

**Revista de la
Cátedra de Investigación Científica
del Centro de Investigación
en Política Criminal**

VOLUMEN 1 • N.º 1

Diversidad y derechos fundamentales

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Política Criminal

Cátedra de Investigación Científica
Revista de la Cátedra de Investigación Científica
del Centro de Investigación en Política Criminal

2004 • N.º 1

Directora

Marcela Gutiérrez Quevedo

Editora

Cielo Mariño Rojas

Comité Editorial

Louk Hulsman

Jorge Enrique Mateus Amaya

Miguel Ruiz

Diseño de cubierta e Impresión

Departamento de Publicaciones
Universidad Externado de Colombia

Diagramación

Proyectos Editoriales Curcio Penen

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

ISSN 1900- 947X

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá-Colombia. Fax 342 4948

www.librosuexternado.com

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

El contenido de los artículos no refleja el pensamiento de la revista sino el de sus autores

CONTENIDO

PRÓLOGO	9
DIVERSIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES	
DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA Y MULTICULTURALISMO <i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i>	15
ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS FRENTE A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES <i>Ana María Jiménez</i>	39
DIVERSIDAD: LAS COMUNIDADES INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES <i>Cielo Mariño Rojas</i>	65
HACIA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS EN IDENTIDADES CULTURALES <i>Ana Lucía Moncayo Albornoz</i>	91
DESARROLLOS CONSTITUCIONALES PARA EL FORTALECIMIENTO DE UNA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL <i>Esther Sánchez Botero</i>	123

INVESTIGACIÓN EMPÍRICA
ESTUDIANTES DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

TRABAJO DE CAMPO DE LA INVESTIGACIÓN:	
PLURALISMO JURÍDICO: DERECHO A LA VIDA	
EN UN ESTADO PLURICULTURAL Y MULTIÉTNICO	
<i>Johanna Alexandra Cifuentes</i>	
<i>Derman Vásquez Alejo</i>	193
CASO HIPOTÉTICO	217
ENTREVISTAS	
<i>Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
Magistrado auxiliar de la	
Corte Constitucional	233
<i>Pilar Rueda</i>	
Antropóloga	250
<i>Gabriel Muyui Jacanamejoy</i>	
Delegado de la Defensoría del Pueblo	
para Asuntos Indígenas	276
<i>Francisco Tisoy</i>	
Gobernador Inga	293

PRÓLOGO

La cátedra de Investigación Científica –CIC–, la cual se desarrolla en el Centro de Investigación en Política Criminal –CIPC–, de la Universidad Externado de Colombia, tiene como objetivo general consolidar el espacio de reflexión entre expertos, estudiantes, organizaciones sociales y operadores jurídicos para socializar los productos de investigación del –CIPC– y grupos de investigación afines.

En el año 2004 hemos seleccionado la temática de la diversidad y derechos fundamentales.

La diversidad étnica y cultural es un derecho fundamental importante para la autonomía, la participación y el reconocimiento colectivo de los grupos étnicos. Es importante como estudiosos del derecho y como investigadores confrontar las normas jurídicas y la realidad social con el fin de conocer y accionar en le sentido de llevar a cabo una realidad los derechos de los pueblos indígenas.

Como juristas e investigadores consideramos trascendental implementar un paradigma integral de desarrollo y de inclusión de todas las ciudadanas y los ciudadanos de colombianos.

La realidad no es monista sino pluralista en el sentido amplio. La pensamos como una nueva democracia que tenga en cuenta todos los derechos civiles y políticos y también los derechos económicos, sociales y culturales.

A pesar de la universalización (vs. globalización), las comunidades locales conservan su riqueza cultural y prácticas jurídicas cardinales para nuestras sociedades occidentales. No es viable rechazar el entendimiento con otras cosmovisiones culturales y jurídicas. Reconociendo y conociendo la diversidad, podemos construir modelos de alternatividad en la solución de los conflictos. Considero que ciertos modelos de justicia restaurativa de nuestras comunidades ancestrales nos pueden servir de insumo para reconstruir nuestras sociedades dentro de un modelo justicia de restauración en lugar del de castigo.

Es así que en la –CIC– la diversidad y el pluralismo jurídico se desarrollaron con el fin de que los estudiantes de derecho e investigadores conozcan diferentes sistemas de derecho y construyan un paradigma abierto y flexible frente a las necesidades insatisfechas de todos los grupos sociales que forman la realidad multicultural colombiana. Es primordial que el jurista comprenda nuevos elementos conceptuales fundamentales para decidir en derecho.

Es de suma importancia reconocer que Colombia siempre ha sido un país multicultural y que con la Constitución de 1991 se reconoció normativamente. La Corte Constitucional ha materializado en varias sentencias este derecho fundamental de las diferentes comunidades indígenas que existen en Colombia. Sin embargo el trecho es largo y falta recorrer más camino para llegar a materializar de una manera integral los derechos de las colectividades.

Agradezco a nuestros conferencistas¹, a los estudiantes² que entrevistaron ciertos expertos³ en derechos funda-

1 ESTHER SÁNCHEZ, ANA MARÍA JIMÉNEZ, LOUK HULSMAN y MÁXIMO PAVARINI.

2 JOHANNA ALEXANDRA CIFUENTES y DERMAN VÁSQUEZ ALEJO.

mentales y a las investigadoras⁴ del –CIPC– ya que con su estudio y esmero se pudieron construir elementos conceptuales, para conocer el alcance del derecho fundamental a la diversidad.

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO

Directora

Centro de Investigación en Política Criminal

3 RODRIGO UPRIMNY YÉPES, PILAR RUEDA, GABRIEL MUYUI JACANAMEJOY y FRANCISCO TISOY.

4 CIELO MARIÑO y ANA LUCÍA MONCAYO

**DIVERSIDAD Y
DERECHOS FUNDAMENTALES**

DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA Y MULTICULTURALISMO

*Marcela Gutiérrez Quevedo*¹

Resumen/Summarie

[Palabras claves: derechos colectivos, multiculturalismo, diversidad étnica y cultural, derecho internacional de los derechos humanos, autonomía, participación, territorio]

El presente artículo establece la relación entre investigación y conocimiento de la realidad fáctica y normativa de los indígenas, no sólo como individuos sino también como colectividades.

Este enfoque es de antropología jurídica, cuyo objetivo es reconocer no sólo el pluralismo jurídico sino también el pluralismo cultural del Estado Social y democrático de derecho en Colombia.

1. Directora del Centro de Investigación en Política Criminal.

The fundamental right to life and multiculturalism

[Keywords: collective rights, multiculturalism, ethnic and cultural diversity, international law on human rights, autonomy, participation, territory]

This article establishes the relationship between research and knowledge of the factual and normative reality of indigenous people, not only as individuals but also as collectivities.

This approach is one of legal anthropology, whose objective is to recognize not only the legal pluralism but also the cultural pluralism of the social State and democracy in Colombia.

INTRODUCCIÓN

He escogido este título como resultado de los estudios y de las investigaciones realizadas en el CIPC², en las que las normatividades sobre los derechos humanos, particularmente el derecho a la vida, le asignan a este derecho fundamental un carácter individual a pesar de la existencia de cosmovisiones diferentes en los grupos ancestrales, que no tienen una concepción individualista sino la que corresponde a una manera colectiva de vivir y coexistir.

La hipótesis que plantearé es que las colectividades, ante su extinción inminente en muchos países de América Latina, deben ser protegidas en su diversidad cultural y étnica por razón de su riqueza y porque son grupos

2. Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

tradicionales que tienen raíces ancestrales y todo lo inherente a este concepto: identidad cultural, lenguaje, costumbres, justicia consuetudinaria, artesanía, recursos naturales, medicina tradicional, etc.

Al ver reconocidos en la Constitución Política –C. P.– de 1991 el principio de diversidad étnica y cultural, el derecho fundamental a la vida, el derecho a un ambiente sano, consideramos que es de suma importancia desarrollar la hipótesis, puesto que el desarrollo sostenible no se predica sólo para hoy sino para las generaciones futuras, y los entornos de estas comunidades interactúan permanentemente con los ciclos vitales no sólo de los grupos autóctonos sino de todo el globo terrestre³.

Veremos a continuación el desarrollo normativo y de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH– en el ámbito de las comunidades indígenas:

-
3. ROBERTO P. GUIMARÃES. *La sostenibilidad del desarrollo entre Río-92 y Johannesburgo 2002: Éramos felices y no sabíamos. signos encontrados en la evolución de las preocupaciones mundiales con el medio ambiente*. Se han revelado igualmente oportunas las palabras del Secretario General de Naciones Unidas, KOFI ANNAN, al prefaciarse un libro de la Universidad de las Naciones Unidas sobre las implicaciones del proceso de globalización: la última década revela cómo millones de seres alrededor del planeta han estado experimentando la globalización no como un agente del progreso, sino como una fuerza disruptiva y hasta destructiva, mientras muchos millones más han estado absolutamente excluidos de sus beneficios. La globalización ha sido vista por muchos como inevitable. Si bien es cierto que sus principales motores son la tecnología y la expansión e integración de mercados, no es menos correcto resaltar que la globalización **no es** una fuerza de la naturaleza, sino el resultado de procesos impulsados por seres humanos. En ese preciso sentido, corresponde domesticarla para el servicio de la humanidad. Para ello, requiere ser cuidadosamente administrada –nacionalmente– por países soberanos, e internacionalmente, por medio de la cooperación (Grunberg & Khan, 2000), [www.scielo.br].

I. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como veremos, al hablar de los derechos humanos, la mayoría de los tratados internacionales se refieren a los derechos inherentes a los individuos y no a las colectividades (comunidades ancestrales)⁴.

En la Declaración Americana⁵ de los Derechos y Deberes del Hombre se declara:

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.

