposiciones que definen el contenido del derecho fundamental al territorio de las comunidades negras, entre ellas:

- Protección de lenguas y dialectos de grupos étnicos (artículo 10).
- Imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad de los territorios colectivos de las comunidades étnicas (artículo 329).
- Derecho de consulta previa para la explotación de recursos naturales sobre los territorios colectivos (artículo 329).
- Autonomía de las formas de gobierno, planeación y organización social (artículo 330).

En el derecho internacional de los derechos humanos, también se encuentran una serie de disposiciones significativas para la definición del derecho fundamental al territorio de las comunidades afrocolombianas.

En primer lugar, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de libre determinación de los pueblos. Según este derecho se establece la autonomía en la determinación de la condición política y del desarrollo económico, social y cultural.

Posteriormente, el Convenio 169 de la OIT, sobre los pueblos indígenas y tribales, se aplica a los pueblos tribales en países independientes “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas las 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 (Organización Internacional del Trabajo, 1989, Art. 1, literal a).

Este convenio aprobado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, resulta plenamente aplicable para las comunidades afrodescendientes, ya que su descripción se ajusta a la definición contenida en el mismo convenio. Allí se establecen las siguientes disposiciones:

- Consulta a los pueblos tribales, mediante procedimientos aprobados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6).
- Establecimiento de los medios para el desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos (artículo 6).
- Autonomía y control en la definición de prioridades en el proceso de desarrollo económico, social y cultural (artículo 7).
- Participación en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente (artículo 7).
- Respeto de la importancia de la cultura y valores espirituales de estos pueblos en relación con su territorio (artículo 13).
- Reconocimiento y protección efectiva del derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 14).
- Consulta previa e indemnización por perjuicios causados por los proyectos de explotación de recursos naturales que se encuentren presentes en los territorios de grupos (artículo 15).
- Traslado y reubicación solo en casos que se consideren necesario, siempre y cuando se de un consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa (artículo 16).

Además de todo lo mencionado, la garantía del derecho fundamental al territorio de las comunidades afrodescendientes significa la garantía y protección del derecho fundamental a la vida de estos grupos humanos. En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional ha señalado la relación que existe entre estos derechos fundamentales. Así, ha afirmado que la garantía del derecho al territorio es la posibilidad material de ejercer los derechos de identidad cultural y autonomía de los grupos étnicos, ya que este es el espacio físico en el cual puede sobrevivir su cultura (Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993). Y en una definición mucho más precisa de la relación entre vida y territorio, el mismo tribunal ha sostenido que “el derecho al territorio de los grupos étnicos representa la base material para su supervivencia y el desarrollo de sus culturas” (Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998).

Pero no solo la Corte Constitucional afirma la relación intrínseca entre el derecho a la vida y al territorio de las comunidades afrodescendientes. Estos grupos también han hecho énfasis en las relaciones que existen entre estas dos garantías constitucionales.

Así, la Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones del Bajo Atrato (Ascoba), sostiene que:

“El territorio es y forma parte de nuestra vivencia social y cultural y jamás puede ser considerado como un inmueble de intercambio comercial. Él es para nosotros, los dueños y pobladores ancestrales, un espacio que acoge la vida de las Comunidades de manera integral, con pueblos, culturas y organizaciones sociales propias, y que nos proporciona los recursos naturales para la reproducción de la vida y la cultura. (...) Este es todo aquello que se puede ver y palpar con facilidad, es decir, los ríos, las ciénagas, los bosques los animales, la tierra para cultivar, los minerales, pero también incluye todo aquello que no se puede tocar con las manos y que hace parte de nuestra espiritualidad como pueblos afrodescendientes, esto es, las manifestaciones culturales propias, las tradiciones, las costumbres, las fuerzas sobrenaturales que rigen la naturaleza, los espíritus de nuestros ancestros que protegen el territorio, las formas propias de relacionarnos con la naturaleza y nuestro conocimiento ancestral” (Ascoba, 2005, 2).

El territorio se entiende entonces como un universo en el cual se hace posible la existencia misma de las comunidades afrodescendientes. Más allá de la relación del hombre con la tierra, el territorio recoge la esencia misma de la existencia de un grupo social, los pobladores hacen parte del territorio, así como la tierra, los ríos, los recursos y la vida¹².