En el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶, se declara la importancia de los derechos humanos socialmente considerados, reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se

-
4. Decreto 2001 de 1988, artículo 2.º: Nuestras comunidades indígenas se pueden definir como los conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, y formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales.
 5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948).
 6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).

crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC– reconoce el derecho a la cultura⁷, y por vía de conexidad, podríamos construir la realidad fáctica y jurídica del derecho a la vida colectiva. Existe la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales y, así, el concepto de vida digna surge integralmente y de acuerdo con el de los derechos humanos progresivos y nunca regresivos.

Por esta razón, la Plataforma⁸ Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo determina como objetivos adoptar la integralidad de los derechos humanos, el vínculo indisoluble entre éstos, el desarrollo y la democracia, y la complementariedad de las acciones de exigibilidad jurídica y política.

Así mismo, en el artículo 27 del Pacto se tiene en cuenta la integralidad y la universalidad de los derechos para

-
7. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 15: 1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a. Participar en la vida cultural [...] 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura...”
 8. Plataforma Interamericana de Derechos Humanos. Mecanismos de Protección, 2004. Actualmente la Plataforma tiene capítulos nacionales en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Cuba, Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Así mismo, este documento insiste en trabajar con los pueblos indígenas por ser los más vulnerables del continente, por la denegación estructural de sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. La Plataforma propone obtener una materialización de los derechos a la igualdad y justicia, pero también a la salud, la educación, la seguridad alimentaria, la vivienda y la tierra ya que de ellos depende su supervivencia como pueblos.

las minorías étnicas; ésta ha sido la base de decisiones favorables de la CIDH.

WILLEM ASSIES⁹ explicita el tercer elemento fundamental para la lucha de los pueblos indígenas: la auto-determinación de los pueblos. En los pactos adoptados por la ONU, el artículo 1.º reza:

Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural.

En consecuencia, en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde (en común con los demás miembros de su grupo) a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En el Convenio 169 de la OIT¹⁰, y a pesar del debate sobre pueblos indígenas, ha surgido la noción de auto-

9. WILLEM ASSIES y ROSA GUILLÉN (comps.). *El reconocimiento de los derechos indígenas: jurisprudencia colombiana y propuestas sobre la jurisdicción indígena en Ecuador y Bolivia*, [www.geocities.com/alertanet2b-assies-guillen.htm], 2001.

10. El Convenio 169 de la OIT afirma la consulta y participación de las comunidades en su futuro y desarrollo sostenible. Esas decisiones deben ser libres, tener todos los medios, ser hechas de buena fe, y establecer sus prioridades (recursos naturales...) y modos de vida de acuerdo con sus cosmovisiones. *Artículo 6.1*. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...] *Artículo 7.1*. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; y de controlar, en la

determinación interna, o sea, un cierto grado de autodeterminación en el marco del Estado. En sus artículos 7.º, 8.º y 9.º se refiere el Convenio al derecho de los pueblos indígenas de decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y al derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, así como un cierto grado de jurisdicción.

El proyecto de Declaración del Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas de la OEA se refiere al autogobierno y al mantenimiento de sus instituciones políticas y formas de hacer justicia. Por ejemplo, el proyecto de la OEA, versión 1997, decía:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su estatus político y a promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural; consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, *inter alia*, cultura, religión, educación, información, comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no miembros, así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas (art. xv.1).

Ante la ausencia de un instrumento específico sobre derechos indígenas, el sistema jurisdiccional de la OEA tiene un papel importante en la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Cualquier individuo o grupo, a menudo las ONG dedicadas a la defensa de los derechos indígenas, desempeña un papel importante,

medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

pues puede llamar la atención de la Comisión de la OEA sobre violaciones de los derechos humanos. Si la Comisión acepta el caso, lo investiga y puede recomendar al gobierno correspondiente rectificar la situación. Si el gobierno en cuestión no cumple la recomendación, la Comisión puede hacer público el caso y así ejercer presión pública o moral. La otra posibilidad es llevar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– si el Estado ha aceptado la jurisdicción de esta Corte.

En las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se insiste en esa protección radical de los derechos humanos y sin excepciones de ninguna naturaleza. Por esta razón, la Corte recalca que las violaciones de los derechos humanos no deben quedar en la impunidad y deben ser indemnizadas, en aras de la verdad, la justicia y la reparación. Colombia ha sido condenada en casos como el de Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, el de Las Palmeras, el de los 19 Comerciantes, etc.

En el caso de la Comunidad Mayagna (SUMO) Awas Tingui vs. Nicaragua¹¹, la Corte reconoce no sólo el derecho de justicia para las comunidades indígenas y reconoce los derechos colectivos y la indemnización por la “falta de protección por parte de Nicaragua de los derechos de la Comunidad sobre sus tierras ancestrales”.

A pesar de que la sentencia establece claramente la omisión de las autoridades nicaragüenses a titularizar tierras de comunidades indígenas y reconocerlas, en esta decisión y en la opinión de los peritos que coadyuvaron se relevó la importancia de que, para aceptar la vida digna de las comunidades y su cultura, es necesario reconocer

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 31 de agosto de 2001.

lo inescindible de los derechos de diversidad, vida y riqueza cultural.

En testimonio de un miembro de la comunidad, se insiste que las tierras son elemento fundamental de su cosmovisión, de su historia, vida y desarrollo de la siguiente manera:

Las tierras son ocupadas y explotadas por toda la comunidad. Nadie es individualmente dueño de la tierra; los recursos de ésta son colectivos [...] El territorio es vital para su desarrollo cultural, religioso y familiar, y para su propia subsistencia, pues realizamos labores de caza y pesca y, además, cultivamos la tierra.

Así mismo, el peritaje del antropólogo RODOLFO STAVENHAGEN confirma la vitalidad de la comunidad, su autoidentificación, siempre y cuando la tierra se respete y no se acepte el abuso de los derechos:

Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de los pueblos.

El antropólogo citado insiste en la importancia de defender la colectividad para proteger así a los individuos:

En ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte, y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizada como ser humano, que significa también ser social y cultural.

La CIDH considera finalmente, teniendo en cuenta la Convención Americana (art. 21, 29b), que:

El artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal [...] Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA¹²

El derecho fundamental –la vida– ha sido reconocido constitucionalmente por Colombia como intangible, inherente e inalienable. Esto quiere decir que es intocable, inajenable y que por su naturaleza está unido al individuo y a la colectividad, y que nadie puede alterarlo. La existencia de la colectividad está unida al territorio y a su entorno.

12. Título I: De los principios fundamentales. Título II: De los derechos, las garantías y los deberes. Capítulo 1.º De los derechos fundamentales, Capítulo 2.º De los derechos sociales, económicos y culturales, Capítulo 3.º De los derechos colectivos y del ambiente, Capítulo 5.º De las jurisdicciones especiales.

Existen dos capítulos abundantes sobre derechos fundamentales que enaltecen la vida digna y no se explicaría el motivo de dejar sin protección la existencia colectiva (la vida) de ciertas comunidades en extinción.

El fin de la norma de normas no es formal; su objetivo es, en cambio, desarrollar y materializar los conceptos de democracia y pluralismo para poder hacer real la protección del desarrollo sostenible individual y social por medio de los mecanismos adecuados.

A pesar de ese reconocimiento –normativo–, en la práctica y por diversas razones no es claro hablar de la riqueza cultural y de la protección de las comunidades. Esas razones van desde la creencia del ataque al Estado liberal monista y centralista hasta el sentimiento de vulnerabilidad cultural por razones del reconocimiento de cosmovisiones diferentes.

Frente a lo anterior –y particularmente en América Latina– las colectividades indígenas tienen muchos problemas de articulación de cosmovisiones, de justicias, en especial por el irrespeto a su medio ambiente, a su territorio, elemento vital de su existencia. En verdad, para estas colectividades, son inescindibles el territorio sagrado y su vida. Los artículos muestran que el fin de la Constitución es defender la identidad cultural y lógicamente su entorno –el medio ambiente– para que su formulación no se quede en pura retórica.

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional de Colombia ha hecho grandes avances en la protección de la vida colectiva. Sin embargo, todavía en el ámbito académico existe la dificultad de reconocer nuevos derechos colectivos fundamentales, a pesar de la violación flagrante de la vida en comunidad.

La jurisprudencia ha sido prolífica en sentencias en las que se defienden los derechos humanos de los grupos más vulnerables y en general de los ciudadanos que demandan protección. Tenemos sentencias sobre protección de derechos individuales y colectivos que muestran cómo la Corte Constitucional ha desempeñado un papel importante en la construcción de la democracia y del pluralismo jurídico y cultural.

El tema que quiero tratar es el de la vida como un derecho colectivo sin soslayar la protección individual. Para ello, me quiero basar en los siguientes tópicos:

A. La diversidad étnica y cultural

Este elemento está descrito en nuestra Carta Constitucional como fundamental en un Estado pluralista y multicultural. Puesto que Colombia es un país rico culturalmente, es indispensable el reconocimiento de esa alteridad, con el fin de que las comunidades puedan vivir dignamente y continuar su existencia.

Sin duda, es necesario conocer esa alteridad en su complejidad y sus ambigüedades. Además, al aceptar la diferencia y la diversidad como derechos fundamentales se rompe con los modelos del Estado decimonónico y con la noción de soberanía y el monismo jurídico; es decir, con la imagen presentada por HANS KELSEN, según la cual Estado y derecho son la misma cosa.

En los casos siguientes, la Corte Constitucional relleva la importancia de la supervivencia de la cultura y de la organización del pueblo, y acentúa la heterogeneidad de la sociedad en sus identidades y sus construcciones de ser individual y social.

En la Sentencia 139 de 1996 se reconoce la singularidad de las comunidades y su protección como sujeto colectivo, siempre y cuando no se vulneren las individualidades.

Las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que sólo puede ser limitado cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.

En la Sentencia T-523 de 1997 existe un reconocimiento constitucional de las diversas cosmovisiones sin aceptar imposición alguna. Al contrario, en la sentencia se invita a la construcción de un Estado multicultural.

El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que el mismo Estado ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría estima estos derechos como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. En otras palabras, aun siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está veda-

do imponer una concepción particular del mundo, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo Estado ha reconocido.

En la Sentencia SU-510 de 1998, la Corte Constitucional reconoce que el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”. La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece, por un lado, al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa; y, por el otro, de la necesidad de ser consecuentes con la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atiende a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades.

La Corte ha considerado que las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales. Este organismo ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos

colectivos de otros grupos humanos. La Corte ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, principalmente: el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, que se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

B. Autonomía

Este elemento es indispensable para el autogobierno de las poblaciones indígenas, para que puedan construir el plan de vida de acuerdo con su cosmovisión y su justicia. En otras palabras, estamos hablando del respeto a las decisiones, a las autoridades tradicionales, a las costumbres, a los procesos de elección, al manejo de su entorno.

Como diría MANUEL CASTELLS¹³, está surgiendo el Estado-Red, caracterizado por la organización administrativa flexible, y descentrada o reticular, donde existen formas de poder y autoridad no jerarquizadas sino más bien agrupadas en una red con nodos distribuidos según una nueva geometría del poder, con instituciones de distinto nivel (local, nacional, regional, global) y con competencias distintas, compartidas y traslapadas.

Ésa es la justicia indígena que supera el Estado-nación unitario e invita a aceptar la transformación del Estado

13. MANUEL CASTELLS. *El surgimiento de la sociedad de redes*, capítulo 6.º "El espacio de los flujos", [www.hipersociología.org.ar/catedra/materia/Castellescap6.html].

y sus consecuencias. WILLEM ASSIES habla del contenido de un Estado social en el ámbito indígena, que no es sólo autonomía sino también otros derechos sociales, económicos y culturales: el derecho a tener derechos.

Ésta es la razón de que la Corte Constitucional estableciera la regla principal del derecho a la autonomía: a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), lo cual ha debilitado la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros.

En la Sentencia T-349 de 1996, la Corte Constitucional expresó:

Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse, como regla para el intérprete, la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

C. Participación

Con la participación, los grupos étnicos intervienen, individual y colectivamente, en las instancias de toma de decisiones sobre asuntos públicos que afectan sus aspectos políticos, económicos, sociales, culturales.

Al gozar de esas prerrogativas, los grupos étnicos aseguran los derechos sobre sus tierras, su subsistencia, su territorio, su justicia, su integridad personal y colectiva, su autonomía y su medio ambiente; es decir, sobre sus derechos fundamentales.

Es necesario tener en cuenta el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, también llamado “Protocolo de San Salvador”, que reafirma los DESC y la importancia de la libre determinación de los pueblos para construir y decidir sobre sus riquezas materiales y espirituales.

En su preámbulo, el Protocolo dice:

Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales; y considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con

la finalidad de incluir progresivamente, en el régimen de protección de la misma, otros derechos y libertades (derecho a la salud, derecho a un ambiente sano)...

D. Derecho a su territorio y a su medio ambiente

El territorio es un patrimonio al que todos los pueblos deben acceder, con lo cual irán construyendo su vida cultural e identitaria. El derecho a constituirse en un tiempo y en un espacio propios es un bien para todo pueblo; el despojarlo es quitarle su identidad; es por eso que se le debe respetar y proteger para mantener la unidad social y cultural de este pueblo.

Por territorio se comprende el espacio de hábitat de un determinado grupo social: no necesariamente deberá ser el geográfico o físico, sino también el espacio cultural, ritual, lingüístico y otros, que de alguna forma constituyan los lugares de construcción social e identitaria. Los grupos necesitan de un soporte para que se pueda realizar y construir la cultura. Este soporte es la organización social, con sus instituciones y sus reglas. Por ejemplo, cuando una comunidad incluye varias familias, es necesario que alguien asuma la responsabilidad de reunir a la gente y tomar decisiones.

En todo sentido, el territorio se considera como una necesidad imperiosa para que un determinado grupo humano pueda desarrollarse, pues sin él no lograría establecerse e identificarse ante los demás. De tal forma, el territorio, como elemento fundamental para el desarrollo de una cultura, es un derecho que el grupo debe demandar y exigir para que él pueda ser reconocido como grupo social autónomo. Cada grupo social debe contar con un determinado territorio, el cual, por ningún motivo debe ser despojado por otros. Lo contrario significaría el proceso de violación a los derechos humanos, y

por consiguiente se estaría transgrediendo la naturaleza social humana¹⁴.

El abogado ROQUE DE JESÚS ROLDÁN ORTEGA expone claramente la relación que existe entre los pueblos indígenas, la subsistencia y el elemento básico (la tierra): “La posibilidad de mantener la unidad social, de mantener y reproducir la cultura y de sobrevivir física y culturalmente depende de la existencia y el mantenimiento de la tierra en forma colectiva, comunitaria, como la han tenido en tiempos antiguos”.

El Decreto 2164 de 1995 reglamenta parcialmente el capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas.

Este decreto norma¹⁵ los derechos y bienes de las comunidades indígenas y precisa la naturaleza jurídica de los resguardos indígenas, considerados propiedad colectiva de las comunidades y definidos como instituciones legales y sociopolíticas de carácter especial.

Colombia es un país de una gran diversidad cultural-ambiental y por ello es necesario protegerla sustancialmente en todos sus aspectos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Una de estas facetas es reconocer que el medio ambiente es la “sangre” que permite a las colectividades subsistir y desarrollarse. Su protección tiene que ser igualmente diversa y excepcional, a pesar de que vaya contra muchas creencias que se han considerado inamovibles.

La Constitución Política reconoce el derecho a un ambiente sano al consagrar el desarrollo sostenible, que

14. [<http://qollasuyu.indymedia.org/es/2003/03/51.shtml>].

15. Procuraduría General de la Nación y Canadian International Development Agency. *La diversidad étnica y cultural en Colombia. Alcances y desarrollo*, 2004.

es definido como aquel desarrollo que conduce al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho a las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades (arts. 63, 79, 80 C. P.).

Para comprender el tema de los derechos fundamentales para las colectividades debemos aceptar ciertas premisas, que han sido reconocidas por la Corte Constitucional, organismo que las ha desarrollado ampliamente:

– La diversidad dentro de la igualdad. En otras palabras, todos somos iguales en derechos y obligaciones pero existe la discriminación positiva por la cual es necesario comprender al otro por la diferencia y no discriminarlo. Cuando las culturas son diversas no podemos encasillarlas en la misma lógica: cada una tiene su identidad¹⁶.

16 Según la definición reglamentaria transcrita, el cabildo indígena es una entidad atípica, que cumple las funciones previstas en la Constitución y en las leyes. Respecto de las entidades de carácter especial ha dicho la Corte Constitucional: “Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entidades con características especiales que no corresponden a ningún tipo tradicional...”. En estas condiciones, los gobernadores de cabildo y los cabildantes gozan de un régimen excepcional para el cumplimiento de las funciones atribuidas a esta entidad, pues la naturaleza de éstas no permite encasillarlos en la clasificación de servidores públicos prevista en el artículo 123 C. N., dado que no son miembros de una corporación pública, ni empleados o trabajadores del Estado y, por lo demás, el legislador no ha establecido ninguna otra clasificación respecto de ellos, en uso de las facultades del artículo 150.23 ídem. Así las cosas, el hecho de calificarse el Cabildo como entidad pública no tiene por virtud transformar las atribuciones de los gobernadores de Cabildo y cabildantes en públicas y darles a éstos la calidad de servidores

– Los valores de muchas sociedades ancestrales son colectivos y de participación. No son valores individuales ni egoístas sino formulados de acuerdo con la memoria colectiva. Los elementos *territorio* y *tierra* son inescindibles de algunas culturas y cosmovisiones. El respeto de estos factores depende de la existencia de los grupos y se fundamenta en la integridad social, cultural y económica.

En la Sentencia T-652 de 1998 se hizo evidente el grave peligro en que se puso a la comunidad Embera con el proyecto Urrá: se estaba afectando la supervivencia física y cultural y por esta razón hubo protección en un sentido no sólo individual sino colectivo. En este caso se defiende el derecho al mínimo vital por el cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental, a una agraria de alto impacto y menor productividad.

Teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá 1 resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento a los que estuvo sometido desde la conquista española: tales obras no sólo constituyeron otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolección y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan.

CONCLUSIONES

– Para defender la vida digna de las colectividades de una manera real, es necesario proteger el territorio, estimular la participación, fortalecer la identidad y diversidad de los grupos reconociéndoles el derecho fundamental colectivo de la vida, y los medios adecuados y reales de protección. Dentro del dilema de la redistribución y el reconocimiento, considero que es factible una construcción de un Estado multicultural con base en políticas de reconocimiento sustanciales y ponderaciones que tengan en cuenta la proporcionalidad de los principios y el principio de igualdad.

– Para cambiar de paradigmas, es importante aceptar otra explicación y justificación del mundo cultural y jurídico, que sea coherente con la realidad diversa y plural de Colombia.

– Para reconocer la igualdad del derecho a la vida de las colectividades, es importante manejar un test de proporcionalidad y tener en cuenta: los efectos de su intervención (la relación del fin con los medios); el peso de los principios en juego de acuerdo con la valoración social en un Estado social democrático de derecho; y la confiabilidad de las premisas de acuerdo con los hechos sociales reales.

– Hay que desarrollar el concepto de pluralismo jurídico-cultural igualitario tal como lo maneja ANDRÉ HOEKEMA¹⁷: identidad, autogobierno, poder en las decisiones, pluriethnicidad, y respeto a lo local y comunitario.