Esta visión la recogió la Ley 70 de 1993, que reglamentó el artículo transitorio 55 de la Constitución Política de 1991. Aunque presenta algunas limitaciones, la Ley 70 se convirtió en el marco normativo apropiado para el reconocimiento de los derechos ancestrales de las comunidades afrodescendientes en Colombia. Dentro de los logros que señalan las comunidades afrodescendientes dentro de sus balances, siempre se resalta el proceso de titulación de tierras realizado de

acuerdo con la Ley 70. Según el Proceso de Comunidades Negras en Colombia, se han titulado más de cinco millones de hectáreas de forma colectiva a los grupos de afrodescendientes que históricamente han habitado estas tierras (Proceso de Comunidades Negras, 2004, 262). Actualmente, sólo en el municipio de Buenaventura se encuentran en proceso de titulación cerca de 19.000 hectáreas, en cabeza de Consejos Comunitarios constituidos en esta región.

Aunque se afirma frecuentemente que la Ley 70 ha encontrado bastantes limitaciones en su aplicación, el marco normativo que esta contempla contiene algunos elementos más que se deben tener en cuenta en la definición del derecho al territorio de las comunidades afrodescendientes en Colombia. Entre ellos destacamos:

- Propiedad colectiva sobre las áreas tradicionalmente ocupadas por las comunidades negras (artículo 4).
- Función social y ecológica de la propiedad colectiva (artículo 6).
- Garantía de un proceso educativo autónomo, de acuerdo a las aspiraciones etnoculturales de la comunidad (artículo 32).

Teniendo en cuenta el marco normativo y los conceptos de territorio de las comunidades afrodescendientes, podemos avanzar en la definición de una serie de características que comprende el derecho fundamental al territorio de las comunidades afrodescendientes. Entre ellas destacamos:

- **Autonomía:** se refiere a la capacidad de la comunidad de tomar decisiones libres e independientes en la realización de sus proyectos de desarrollo social, cultural y económico. Esta autonomía implica también la no intervención de actores externos en los procesos de concertación al interior de las comunidades. La interacción con otros actores debe realizarse de forma libre y con pleno

¹² La reivindicación del territorio por parte de las comunidades negras se entiende dentro de la lógica del conflicto cultural distributivo que propone Arturo Escobar. Estos son los que surgen de las diferencias de poder asociadas con valores y prácticas culturales específicas, que se enfrentan con valores y prácticas hegemónicas y que reclaman autonomía y alternatividad. Ver Escobar (2005, 100-102).

consentimiento. Dos de los usos más importantes de la autonomía se dan: 1) En el campo cultural, las comunidades afrodescendientes tienen la capacidad de ser autónomas en las definiciones de sus programas de protección y supervivencia de su cultura, en este sentido se explican la existencia de los programas de etnoeducación. 2) Las comunidades son autónomas en la definición de los proyectos de desarrollo económico que se realicen sobre su territorio, de allí se explica la existencia de los procedimientos de consulta previa frente a la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

- **Autogobierno:** la forma de organización política de la comunidad dentro de su territorio se realizará de acuerdo con las prácticas tradicionales de la misma. La organización de los Consejos Comunitarios facilita la formalización de estas prácticas y permite la interlocución permanente con las instituciones del Estado. Ni la autonomía, ni el autogobierno implican un desconocimiento de la soberanía del Estado, en una situación ideal deberían ser los canales para una relación de armonía entre ambos poderes.

- **Propiedad colectiva:** los territorios de las comunidades negras son titulados de forma colectiva a nombre del Consejo Comunitario correspondiente. La titulación de tierras ancestrales no puede hacerse a nombre de un individuo o una familia, ya que esto significaría poner en riesgo el carácter comunitario de la tierra. Igualmente, la propiedad implica para las comunidades el cumplimiento de la función social y ecológica de la misma.

- **Inembargabilidad:** no se puede utilizar el derecho al territorio como prenda de garantía sobre deudas y por lo tanto no es susceptible de ser embargado (Proyecto de protección de tierras y patrimonio de la población desplazada, 2005, 8).

- **Imprescriptibilidad:** el derecho al territorio no susceptible de prescribir en el tiempo, sobre los territorios protegidos no operan la prescripción adquisitiva de dominio.