17 ANDRÉ HOEKEMA. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El otro Derecho*, 26-27, Bogotá, ILSA, 2002, p. 71.

El derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos. El derecho oficial, en esta perspectiva del pluralismo jurídico, reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho; su fuente, en una comunidad especial que, como tal, conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ASSIES, WILLEM y ROSA GUILLÉN (comps.). *El reconocimiento de los derechos indígenas: jurisprudencia colombiana y propuestas sobre la jurisdicción indígena en Ecuador y Bolivia*, [www.geocities.com/alertanet2b-assies-guillen.htm], 2001.

CASTELLS, MANUEL. *El surgimiento de la sociedad de redes*, capítulo 6.º “El espacio de los flujos”, [www.hipersociología.org.ar/catedra/materia/Castellescap6.html].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

HOEKEMA, ANDRÉ. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El otro Derecho*, 26-27, Bogotá, ILSA, 2002.

Procuraduría General de la Nación y Canadian International Development Agency. *La diversidad étnica y cultural en Colombia. Alcances y desarrollo*, 2004.

ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS
ESTADOS FRENTE A LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES

*Ana María Jiménez*¹

Resumen/Summarie

[Palabras claves: derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales, derechos sociales, derechos-prestación, justiciabilidad, obligaciones adquiridas por los Estados, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]

Los derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como derechos sociales o derechos-prestación, han sido objeto de debates en torno a su justiciabilidad y a las obligaciones que ellos generan para los Estados. Tales críticas parten de la diferenciación de la naturaleza de los derechos civiles y políticos de la de los derechos económicos, sociales y culturales, para afirmar que los

1. Abogada de la Universidad Externado de Colombia, investigadora en derechos humanos de la Comisión Colombiana de Juristas.

primeros generan para los Estados obligaciones de *no hacer* mientras que los segundos implican propiamente obligaciones *de hacer*. Según esto, los derechos económicos, sociales y culturales estarían sujetos a la voluntad de los Estados y se encontrarían condicionados a los recursos públicos, lo cual dificulta su justiciabilidad.

El presente documento ofrece algunos elementos frente al debate sobre las obligaciones adquiridas por los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En particular, se analizan los compromisos adquiridos por los Estados en virtud de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a la protección y garantía de los derechos sociales. Para ello se parte de la descripción general del proceso de positivización de los derechos económicos, sociales y culturales para luego estudiar las obligaciones generales y particulares a cargo de los Estados, que se desprenden de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitirá caracterizar dichas obligaciones y enfatizar el carácter vinculante de las mismas para los Estados.

Scope of the States' obligations regarding economic, social and cultural rights

[Keywords: civil and political rights, economic, social and cultural rights, social rights, benefit-rights, the ability to judge, obligations acquired by states, American Convention on Human Rights, San Salvador Protocol, International Agreement on Economic, Social and Cultural Rights]

Economic, social and cultural rights are also known as social rights or benefit rights and have given rise to discussion regarding the ability to judge and the obligations

that these generate on the part of the states. Such criticisms are based on differentiation between the nature of civil and political rights on the one hand and economic, social and cultural rights on the other, in order to affirm that the former generate obligations for states *to not do*, whereas the latter imply obligations for them *to do*. In this light, economic, social and cultural rights would be subject to the will of states and would be conditioned upon the availability of governmental resources, which would make it difficult to judge them.

This document provides elements regarding the debate on obligations acquired by states in the field of economic, social and cultural rights. Specifically, commitments acquired by states by virtue of their ratification of the American Convention on Human Rights, the San Salvador protocol and the International Agreement on Economic, Social and Cultural Rights are analyzed with respect to the protection and guarantee of social rights. To do so, we begin with a general description of the process of empowerment of economic, social and cultural rights, and then look at the general and specific obligations that states are responsible for, based on international human rights treaties. This will enable us to characterize such obligations while emphasizing their binding character for signatory states.

Los derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como derechos sociales o derechos-prestación², han sido objeto de debates en torno a su justiciabilidad

2. VÍCTOR E. ABRAMOVICH. *Derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Documento presentado en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos realizado en junio de 1997 en San José de Costa Rica, p. 6.

y a las obligaciones que generan para los Estados. Tales críticas parten de la diferenciación de la naturaleza de los derechos civiles y políticos respecto a la de los derechos económicos, sociales y culturales, para afirmar que los primeros generan para los Estados obligaciones de *no hacer* mientras que los segundos implican propiamente obligaciones *de hacer*. Según esto, los derechos económicos, sociales y culturales estarían sujetos a la voluntad de los Estados y se encontrarían condicionados a los recursos públicos, lo cual dificulta su justiciabilidad.

El presente documento ofrece algunos elementos frente al debate sobre las obligaciones adquiridas por los Estados en materia de derechos económicos sociales y culturales. En particular, se analizan los compromisos adquiridos por los Estados en virtud de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a la protección y garantía de los derechos sociales. Para ello se parte de la descripción general del proceso de positivización de los derechos sociales, para luego estudiar las obligaciones generales y particulares a cargo de los Estados, que se desprenden de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitirá caracterizar dichas obligaciones y enfatizar el carácter vinculante de las mismas para los Estados.

I. POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos económicos, sociales y culturales han sido fruto de un proceso de evolución que ha dado como resultado su consagración en tratados internacionales de derechos humanos y en legislaciones nacionales que han intentado, algunas sin éxito, adaptar su ordenamiento

jurídico a los postulados del derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, las primeras reivindicaciones de los derechos sociales se dieron en el ámbito constitucional, desde el siglo XIX, como respuesta a los reclamos de la clase proletaria. Tal es el caso de la Constitución de Weimar de 1919, la cual resalta la importancia de que la vida económica sea organizada conforme al principio de justicia, de forma tal que asegure a todos una existencia digna y los medios necesarios para su subsistencia³. Más adelante, en 1948, el derecho internacional avanzaría en su positivización al proclamar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual incluye tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales.

En 1966, el sistema universal de derechos humanos adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo preámbulo reconoció la importancia de crear las condiciones necesarias que le permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC) tanto como de sus derechos civiles y políticos. Posteriormente, en 1985, se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, a diferencia del Comité de Derechos Civiles y Políticos, no tiene un origen convencional, sino que fue creado por el Consejo Económico y Social (ECOSOC). Este origen ha restringido sus funciones y ha limitado enormemente las posibilidades de evolución en materia de procedimientos, e incluso, de progresividad en el reconocimiento de derechos⁴.

3. Artículo 153 de la Constitución de Weimar de 1919, en: ALFONSO JIMÉNEZ REYES. *El desarrollo de los derechos humanos: los derechos económicos, sociales y culturales*, en [www.coladictm.org/publicaciones/articulos/derechos%20esc.pdf], pp. 9 y 10.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dio el primer paso en la garantía de los DESC al incluir en la Convención Americana sobre Derechos Humanos un artículo (art. 26) relativo a la protección de tales derechos, pero sólo hasta 1988 adoptó un protocolo adicional a la Convención Americana, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), que le permitiera contar con un instrumento específico para garantizar estos derechos. No obstante, dicho instrumento entró en vigor en el año 2000 y sólo para exigir el derecho a la libertad sindical y a la educación⁵. Hasta la fecha, no se ha registrado un avance significativo respecto a la exigibilidad de otros derechos del Protocolo de San Salvador, para que puedan invocarse de manera directa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con los adelantos posteriores en la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, los Estados empezaron a plantearse la protección de los derechos sociales como una obligación exigible tanto en su ámbito interno como en el plano internacional. Inicialmente, los primeros esfuerzos de los organismos internacionales se centraron en los derechos civiles y políticos y mantuvieron relegados aquellos casos de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. Esta tendencia estuvo influida en América Latina por el surgimiento de dictaduras y por la necesidad de crear un

-
4. NELSON CAMILO SÁNCHEZ LEÓN. *Posibilidades de justicia internacional para casos de violaciones a los derechos humanos económicos, sociales y culturales*, Colombian National Human Rights Network [www.sermashumano.com], p. 2.
 5. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, suscrito el 17 de noviembre de 1988, artículo 19.

ordenamiento jurídico internacional que previniera la violación de derechos humanos a manos de los Estados y que pusiera límites a los excesos que tenían lugar de manera sistemática en los países del continente americano.

Gracias al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los derechos económicos, sociales y culturales son considerados actualmente, al igual que los derechos civiles y políticos, como parte integrante del catálogo de derechos humanos. Sin embargo, dicho razonamiento no fue el predominante en la doctrina internacional. Para algunos, los derechos económicos, sociales y culturales no eran derechos que pudieran ser oponibles al Estado y mucho menos ser exigibles judicialmente.

Indiscutiblemente, hoy en día los derechos económicos, sociales y culturales han alcanzado un desarrollo importante en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Esto se debe, en primer lugar, al reconocimiento de la necesidad de garantizar a las personas unos mínimos que les permitan gozar de una vida digna y así asegurar otros derechos. En segundo lugar, porque en razón de la conexidad de estos derechos con los derechos civiles y políticos se han abierto puertas para su exigibilidad; y en tercer lugar, porque las reivindicaciones históricas de actores sociales, como el movimiento campesino por el reconocimiento al derecho a la tierra y el sindical por los derechos laborales, han creado una conciencia acerca del reconocimiento de estos derechos y de la importancia de su protección por parte del Estado. No obstante, el proceso de fortalecimiento de los mecanismos de exigibilidad de estos derechos no se ha completado y padece de algunas dificultades, muchas de las cuales se deben a las características propias de los DESC. Además, los problemas estructurales que enfrentan los Estados del continente americano, tales como defi-

ciente funcionamiento de la administración de justicia, corrupción y crítica situación financiera, entre otras dificultades, obstaculizan obtener del sistema judicial una respuesta sobre la violación de estos derechos y con mayor razón impide lograr un pronunciamiento sobre la responsabilidad internacional del Estado.

II. OBLIGACIONES A CARGO DE LOS ESTADOS

Un Estado que ha limitado voluntariamente su soberanía, mediante la ratificación de convenios internacionales de derechos humanos y el reconocimiento de la competencia de los órganos creados por dichos convenios para su verificación, asume la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en los instrumentos internacionales, so pena de comprometer su responsabilidad internacional. Las obligaciones que se desprenden de dichos tratados son tanto de carácter general como especial, así como de tipo negativo y positivo.

Para algunos, las obligaciones a cargo de los Estados varían dependiendo de si se trata de derechos civiles y políticos, o de derechos económicos, sociales y culturales. Según esto, las obligaciones para el Estado frente a los derechos civiles y políticos serían obligaciones *negativas*, las cuales se agotan en un no hacer por parte del Estado⁶. Así, por ejemplo, el Estado garantizaría el derecho a la libertad de pensamiento no interfiriendo indebidamente en el ejercicio de este derecho o no privando ilegalmente de la libertad a las personas. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales se afirma que las obliga-

6. VÍCTOR ABRAMOVICH y CRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Edit. Trotta, 2002, p. 21.

ciones son *positivas*, lo cual equivale a realizar conductas y acciones, con cargo al erario público, para proteger estos derechos. Tal es el caso de la destinación de recursos para el funcionamiento del sistema de salud o para garantizar la educación gratuita.

Sin embargo, estas distinciones se basan sobre “una visión totalmente sesgada y ‘naturalista’ del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”⁷. De este modo, al encasillar a cada conjunto de derechos en un tipo particular de obligaciones se está descartando la existencia de obligaciones de ambas características para unos y otros derechos. La jurisprudencia del sistema internacional ha demostrado cómo los derechos humanos en general deben ser garantizados tanto con obligaciones positivas como negativas. En el caso del derecho a las garantías judiciales, por ejemplo, el Estado debe destinar recursos para el cabal funcionamiento del sistema judicial al mismo tiempo que debe abstenerse de vulnerar el derecho. De igual forma, respecto al derecho al trabajo, el Estado no sólo debe procurar no limitar el derecho sino también producir un ordenamiento jurídico que garantice la no interferencia indebida de terceros en el ejercicio del derecho.

En suma, si bien los derechos de primera generación se caracterizan principalmente por generar obligaciones de no hacer y los derechos sociales por obligaciones de hacer, es claro que no puede hacerse una diferenciación tajante entre las obligaciones a cargo del Estado frente a unos y otros derechos. El respeto y la garantía de los de-

7. *Ibíd.*, p. 23.

rechos humanos en su conjunto implican que los Estados cuenten con un ordenamiento jurídico interno y con un aparato estatal que prevenga las violaciones a los derechos humanos. Esto claramente requiere una destinación presupuestal y, sobre todo, el deber jurídico de abstenerse de violar los derechos de quienes están sujetos a su jurisdicción. Sobre el particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

La protección de la ley la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1 contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implican, como ya lo dijo la Corte, el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, n.º 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C, n.º 5, párr. 175)⁸.

Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado el alcance de las obligaciones a cargo de los Estados frente a los derechos sociales, y ha manifestado que el artículo 2.º del Pacto describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Parte, las cuales incluyen

8. Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A n.º 11, párrs. 22 y 23.

... tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado. Aunque algunas veces se ha hecho gran hincapié en las diferencias entre las formulaciones empleadas en esta disposición y las incluidas en el artículo 2.º equivalente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no siempre se reconoce que también existen semejanzas importantes. En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato⁹.

Particularmente, las obligaciones a cargo de los Estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales son, según VÍCTOR ABRAMOVICH, de cuatro niveles. En primer lugar, está la obligación de respeto, que consiste en abstenerse de vulnerar los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado. Ésta es una obligación asociada con una abstención, con un no hacer por parte del Estado. Por ejemplo, el Estado debe abstenerse de oponer trabas al ejercicio de los derechos; esto es, no estableciendo una legislación contraria a los mismos o no adoptando políticas públicas que vayan en detrimento de tales derechos. En segundo lugar se encuentra la obligación de garantía, que implica adoptar medidas para hacer realidad el ejercicio del derecho. Para ello, el Estado debe contar con un ordenamiento jurídico interno y políticas públicas que faciliten el ejercicio de los derechos sociales. En tercer lugar, tenemos la obligación de

9. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n.º 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párr. 1.º del art. 2.º del Pacto) del 14 de diciembre de 1990.

proteger los derechos frente a las amenazas de terceros. Finalmente está la obligación de promoción, según la cual los Estados deben realizar acciones dirigidas a crear en todos los órdenes de la sociedad una conciencia de respeto y protección de dichos derechos¹⁰.

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana (“Protocolo de San Salvador”) y el artículo 2.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen de forma similar las obligaciones para los Estados en materia de derechos económicos sociales y culturales. Así, los Estados se comprometen a adoptar medidas—especialmente las económicas y técnicas— hasta el máximo de sus recursos, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados (inclusive y en particular, la adopción de medidas legislativas), la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Además, disponen que la garantía de dichos derechos debe darse sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Conforme a dicha premisa, los Estados se comprometen a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales bajo el cumplimiento de unos supuestos. Así, para tener una mejor comprensión de los alcances de dicha disposición, se analizarán uno a uno los elementos que la comprenden.

10. ABRAMOVICH y COURTIS. cit., p. 29.

A. Deber de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de sus recursos

Según esta disposición, los Estados están obligados a implementar en el orden interno políticas públicas dirigidas a lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Para ello deben destinar los recursos necesarios para llevar a cabo en la práctica dichas políticas sociales. Igualmente, sin perjuicio del margen de libre apreciación de los Estados, éstos deben diseñar programas que respondan a los lineamientos internacionales en esta materia y que sean efectivos para garantizar los derechos sociales. Sin embargo, esta obligación se encuentra condicionada, a renglón seguido, por la disponibilidad de recursos del erario público para llevar a cabo dicha tarea. Esto evidentemente dificulta la realización de los derechos económicos, sociales y culturales ya que los Estados por lo general destinan la mayoría de sus recursos a otros campos que resultan prioritarios (p. ej., capital para la guerra o para combatir el narcotráfico) y dejan relegados los derechos sociales.

Así, una de las defensas más comúnmente esgrimidas por los Estados para justificar la insatisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de recursos. Esta defensa va acompañado de la creencia equívoca de equiparar los derechos sociales a concesiones del Estado y asimilarlos a políticas públicas, con lo cual se desvirtúa su carácter de derechos humanos. Sobre el particular vale la pena recordar que, en virtud del carácter universal de los derechos humanos –tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales– los Estados están obligados a garantizarlos en su ámbito interno sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma,

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹¹.

Igualmente, si bien la falta de disponibilidad de recursos puede ser esgrimida como obstáculo para garantizar de manera inmediata un derecho social, esto también tiene unos límites que no pueden pasar desapercibidos. Uno de estos límites es el principio de igualdad y no discriminación, el cual informa todo el ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos humanos. Según él, cualquier situación que le otorgue privilegios a un grupo por considerarse superior o que, por el contrario, por ser considerado inferior genere desconocimiento de sus derechos, es incompatible con este principio. Así, a primera vista, un Estado que destina recursos para implementar una política a favor de unos como un privilegio (por ejemplo favorecimiento legislativo para quienes concentran la propiedad de la tierra) y no destina recursos para otros, que además se encuentran en condiciones de vulnerabilidad (los pequeños propietarios campesinos) incurre en violación de esta norma de *ius cogens*. Sobre el particular, los Principios de Limburgo han recomendado que “se debería dar atención especial a la adopción de medidas para mejorar el nivel de vida de los pobres y otros grupos desfavorecidos, teniendo en cuenta la posible necesidad de adoptar medidas especiales para proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y las minorías”¹².

11. De manera similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) contemplan la obligación de no discriminación.

12. *Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1986, párr. 14.

Para ilustrar lo anteriormente expuesto, resulta útil citar las conclusiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la vivienda, en su Observación general n.º 4, en la cual precisó la importancia de darles prioridad a los grupos sociales vulnerables que viven en condiciones marginales, a través de políticas públicas que no generen beneficios para los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás. Además, en esa observación se señala que:

El Comité tiene conciencia de que factores externos pueden afectar al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida y de que en muchos Estados Partes las condiciones generales de vida se han deteriorado durante el decenio de 1980. Sin embargo, como lo señala el Comité en su Observación general n.º 2 (1990) (E/1990/23, anexo III), a pesar de los problemas causados externamente, *las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica*. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto¹³.

Así, la falta de recursos para invertir en la protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales no puede servir de excusa para incumplir las obligaciones contraídas en los tratados internacionales y mucho menos para justificar una conducta indiferente del Estado frente a los derechos sociales.

13. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n.º 4, *El derecho a una vivienda adecuada* (párr. 1.º del art. 11 del Pacto) del 13 de diciembre de 1991. Cursiva fuera del texto.

B. Para lograr progresivamente

Los Estados se obligan a implementar medidas paulatinamente para alcanzar la plena garantía de los derechos sociales. Así, en este proceso deben realizar, paso a paso, acciones que les permitan llegar a dicho fin. Si bien los instrumentos internacionales hablan de un “logro progresivo”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que existen derechos que pueden exigirse inmediatamente. A este respecto, los Principios de Limburgo han señalado que

... aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo¹⁴.