- **Inalienabilidad:** el derecho al territorio es irrenunciable por parte de las comunidades afrodescendientes, no es posible enajenarlo por las formas ordinarias de tradición de la propiedad.

En este sentido se avanza en la definición del contenido óptimo del derecho al territorio en comunidades afrodescendientes. La Corte Constitucional ha utilizado varios elementos de este contenido en la construcción de los argumentos sobre los

cuales falló el caso del Consejo Comunitario del Cacarica contra Maderas del Darién, en la sentencia T-955 de 2003, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis. Esta decisión judicial es la sentencia hito para la definición del derecho fundamental al territorio de las comunidades afrodescendientes.

Naturaleza del derecho al territorio

Teniendo en cuenta el contenido y las características que se han expuesto sobre el derecho al territorio, resulta problemático ubicarlo en una de las “generaciones”¹³ o “tradiciones” con las que usualmente se ubican a los derechos humanos. Partimos de la base de comprender al territorio como un derecho cultural, que tiene en cuenta las condiciones específicas de existencia de los grupos que reclaman su titularidad. Sin embargo, frente a las obligaciones que este derecho significa para el Estado surgen unos interrogantes que intentaremos abordar.

No consideramos que el derecho al territorio sea exclusivamente un derecho civil, o un derecho político, porque dentro de su contenido, además de exigir al Estado inversión y prestaciones especiales para la protección de la cultura y la integridad de los miembros de una comunidad titular del derecho, su contenido se relaciona necesariamente con los derechos sociales.

Sin embargo, difícilmente se podría sostener que el derecho al territorio es un derecho prestacional, o un derecho económico y social. Es evidente, como lo mencionamos arriba, que el derecho al territorio tiene un contenido de inversión por parte del Estado, sin embargo también es evidente que para proteger la autonomía, el autogobierno y la cultura de las comunidades titulares del derecho al territorio, es importante que el Estado se abstenga de realizar acciones que puedan poner en riesgo el disfrute de este derecho. Además el derecho al territorio tiene un fuerte contenido político, frente a la participación de las comunidades y

¹³. El término generaciones de derechos humanos se utiliza con una intención exclusivamente ilustrativa sobre las diferencias históricas que existen entre los diferentes derechos humanos, no con el ánimo de discriminar ciertos derechos frente a otros.

de los sujetos que las integran en la toma de las decisiones que definen el uso de los recursos naturales, las relaciones con los poderes públicos, entre otros.

Ante esta situación, es evidente que el derecho al territorio no puede clasificarse de plano como un derecho civil o político, o como derecho social o prestacional. Es necesario entender el derecho al territorio como un derecho cultural, cuya titularidad depende de las condiciones culturales de los sujetos –individuales o colectivos–. Pero la naturaleza del derecho al territorio es mucho más compleja, porque es un derecho cultural que permite la garantía de otros derechos. El derecho al territorio hace parte, junto al derecho al desarrollo¹⁴, de una categoría especial de derechos fundamentales: los derechos vectores¹⁵.

Considerar al derecho al desarrollo y al derecho al territorio como derechos vectores, significa que la garantía de este tipo de derechos genera condiciones para la garantía de un catálogo más amplio y más ambicioso de derechos fundamentales. Esta afirmación se relaciona directamente con el concepto de integralidad e interdependencia de los derechos humanos, que define la existencia de relaciones intrínsecas entre los derechos fundamentales, hasta el punto de afirmar que la violación o vulneración de un derecho fundamental, acarrea necesariamente la violación o vulneración de otro derecho fundamental.

Sin embargo no se debe equiparar el concepto de derecho vector con los de integralidad e interdependencia de los derechos fundamentales. La garantía de un derecho vector es la generación de condiciones para el disfrute de otros

¹⁴. La Organización de las Naciones Unidas ha definido que el derecho al desarrollo es un derecho humano. En la declaración sobre el derecho al desarrollo (1986), se afirma que éste es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.