Así, un Estado que emite una ley que limita indebidamente un derecho social o que opone barreras para su ejercicio incurre en la violación de las normas internacionales y por lo tanto debe adoptar como medida inmediata la derogación o reforma de dicha norma. En el caso del derecho a la salud, vemos por ejemplo cómo las obligaciones relacionadas con los niveles esenciales de ese derecho

... tienen efecto inmediato, mientras que aquellas que no se relacionan con los niveles esenciales son de cumplimiento progresivo y, por tanto, es exigible la prohibición de regresividad¹⁵.

14. *Principios de Limburgo ...*, cit., párr. 8.º.

15. ÓSCAR PARRA VERA. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, p. 53.

De esta forma es posible decir que la progresividad puede lograrse tanto implementando obligaciones positivas como negativas, y que no necesariamente la progresividad se predica de los derechos económicos, sociales y culturales sino también de los derechos civiles y políticos. En este punto vale citar el voto razonado del juez RODOLFO E. PIZA ESCALANTE, de la CIDH, respecto a la opinión consultiva OC-4, en la cual clarificó la diferencia entre derechos exigibles por sí mismos y derechos exigibles progresivamente:

... la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, "exigibles directamente por sí mismos", y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, "exigibles indirectamente", a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse en general que, cuando quiera que se concluya que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Es así como los principios de "desarrollo progresivo" contenidos en el artículo 26 de la Convención, si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos "civiles y políticos"

consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos; y viceversa, que las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos (como ocurre, por ejemplo, con el derecho de huelga)¹⁶.

En igual sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado sobre el tema señalando que, independientemente del estado de desarrollo de tal o cual país, hay ciertas medidas que deben tomarse inmediatamente. Como lo ha reconocido la Estrategia Mundial de Vivienda y otros análisis internacionales, muchas de las actuaciones requeridas para promover el derecho a la vivienda requieren sólo de la abstención del gobierno de ciertas prácticas y de un compromiso para facilitar la autoayuda de los grupos afectados. En cuanto se considere que tales medidas van más allá del máximo de recursos disponibles para el Estado Parte, es adecuado que lo antes posible se haga una solicitud de cooperación internacional, de conformidad con el párrafo 1.º del artículo 11 y con los artículos 22 y 23 del Pacto, y que se informe al Comité de ello¹⁷.

Así como existe la obligación para los Estados de lograr un desarrollo progresivo, existe también la prohibición

16. Voto separado del juez RODOLFO E. PIZA ESCALANTE, Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Serie A, n.º 4, párrs. 3 y 6.

17. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n.º 4, *El derecho a una vivienda adecuada* (párr. 1.º del art. 11 del Pacto), 13 de diciembre de 1991, párr. 10.

de regresividad. Según ésta, la reglamentación que haga el legislador no puede desmejorar o empeorar el nivel de garantía del derecho vigente¹⁸. Es decir, el legislador no puede introducir normas o reformas que afecten el nivel de protección alcanzado para el derecho, ya que esto significaría un retroceso en el desarrollo progresivo del mismo. Así, la prohibición de regresividad es un límite al poder legislativo, que le impone la carga de buscar otras reglamentaciones como alternativa, para no incurrir en desconocimiento de la obligación de no regresividad. Por lo tanto, esta obligación va de la mano con el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos ya que ambos tienen como objeto asegurar el debido proceso sustantivo¹⁹.

La razonabilidad implica el análisis de tres supuestos: el primero de ellos es que la especie legal no debe ser directamente contraria al género constitucional. El segundo se refiere a que la restricción o limitación del derecho se encuentre justificada; y el tercero es la adecuada proporcionalidad entre el fin de la medida, los antecedentes y la restricción²⁰. Así, el examen de la razonabilidad de una disposición normativa permite determinar cuándo la limitación al derecho está justificada y cuándo no. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye una nueva categoría de análisis del concepto de razonabilidad de la ley²¹.

En este orden de ideas, parece claro que la obligación de progresividad se constituye en una garantía para la

18. ABRAMOVICH y COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 97.

19. *Ibíd.*, p. 96.

20. *Ibíd.*, pp. 99 a 101.

21. *Ibíd.*, p. 97.

protección de los derechos sociales en la medida en que les impone a los Estados el imperativo de avanzar en el reconocimiento del derecho, al mismo tiempo que los obliga a verificar la razonabilidad de sus leyes, para no incurrir en la violación de la prohibición de regresividad.

C. Por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales

Cuando un derecho que está reconocido formalmente no puede materializarse, no es posible hablar de un verdadero reconocimiento del derecho. Así, los Estados asumen la obligación de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales a través de la construcción de un ordenamiento jurídico que contemple estos derechos, como también mediante el diseño y la ejecución de políticas públicas. Además, resulta de vital importancia que el aparato estatal esté organizado de manera que se prevengan las violaciones a los derechos humanos o que, una vez ocurridas, éstas se sancionen y reparen conforme a derecho. Esto permite que los particulares superen los obstáculos que en la práctica pueden dificultar el ejercicio de un determinado derecho. Para ello es también necesario que el Estado contemple mecanismos judiciales que hagan exigibles los derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. He aquí uno de los debates más importantes en esta materia: el de la justiciabilidad de los derechos sociales.

Los Principios de Limburgo sobre la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales coinciden en señalar que los Estados Partes deberán utilizar

... todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el pacto²².

Si bien ha sido comúnmente aceptado por los Estados que el diseño de políticas públicas es un medio adecuado para materializar los derechos económicos, sociales y culturales y que es en este ámbito en el que deben definirse los lineamientos de la conducta estatal frente a estos derechos, no ha ocurrido lo mismo respecto a la exigibilidad judicial. Ha habido una enorme reticencia frente a la posibilidad de ventilar, a través de las instancias judiciales, asuntos que implican la limitación o la violación de un derecho económico, social y cultural. Para quienes restringen los DESC a cuestiones de política pública, resulta inadecuado que las instancias judiciales se pronuncien al respecto:

Algunos autores expresan como un obstáculo a la justiciabilidad el acotado marco cognitivo de un proceso judicial: el marco de decisión del litigio judicial no siempre es el ámbito más adecuado para discutir y decidir cuestiones de políticas públicas que pueden implicar priorizar objetivos, distribuir recursos, equilibrar intereses contrapuestos, etc.²³.

Lo cierto es que si bien el poder judicial no tiene la tarea de diseñar o ejecutar políticas públicas, sí está facultado para confrontar el diseño de dichas políticas con los

22. *Principios de Limburgo...*, cit., párr. 17.

23. VÍCTOR ABRAMOVICH. *Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados* (este documento presenta las conclusiones del trabajo de investigación: "Los derechos sociales como derechos exigibles"), p. 11.

... estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia²⁴.

La protección de los derechos sociales a través de mecanismos judiciales se desprende tanto del artículo 26 de la Convención Americana como del artículo 1.1 de la misma, según el cual los Estados se comprometen a respetar y garantizar los derechos y libertades allí reconocidos. La obligación de garantizar los derechos implica ordenar el aparato estatal de manera tal que se les permita a las víctimas de violaciones a los derechos humanos el acceso a la administración de justicia. En palabras de la Corte Interamericana:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

24. *Ibid.*, p. 15.

Así, los Estados no pueden argumentar que los derechos sociales no pueden ser exigibles judicialmente en su ámbito interno ya que esta obligación se desprende de los tratados que han ratificado voluntariamente. Además, esto daría lugar a que los organismos internacionales emitieran un pronunciamiento para declarar la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la obligación de garantía de los derechos humanos (art. 1.1), la violación del artículo 25 (garantías judiciales) y del artículo 26 (derechos económicos, sociales y culturales) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros derechos.

III. CONCLUSIONES

– Los Estados, al ratificar los tratados internacionales que contemplan derechos económicos, sociales y culturales, se comprometen a realizar tanto obligaciones positivas como negativas para su garantía y defensa. Así, los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los derechos civiles y políticos, hacen parte del catálogo universal de derechos humanos y por tanto les son exigibles judicialmente a los Estados.

– Para que pueda hablarse de una plena garantía de los derechos económicos sociales y culturales, los Estados deben asumirlos como verdaderos derechos y no como concesiones estatales o servicios públicos. Para ello deben destinar recursos suficientes que permitan realizar estos derechos en la práctica y que les garanticen a las personas sujetas a su jurisdicción unas condiciones mínimas de vida adecuadas.

– La obligación de progresividad a cargo de los Estados tiene como objetivo que paulatinamente éstos logren la plena efectividad de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de los que son parte. Así, cual-

quier restricción o limitación indebida de los derechos económicos, sociales y culturales, en razón de significar un retroceso en la garantía de los derechos, se concreta en una violación a la prohibición de regresividad y al principio de razonabilidad de las leyes.

– Si bien actualmente los derechos sociales han alcanzado un alto nivel de reconocimiento en el ámbito internacional, persisten obstáculos que dificultan su respeto y garantía. Algunas de estas barreras se deben a las crisis económicas, políticas y sociales de los Estados, especialmente los de América Latina, y a la falta de compromiso para superar las circunstancias estructurales de pobreza y exclusión que padecen los habitantes de dichos Estados.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, VÍCTOR E. *Derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Documento presentado en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos realizado en junio de 1997 en San José de Costa Rica.

ABRAMOVICH, VÍCTOR y CRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Edit. Trotta, 2002.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n.º 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párr. 1.º del art. 2.º del Pacto), del 14 de diciembre de 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, n.º 11.

JIMÉNEZ REYES, ALFONSO. *El desarrollo de los derechos humanos: los derechos económicos, sociales y culturales*, en [www.coladicmx.org/publicaciones/articulos/derechos%20esc.pdf].

PARRA VERA, ÓSCAR. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo.

SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO. *Posibilidades de justicia internacional para casos de violaciones a los derechos humanos económicos, sociales y culturales*, Colombian National Human Rights Network [www.sermashumano.com].