¹⁵. No es la primera vez que se entiende un derecho fundamental como un derecho que permita la realización de otros, Katarina Tomasevski sostiene que el derecho a la educación funciona como un multiplicador que aumenta el disfrute de otros derechos. Ver: Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2001/52. “Informe anual de la relatora especial del derecho a la educación”, p. 10.

derechos. Tanto la garantía del derecho al desarrollo, como la garantía del derecho al territorio constituyen escenarios óptimos para la realización de derechos como la vida digna, el mínimo vital, la salud, la educación, el trabajo, entre otros. Sin la garantía de los derechos vectores, la posibilidad de que los seres humanos disfruten de estos derechos se limita significativamente.

Afirmar que el derecho al territorio es un derecho vector implica que la garantía de este derecho conlleva a la generación de condiciones óptimas para la garantía de otros derechos. Para el caso de las comunidades afrodescendientes en Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que la garantía de este derecho hace posible la realización del derecho a la vida de estos grupos étnicos (Corte Constitucional, Sentencia T-955/03).

Pero no solo el derecho a la vida se puede garantizar por medio de la garantía del derecho al territorio. Dentro de los derechos políticos que se realizan mediante la garantía del derecho al territorio se encuentran los derechos de autonomía, autogobierno, participación y consulta sobre la explotación de los recursos naturales dentro del territorio.

También se garantiza un catálogo amplio de derechos sociales. El más significativo de ellos es el derecho a la educación, mediante la promoción y protección de un modelo educativo que proteja los intereses de estos grupos frente a la conservación de sus tradiciones y la reproducción de su cosmovisión. De igual forma, el derecho a la salud se garantiza mediante el respeto de las prácticas de medicina tradicional. Finalmente, vale la pena mencionar que gracias a la garantía del derecho al territorio, la realización del derecho a la vivienda se hace posible, teniendo en cuenta que el territorio es el escenario natural en el cual los miembros de las comunidades afrocolombianas habitan.

Finalmente, el derecho al medio ambiente sano, también encuentra condiciones óptimas para su garantía mediante la realización del derecho al territorio. En la medida en que se protege el derecho al territorio, se protegen también las relaciones que las comunidades afrodescendientes han sostenido con el entorno en el cual se ubican.

Sin embargo, el concepto de derecho vector es un concepto novedoso en la teoría de los derechos humanos. Se considera que ubicar al derecho al territorio como un derecho vector en el sentido que se ha explicado en este apartado, es una contribución significativa para la definición de la naturaleza de este derecho.

En Colombia, a pesar de la expedición de la Ley 70 de 1993, la protección del derecho al territorio de las comunidades afrodescendientes, ha tenido un desarrollo limitado tanto en la normatividad como en la jurisprudencia. A continuación, se presentará una evaluación sobre el estado de la garantía de este derecho en nuestro país.

Garantía del derecho al territorio en Colombia¹⁶

Con el ánimo de brindar un marco general para el análisis de la situación del derecho al territorio de las comunidades afrodescendientes, comenzaremos por exponer el marco normativo sobre el cual se elabora el análisis, para observar la garantía del mismo en los desarrollos legales y jurisprudenciales. Sin embargo, el análisis jurisprudencial es bastante limitado, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional sólo ha conocido en instancia de revisión un caso de tutela del territorio como derecho fundamental de las comunidades negras.

La figura de la consulta previa, pareciera ser uno de los contenidos más resistentes del derecho al territorio, no solo de los grupos afrocolombianos, sino de todos los grupos étnicos en general. En la única sentencia de la Corte Constitucional relativa al derecho al territorio de las comunidades negras, (Corte Constitucional, Sentencia T-955/03), se revisa una decisión de tutela interpuesta por el Consejo Comunitario de la cuenca del río Cacarica contra Maderas del Darién S.A. y otros. El tribunal constitucional revocó los fallos de instancia en donde no se reconocieron los derechos fundamentales al territorio de los demandantes afrodescendientes, y ordenó el cese de la explotación maderera en los territorios colectivos hasta que no se desarrollaran los respectivos procesos de consulta.

¹⁶. Este apartado se realizó con Milena Méndez.

Sobre este punto la Corte señaló que los derechos colectivos al territorio de los grupos étnicos (indígenas y afrocolombianos), son derechos fundamentales que se derivan de los principios de protección de la diversidad étnica y cultural que consagra el Estado Social de Derecho.

En la legislación interna tenemos el artículo transitorio 55 de la Constitución Política el cual consagra 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.

Así la Ley 70 de 1993 desarrolla esta disposición constitucional al reconocer el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades asentadas tradicionalmente con sus prácticas tradicionales de producción en las zonas rurales ribereñas de las cuencas del Pacífico.

La participación, considerada como uno de los principios orientadores de la Ley 70 de 1993, es limitada frente a la figura de la consulta previa prevista en el Convenio 169 de la OIT. La participación desconoce los requisitos, la fuerza vinculante y las características propias de la consulta, debido a que el concepto de participación puede implicar solo la publicidad de las decisiones administrativas. Este es el caso de la resolución 1516 de 2005 expedida por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) en la cual tan solo se invitó a las comunidades a adherirse a los efectos jurídicos de dicho acto administrativo.

Aunque en principio la reglamentación formal de la Ley 70 de 1993 se limita al Decreto 1122 de 1998, el Incoder ha expedido una serie de resoluciones que limitan significativamente la protección y el disfrute del derecho al territorio de las comunidades negras.

Dentro de estas resoluciones, se encuentra la 1516 del 8 de agosto de 2005, que define las directrices para la participación de las comunidades de afrodescendientes en las alianzas comerciales para el desarrollo de proyectos productivos en los territorios adjudicados.

Esta disposición normativa vulnera el contenido del derecho al territorio de las comunidades negras, en la medida en que obvió el paso de la consulta previa en la expedición de medidas administrativas que las involucren directamente, como es el caso de desarrollar proyectos productivos el desarrollo de monocultivos.

Estos proyectos pueden poner en peligro la subsistencia de la comunidad de una manera digna, pues la explotación de la tierra riñe con la posibilidad de autoabastecimiento por medio del cultivo de alimentos para las comunidades negras. Así, el contenido normativo del derecho colectivo al territorio se ve deteriorado por esta situación.

Además, iguala bajo la figura de alianzas comerciales a las comunidades afrodescendientes con las empresas de capital privado, pues cada una de ellas debe hacer aportes a dichas alianzas comerciales. Así, mientras los aportes son de capital para las empresas privadas, los aportes para las comunidades consisten en la explotación indiscriminada de los recursos naturales sobre los cuales tienen disponibilidad como son el bosque y el suelo. Esta situación pone en condiciones de inferioridad a las comunidades afrodescendientes frente a las empresas privadas (Ruiz, 2005, 19-20).

Las anteriores relaciones determinadas por los parámetros del derecho comercial dejando de lado la protección constitucional especial a las minorías étnicas y a la población vulnerable, y así reexpone a una igualdad contractual inexistente e imposible de conseguir en la práctica.

Además la Resolución 1516 de 2005 facilita la pérdida del derecho a la tierra por parte de las comunidades ya que se prevé un sistema de producción amplia y sostenida en el cual las comunidades exclusivamente se concentran en la

competitividad en el mercado y se convierten en mano de obra económica al servicio de los proyectos productivos impulsados por el mismo gobierno. Este es el caso de la palma aceitera.

Aunado a esto encontramos la Resolución 2038, de 3 de noviembre de 2005, expedida por el Incoder. Esta última fue resultado de la presión ejercida por miembros de las comunidades afrodescendientes en la toma a la Iglesia de San Francisco ubicada en el centro de Bogotá, en la cual el Incoder sustituyó en su totalidad la Resolución 1516 de 2005 por la resolución 2038 (Semana, 14 de noviembre de 2005, 82-83).

Aunque en principio se puede considerar que la Resolución 2038 es un avance en la garantía de los derechos constitucionales, ésta puede resultar más perjudicial para las comunidades afrodescendientes y su acceso al derecho al territorio, porque esta normativa vuelve sobre los algunos contenidos de la derogada resolución 1516, desconociendo nuevamente la fuerza de la figura de la consulta previa

En conclusión, esta Resolución se encuentra en contradicción con la protección especial que la Constitución brindó al derecho al territorio. Al desfigurar la figura de la consulta previa se desconocen temas como la sostenibilidad, la protección del medio ambiente, la tierra, los recursos naturales, entre otros.

Teniendo en cuenta este panorama de protección, presentamos un balance del derecho, teniendo en cuenta la información señalada en normas internacionales, la Constitución Política, la Ley 70 y las resoluciones que la reglamentan, así como de la Sentencia T-955 de 2003.