DIVERSIDAD:
LA COMUNIDAD INDÍGENA COMO SUJETO
DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*Cielo Mariño Rojas*¹

Claramente el desarrollo hacia un pluralismo legal formal, de tipo igualitario, se estanca al momento de abordar y utilizar los conceptos de sujeto colectivo y derechos colectivos.

ANDRÉ J. HOEKEMA

Resumen/Summarie

[Palabras claves: derechos colectivos de las comunidades indígenas, derecho fundamental a la vida de las comunidades indígenas, interlegalidad, multiculturalidad, diálogo intercultural]

Los derechos colectivos, en relación con las comunidades indígenas, no encuentran, en la doctrina tradicional, mecanismos para hacerse efectivos. Tanto la definición

1. Docente, investigadora del Centro de Investigación en Política Criminal, y coordinadora del Grupo de Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad Externado de Colombia.

como sujeto de derechos fundamentales de dichas comunidades, como la determinación del contenido de sus derechos colectivos aún se están construyendo.

La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales; ha dejado de ser una realidad fáctica y legal, para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma, que aparece dotada de singularidad propia, ha dicho la Corte Constitucional.

Los artículos 1.º y 7.º de la Constitución Política consagran el principio de diversidad étnica y cultural, que obedece al reconocimiento de la multiplicidad de formas de vida, pensamientos y sistemas de comprensión del mundo diversos de los de la cultura occidental. En sociedades constituidas según este tipo, se espera que se presente una interlegalidad (esto es, que los conjuntos de derechos se entretengan); la sociedad mayoritaria debe reconocer entonces la validez de los sistemas de derecho que coexisten dentro del mismo país.

Uno de los derechos fundamentales a los que tienen derecho las comunidades indígenas, que constituye el presupuesto para la existencia de los restantes, es el derecho fundamental a la vida, el cual plantea un diálogo intercultural en tanto cada cultura tiene una visión diversa –e igualmente válida– del mundo, de lo que constituye el derecho a la vida, y de la forma como este derecho debe ser garantizado. Se trata de construir el derecho a la vida desde diferentes culturas. Estas nuevas definiciones de vida deben abarcar concepciones de vida múltiple, no arraigada a un cuerpo sino a un grupo, a una comunidad de personas que comparten una misma cosmovisión.

Diversity: the indigenous community as a subject of fundamental rights

[Keywords: collective rights of indigenous people, fundamental right to life of the indigenous communities, interlegality, multiculturalism, intercultural dialogue]

Collective rights, in relation to indigenous communities, do not have mechanisms in traditional doctrine in order to be made effective. Both the definition of these communities as subjects of fundamental rights as well as the determination of the content of their collective rights are still in the process of being constructed.

The indigenous community is a collective subject and not merely the sum of individual subjects; it has gone from being a factual and legal reality to becoming the subject of fundamental rights; that is to say that these are not predicated on their members being individually considered, but rather that the community itself is endowed with its own singularity, the Constitutional Court has said.

Articles 1 and 7 of the Colombian Constitution consecrate the principle of ethnic and cultural diversity, in line with recognition for the multiplicity of forms of life, thinking and systems for understanding the world that are different from those of Western culture. In societies reconstituted according to this type, it is hoped that there will be a kind of inter-legality, that is, that within the sets of interwoven rights, the majority society must recognize the validity of systems of law that coexist within the same country.

One of the fundamental rights to which indigenous communities are entitled, and which constitutes the basis for the existence of the remaining rights, is the fundamental right to life. This implies an intercultural dialogue

insofar as each culture has a diverse and equally valid vision of the world, from which the right to life, and the way in which this the right must be guaranteed, is constituted. This means constructing the right to life from the standpoint of different cultures. These new definitions of life must take into account multiple life concepts that are not rooted to a body but rather to a group, a community of persons who share the same cosmological vision.

La última generación de derechos humanos demanda la evolución de sus contenidos y alcances para hacer real lo que se pretendió con la consagración de tales derechos. Los derechos colectivos, en relación con las comunidades indígenas, no encuentran, en la doctrina tradicional, mecanismos para hacerse efectivos: tanto la definición como sujeto de derechos fundamentales de dichas comunidades, como la determinación del contenido de sus derechos colectivos, se está apenas construyendo.

Se debe distinguir la categoría de derechos colectivos que se está abordando, ya que pueden ser derechos colectivos pertenecientes a una suma de individualidades, o en cambio referirse a los que poseen ciertos grupos, como las comunidades indígenas. En el caso de los primeros, estaríamos hablando de derechos o intereses difusos o colectivos, que se dinamizan con acciones populares; en los segundos, se trataría de derechos colectivos de los que son titulares las comunidades indígenas como sujeto colectivo, que pueden ejercer las mismas comunidades y son tutelables. Estos últimos derechos son los que RODRIGO UPRIMNY define como “la atribución a las colectividades de personalidad jurídica para darle titularidad de derechos”, y dice:

En nuestra Constitución los dos tipos de derechos están englobados bajo la figura de derechos colectivos: de un lado los intereses difusos –como el medio ambiente–;

y de otro lado, derechos especiales de grupo como los derechos de las comunidades indígenas².

WILL KYMLICKA señala que la idea de los derechos diferenciados en razón del grupo parece basarse en una filosofía o en una visión del mundo opuesta a la del liberalismo, pero sostiene que “muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son consistentes con los principios liberales de libertad e igualdad”. El autor considera que el término de “derechos colectivos” resulta erróneo ya que es extenso y heterogéneo; además señala que ciertos liberales “temen que los derechos colectivos reivindicados por los grupos étnicos y nacionales sean, por definición, contrarios a los derechos individuales”³.

La categoría de derechos colectivos es amplia y abarca los derechos ambientales, de los consumidores, o al espacio público, entre otros. La Corte Constitucional, en la sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, ha dicho:

Los derechos fundamentales de las comunidades étnicas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (art. 88 C. P.). En el primer evento, es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.

-
2. Entrevista con RODRIGO UPRIMNY YEPES, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Bogotá, 16 de septiembre de 2004.
 3. WILL KYMLICKA. *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Edit. Paidós, 2002, pp. 57 y 58.

En relación con esa titularidad, la Corte Constitucional también ha sostenido, en sentencia SU-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL:

La comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal, para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma, que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Que se trata de sujetos colectivos autónomos lo ha sustentado igualmente la Corte en la sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ:

No puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados.

I. DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DESDE LA DIVERSIDAD

Los artículos 1.º y 7.º de la Constitución Política consagran el principio de diversidad étnica y cultural. El artículo 7.º señala: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”; a través de este principio se puede lograr una versión de la sociedad democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, que se establece en el artículo 1.º. De este principio se derivan los otros: el de dignidad e igualdad de las culturas establecido en el artículo 70, inciso 2.º, de

la Constitución Política: “El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país...”; este artículo señala igualmente que la cultura es fundamento de la nacionalidad; también se deriva el principio de la obligatoriedad de protección de las riquezas culturales por parte del Estado y de las personas, artículo 8.º, C. P.: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación”.

La Corte ha dicho que el multiculturalismo establecido en la Constitución Política de 1991

... lejos de ser una declaración puramente retórica es el principio fundamental de diversidad étnica y cultural que proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República⁴.

El multiculturalismo obedece al reconocimiento de la multiplicidad de formas de vida, pensamientos y sistemas de comprensión del mundo, diversos de los de la cultura occidental, sostuvo igualmente la Corte en el mismo pronunciamiento. En sentencia de unificación SU-510 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, la Corte Constitucional señaló:

La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que

4. Sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa; y de ser consecuentes, de otro lado, con la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atiende a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y las comunidades.

En esta dirección, la Sentencia 139 de 1996 reconoce igualmente la singularidad de las comunidades indígenas; la Sentencia T-496 de 1996 habla de la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas; y la Sentencia T-523 de 1997 reconoce la existencia de las diversas cosmovisiones que deben convivir dentro de un Estado pluricultural y multiétnico.

La pretendida universalidad de los derechos humanos choca frente a un mundo múltiple: la comprobación cotidiana nos habla de una diversidad que nos rodea y a veces se margina, se segrega. Se plantea entonces la necesidad de definir los derechos desde la diversidad, a través de un diálogo intercultural, en tanto las culturas deben verse como incompletas, dice BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. La “pregunta por la universalidad de los derechos humanos es particular, de la cultura occidental”, dice el autor, y propone una hermenéutica diatópica:

En caso del diálogo intercultural, el intercambio no es únicamente entre conocimientos diferentes sino también entre culturas diferentes, es decir, entre diferentes, en un sentido fuerte, universos de sentido inconmensurables. Estos universos de sentido consisten en constelaciones de *topoi* fuertes. Éstos son los lugares comunes preeminentes de una cultura dada: funcionan como premisas de argumentación, haciendo posible de esta manera la producción de intercambio de argumentos⁵.

Se deben crear medios para definir derechos desde la diversidad, crear puentes que aunque no logren traducir plenamente los significados, sí los hagan más cercanos y comprensibles. Es necesario un diálogo intercultural no vicioso en el que, desde posiciones asimétricas, se planteen los términos de interacción, dice BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.

El derecho indígena debe ser parte integral del sistema legal del Estado, como afirma el Proyecto de Declaración Americana. El derecho indígena constituye una forma de conocimiento integral; en él convergen cultura, religión, conocimiento tradicional. Dentro de sociedades multiculturales como la nuestra, no sólo deben reconocerse las formas propias de control social de las comunidades indígenas, sino la definición, desde diversas cosmovisiones, de sus derechos.

Según ANDRÉ J. HOEKEMA, existe un pluralismo jurídico social o de hecho, y el formal o de *iure*; éste se divide a su vez en dos: el de tipo unitario, en el que las concepciones hegemónicas de la sociedad mayor no se discuten, y el de tipo igualitario,

... requiriendo la conformación de relaciones interculturales entre comunidades distintas. En sociedades reconstituidas según este tipo, se espera que sus conjuntos de derechos se entretrejan⁶.