Se encuentra un punto alto de la garantía del derecho al territorio y a la tierra en las comunidades afrodescendientes. Esta garantía se encuentra consagrada tanto en el Convenio 169 de la OIT y en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991. En ambas normas se definen contenidos amplios de protección y una serie de obligaciones claras del Estado frente a la realización integral de este derecho.

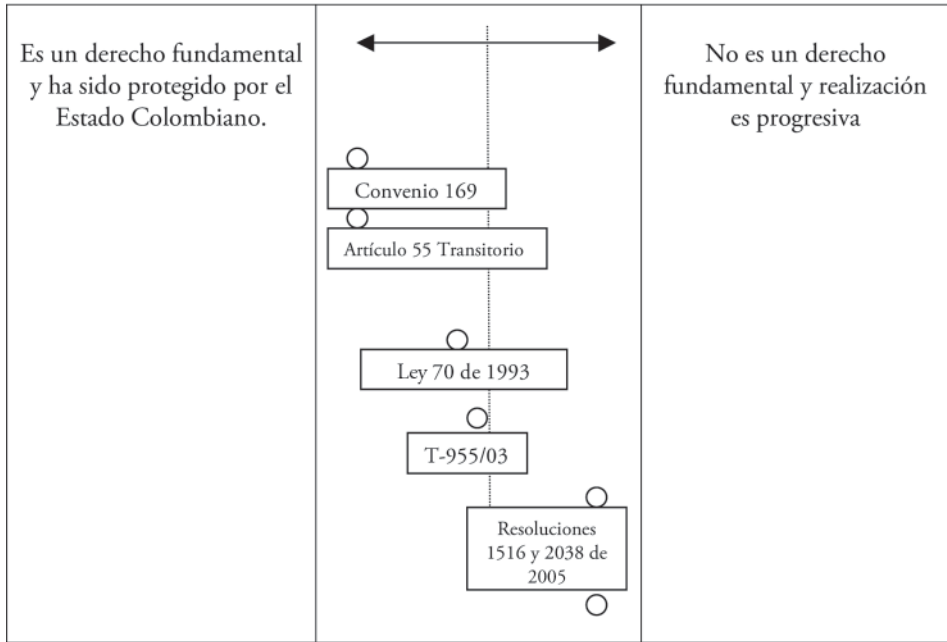
En un segundo punto nos encontramos con la Ley 70 de 1993 y con la Sentencia T-955/03. Tanto en la Ley como en la sentencia se reconoce la fundamentalidad del derecho colectivo al territorio. Sin embargo, pareciera que la fundamentalidad y la integralidad del contenido normativo del derecho al territorio, perdiera su peso de aplicación inmediata frente a una serie de procedimientos y agotamientos de vías gubernativas para poder consolidar el derecho. Así, muchas veces el ejercicio del derecho fundamental se ve sometido al cumplimiento de una serie de procedimientos que dan la titularidad sobre el mismo.

Finalmente un punto bajo de la garantía del derecho fundamental al territorio colectivo de las comunidades afrocolombianas se encuentra en las resoluciones del Incodec, que regulan la participación de las comunidades en la explotación de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio colectivo. Estas resoluciones ponen en riesgo la garantía integral del derecho fundamental al territorio, ya erosiona la posibilidad de las comunidades de desarrollar formas propias de explotación sustentable de los recursos naturales de su territorio, sometiéndolas a la explotación que puede realizar una empresa privada sobre el mismo.

El resultado del ejercicio de tabulación es el cuadro de la página siguiente, que responde al interrogante: ¿Es el derecho al territorio de las comunidades afrocolombianas un derecho fundamental y ha sido protegido por la legislación y la jurisprudencia?

Este cuadro ilustra la garantía del derecho al territorio frente al óptimo de la protección y frente a los desarrollos normativos y jurisprudenciales que ha tenido este derecho. Si se comprende el derecho al territorio como un derecho de realización progresiva, el panorama no es muy alentador. Las acciones del Estado han significado un retroceso en la garantía del derecho al territorio; por ejemplo, en el año 2005 se registra una disminución de 10.000 hectáreas tituladas colectivamente a las comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó, como resultado de una resolución del Incodec que permitió que este territorio se dedicara a la siembra de palma y a la ganadería extensiva (El Tiempo, 23 de octubre de 2005, 1-2).

Balance de la garantía del derecho al territorio de las comunidades afrocolombianas



Sin embargo, existen argumentos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, que resultan bastante útiles para la protección del derecho al territorio. A pesar de esto último, la garantía del derecho se encuentra alejada de los estándares internacionales consagrados en el Convenio 169 de la OIT.

Conclusiones

El proceso de exigibilidad del derecho al territorio de las comunidades afrocolombianas es un largo proceso, que en Colombia comenzó a tener una dimensión jurídico-constitucional a partir de la Carta Política de 1991. Los elementos derivados de ella son de gran importancia para comprender los

significativos avances que ha tenido la garantía de este derecho. Sin embargo, el texto constitucional en sí mismo, puede resultar insuficiente para sustentar la fundamentalidad del mismo.

Una interpretación amplia de la Constitución, puede definir aspectos relevantes para la fundamentalidad de este derecho. Entre ellos encontramos la obligación del Estado de titular colectivamente las tierras a las comunidades negras, derivada del artículo transitorio 55.

Hasta hace algunos años en Colombia, el territorio como un derecho exigible al Estado, fue un asunto restringido para las comunidades indígenas, quienes se aprovecharon de esta situación para avanzar en un proceso de posicionamiento frente a la demanda de titulación y entrega de tierras, sustentado en el vínculo vital que sostienen estos pueblos con el territorio en el cual se desarrolla su cultura.

Para las comunidades negras, el ejercicio de argumentación de su condición de titulares del derecho al territorio no podía partir de la idea de compararlas con los pueblos indígenas, debido a que las diferencias en los procesos históricos de unas y otros son evidentes.

Sin embargo, esta situación no podía convertirse en la razón de negar una titularidad especial de derechos para estos grupos étnicos. Hay dos razones que sustentan esta situación: en primer lugar, las tradiciones culturales de los grupos humanos no deben ser centenarias –o de larga duración en la historia– para que generen identidad dentro de los mismos grupos. Así, un grupo humano que haya generado tradiciones culturales vinculantes para los miembros de su comunidad, se encuentra en una situación diferenciada frente al resto de la sociedad. Esta especificidad cultural es la que genera diversidad dentro de las sociedades y de allí se derivan obligaciones especiales de los poderes para conservarlas y protegerlas.

En segundo lugar, la población afrodescendiente en Colombia se encontró sometida, durante un buen tiempo, a una fuerte exclusión y discriminación por parte de la sociedad en la que habitaba. El reconocimiento de derechos

especiales hace parte de la imperiosa necesidad de generar igualdad material dentro de los miembros de una misma sociedad. Esta situación comenzó a tomar fuerza a partir de la Constitución de 1991, debido a que el constituyente optó por visibilizar a estos grupos humanos.

Sin embargo, en el terreno jurídico dicha situación no tuvo un reconocimiento significativo. Como ya observamos, la Constitución de 1991 opera como marco normativo de referencia para la garantía de este derecho. En el plano jurisprudencial, fue la Corte Constitucional, en la sentencia T-955 de 2003, quien aportó elementos significativos para la fundamentalidad del derecho al territorio de las comunidades negras. En su fallo, vincula la vida de las comunidades negras a la estrecha relación que sostienen con el territorio en el cual habitan.

A pesar de esta situación, aparentemente progresista, la garantía y realización del derecho fundamental al territorio de las comunidades negras se encuentra en un proceso de deterioro progresivo. La política del Estado ha sido de desconocimiento de los derechos adquiridos por las comunidades negras. En el Pacífico, el riesgo se evidencia ante el avance del cultivo de la palma aceitera, la explotación maderera y minera y la planeación de esta región como corredor comercial colombiano para la importación y exportación de recursos. En otras zonas del país, la situación es más precaria, ya que el reconocimiento de derechos territoriales de las comunidades negras ha sido nulo.

Así, los retos que se presentan para el movimiento afrocolombiano son enormes. En primer lugar debe avanzar en el proceso de encontrar y desarrollar, más y mejores argumentos que sustenten su calidad de titulares del derecho fundamental al territorio. En segundo lugar, deben fortalecer su organización interna, coordinar sus acciones y diseñar estrategias de exigibilidad del derecho, que a la vez le permitan resistir ante las amenazas que, en los actuales momentos, son mayores. El presente artículo pretende colaborar en el primero de ellos.

Bibliografía

Normas y Jurisprudencia

Ley 112 de 1903.

Ley 100 de 1923.

Ley 37 de 1924.

Ley 200 de 1936.

Ley 100 de 1944.

Naciones Unidas, 1986, Declaración sobre el derecho al desarrollo.

Organización Internacional del Trabajo, 1989, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*.

Corte Constitucional, *Sentencia T-380 de 1993*, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, *Sentencia T-422 de 1996*, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, *Sentencia T-652 de 1998*, Magistrado ponente: Carlos Gaviria.

Corte Constitucional, *Sentencia T-955/03*, Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Bibliografía General

“Negritudes Alerta”, en *Revista Semana*, 14 de noviembre de 2005, pp. 82-83.

Abramovich, Víctor y Courtis, Cristhian, 2002, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.

Agudelo, Carlos, 2005, *Retos del multiculturalismo en Colombia*, Bogotá, La Carreta, Icanh, IRD, Iepri.

Arocha, Jaime (compilador), 2004, *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Arocha, Jaime; Dieck, Marianne y otros, 1998, *Geografía humana de Colombia*. Tomo VI, Los afrocolombianos, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica.

Ascoba, 2005, “Qué es para nosotros el territorio”, en *Selva y Río*, número 2, Riosucio, Chocó, diciembre.

Camacho, Juana y Restrepo, Eduardo (editores), 1999, *De montes, ríos y ciudades: territorios e identidades de la gente negra en Colombia*, Bogotá, Fundación Natura, Ecofondo, Icanh.

Escobar, Arturo, 2005, *Más allá del tercer mundo. Globalización y Diferencia*. Bogotá, Icanh, Universidad del Cauca.

Ewald, Francois, 1985, *L'état providence*, París, Grasset.

García, Jesús, 2001, “Deconstrucción, transformación y construcción de nuevos escenarios de las prácticas de Afroamericanidad”, en Mato, Daniel (compilador), *Cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización 2*, Buenos Aires, Clacso.

Herreño, Libardo, 2003, “Las políticas de discriminación positiva”, en Mosquera, Claudia Mauricio Pardo y Odile Hoffman (editores), *Afrodescendientes en las Américas*, Bogotá, UN, Ilsa, Icanh, IRD, pp. 477-510.

Kymlicka, Will, 1996, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós.

———, 2003, *La política vernácula*, Barcelona, Paidós.

LeGrand, Catherine, 1988, *Colonización y protesta campesina en Colombia (1850-1950)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

López, Diego, 2000, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis.

Mena, Jair, 2004, *¿Qué trae el ALCA? Debate urgente para el pueblo afrocolombiano*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.

Proceso de Comunidades Negras, 2004, “Un mundo olvidado. Derechos de las comunidades afrocolombianas”, en Borrero, Camilo (editor), *Reelección, el embrujo continúa*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, pp. 261-266.

Proyecto de protección de tierras y patrimonio de la población desplazada, 2005, *Las Comunidades Negras y su Derecho al Territorio*, Bogotá.

Ruiz Serna, Daniel, 2005, “El Estado llega con los ricos”, en *CienDías vistos por Cinep*, número 57, junio-diciembre.

Sen, Amartya, 2002, *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Torres Rincón, Sonia, 2003, *Estudios sobre el poblamiento rural de la provincia de Cartagena en el siglo XVIII: un estado de la cuestión, Trabajo de grado para optar por el título de Historiadora*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Uprimny, Rodrigo, 2006, *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal disponible*, en www.djs.org.co.

Alirio Uribe, 2003, “La tierra y el derecho humano a la alimentación”, en Fajardo, Darío (editor), *Por el derecho a la tierra*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.

Valencia Vargas, Carolina, 2003, “Comunidades afrocolombianas: exclusión, propiedad y legislación de tierras”, en Fajardo, Darío (editor), *Por el derecho a la tierra*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. pp. 285-330.

Velásquez, Rogelio, 2000, *Fragments de historia, etnografía y narraciones del Pacífico colombiano negro*, Bogotá, Icanh.