HOEKEMA denomina interlegalidad a esta cualidad. La sociedad mayoritaria debe reconocer la validez de los

5. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", *Revista El otro derecho*, n.º 28, Bogotá, ILSA, julio de 2002, p. 70.

6. ANDRÉ HOEKEMA. "Hacia un pluralismo jurídico de tipo igualitario" *Revista El otro derecho*, n.ºs 26 y 27, Bogotá, ILSA, 2002, p. 71.

sistemas de derecho que coexisten dentro del mismo país, fruto de diversas identidades culturales.

II. DERECHO A LA VIDA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

La interculturalidad y la interlegalidad se hacen posibles con el reconocimiento de otras definiciones culturales y legales, de otras construcciones de lo normativo. La comprensión del derecho a la vida más allá del que nuestra normatividad reconoce, comprensión anclada en los derechos individuales, refleja un respeto por otras formas culturales y legales. En el caso del derecho fundamental a la vida se plantea un diálogo intercultural en tanto cada cultura tiene una visión diversa del mundo –e igualmente válida– de lo que constituye el derecho a la vida, y de la forma como este derecho debe ser garantizado. Se trata de construir el derecho a la vida desde diferentes culturas.

Esta nueva definición de vida debe abarcar concepciones de vida múltiple, no arraigada en un cuerpo sino en un grupo, en una comunidad de personas que comparten una misma cosmovisión. El Convenio 169 de la OIT señala, en el artículo 1.º, que es pueblo indígena

... el descendiente de] poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Los pueblos indígenas fueron definidos por el Proyecto 35 de 2003 (Senado) cuyo ponente era el senador CARLOS

GAVIRIA DÍAZ, por medio del cual se buscaba desarrollar el artículo 246 de la Constitución Política, así:

Se entiende por pueblos indígenas, los grupos o comunidades descendientes de los pobladores originarios de América, que tengan conciencia de su identidad étnica y cultural y que conserven en todo o en parte sus propias creencias espirituales, instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, así como formas de gobierno, control social y sistemas normativos propios.

Para proteger el derecho a la vida de estas comunidades, se habla, según WILL KYMLICKA, de tres formas de derechos diferenciados en función del grupo⁷. Estos tipos de derechos protegen a los grupos de las medidas económicas y políticas externas (“Lo que tales grupos pretenden es asegurarse de que el conjunto de la sociedad no les privará de las condiciones necesarias para su supervivencia”⁸):

1. Derechos de autogobierno (delegación de poderes a las minorías nacionales).

2. Derechos poliétnicos (apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas asociadas con grupos étnicos o religiosos específicos).

3. Derechos especiales de representación (escaños garantizados para grupos étnicos o nacionales en el seno de las instituciones centrales del Estado que los engloba).

Estos tipos de derechos tenderán a proteger cada uno de los elementos que constituyen la comunidad, su existencia. A través de ellos, la supervivencia de las comunidades se puede garantizar. El Derecho Interna-

7. KYMLICKA. Ob. cit., p. 46.

8. *Ibíd.*, p. 61.

cional de los Derechos Humanos, DIDH, ofrece un marco normativo dentro del cual debe ser ubicada la aceptación de nuevas definiciones y prácticas. Se puede pensar que los instrumentos internacionales atan los derechos humanos al individuo, dejando de lado la posibilidad de hacer titulares de los mismos a las colectividades, pero, a más de un reconocimiento explícito en algunos de ellos, se debe tener en cuenta que la interpretación del DIDH no es restrictiva y que la evolución de los derechos humanos tiende al reconocimiento de derechos pertenecientes a colectividades de acuerdo con los principios de dignidad, diversidad e igualdad.

Dentro de los instrumentos internacionales, vinculantes o no, que establecen el derecho de los pueblos indígenas a su existencia a través de la protección de cualquiera de los grupos de derechos que los constituyen, tenemos:

– Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968:

Artículo 27: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

– Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (Argel, 4 de julio de 1976). En su artículo 19 señala que las comunidades indígenas tienen “derecho a que se respeten su identidad, sus tradiciones, su lengua y su patrimonio cultural”.

– En el Convenio 169 de la OIT, del 27 de junio de 1989, aprobado por la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, se señala:

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven...

El artículo 2.º del mismo Convenio anota:

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

Esta acción deberá incluir medidas...

[...]

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

– Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, aprobada por la Ley 12 del 28 de enero de 1991. En su artículo 30 dice:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

– Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a una Nacionalidad o Minoría Étnica, Religiosa

o Lingüística, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992:

... Afirmando que los pueblos indígenas son iguales en dignidad y derechos a cualquier otro pueblo, en tanto se reconoce el derecho de todos los pueblos de ser diferentes, de considerarse diferentes y de ser respetados como tales.

Afirmando que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, lo cual constituye una herencia de la humanidad.

Artículo 33: Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y a mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Igualmente, hay dos proyectos de declaración sobre pueblos indígenas, uno internacional y otro regional:

– El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, que se fundamenta en el principio de igualdad y no discriminación de los pueblos indígenas y les reconoce el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos.

– El Proyecto de Declaración Americana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala, en su preámbulo, el goce de derechos colectivos: “Recordando el reconocimiento internacional de derechos que sólo pueden gozarse cuando se lo hace colectivamente”. Y de forma complementaria el artículo 2.2 dice:

Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros. En este sentido, los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas *inter alia* a su carácter colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de usar sus lenguas.

Y el artículo 7.º:

1. Derecho a la integridad cultural. Los pueblos indígenas tienen derecho a su integridad cultural, y a su patrimonio histórico y arqueológico, que son importantes tanto para su supervivencia como pueblo, como para la identidad de sus miembros.

[...]

3. Los Estados reconocen y respetan las formas de vida indígena, sus costumbres, tradiciones, formas de organización social, instituciones, prácticas, creencias, valores, usos del vestir y lenguas.

En un Estado pluricultural y multiétnico, las dinámicas que asume la vida son diversas⁹ y así mismo los discursos

9. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, del 17 de octubre de 2003, dentro de las definiciones de su artículo 2.º señala: "1. Se entiende por 'patrimonio cultural inmaterial' los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribu-

que las definen. El reconocimiento de diversos conceptos jurídicos es acorde con los principios de pluralismo y diversidad étnica y cultural. El derecho a la vida se debe construir desde la diversidad, partiendo del principio de dignidad humana, que, a su vez, puede ser definido con base en otros valores culturales.

En el ámbito nacional, el derecho a la vida de las comunidades indígenas se funda y relaciona con los siguientes principios y derechos que la Constitución Política establece:

– *Principio de la dignidad*, establecido en el artículo 1.º de la Constitución Política, que consagra que Colombia es una república democrática, participativa y pluralista.

– *Principio de la diversidad étnica y cultural*, establecido en el artículo 7º de nuestra Constitución Política: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

– *Principio de la obligatoriedad de protección de las riquezas culturales* por parte del Estado y de las personas, artículo 8.º C. P.: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales [...] de la nación”.

– *Principio de dignidad e igualdad de las culturas*, establecido en el artículo 70, inciso 2.º, de la Constitución Política: “El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país...”. El artículo igualmente señala que la cultura es fundamento de la nacionalidad.

– *Principio de oficialidad de las lenguas* de los grupos étnicos en sus territorios, artículo 10.º C. P.: “Las lenguas

yendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos, y de desarrollo sostenible”.

y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios...”.

– *Autonomía* (derecho de grupo a la autodeterminación política), artículo 330 C. P.: “... los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades...”.

La necesidad del reconocimiento del derecho a la vida digna, para las comunidades indígenas, parte de lo anteriormente señalado. El concepto de vida digna cualifica la existencia y no la deja con el mero carácter de subsistencia. El “vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”¹⁰ se debe relacionar igualmente con las comunidades indígenas, que definirán, en cada caso, cuál es la vida digna que se debe garantizar, de acuerdo con las condiciones establecidas desde sus propias culturas.

PILAR RUEDA, antropóloga, señala que el concepto de dignidad

... garantizaría un trato igualitario y no discriminatorio, en las mismas circunstancias, siendo cada quien diferente [para ello] se deben definir los estándares de calidad de vida, por supuesto con el respeto a lo que las mismas comunidades definen como calidad de vida¹¹.

El derecho a la vida es un derecho fundamental, que en principio se considera en relación con el individuo; no obstante, se busca el reconocimiento de este tipo de derecho para las comunidades indígenas, que ofrecen otras definiciones de vida desde cosmovisiones diversas y con base en conceptos igualmente diversos de dignidad.

10. Corte Constitucional. Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

11. Entrevista con la antropóloga PILAR RUEDA, Bogotá, 27 de agosto de 2004.

La jurisprudencia ha reconocido el derecho a la vida, en relación con las comunidades indígenas, al lado de otros derechos colectivos. La Corte Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales, de los cuales son titulares las comunidades indígenas, son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art. 11 C. P.); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (arts. 1.º y 7.º C. P.) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (art. 12 C. P.) que se predica de las comunidades indígenas; el derecho a la propiedad colectiva (arts. 58, 63 y 329 C. P.); y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios (par., art. 330 C. P.)¹². Existen igualmente el derecho de grupo a la autonomía política (art. 330 C. P.) y el derecho al respeto de la identidad en materia educativa (inc. 5.º, art. 68 C. P.)¹³.

El principio de diversidad étnica y cultural, que la Constitución Política de 1991 establece, hace parte justamente del reconocimiento de formas de vida diversa definidas desde las culturas de los pueblos indígenas, definiciones que serán más extensas que aquellas heredadas de la tradición jurídica occidental.

Es importante decir que no se debe tener una simple acepción biológica de vida. En la Sentencia 380 de 1993 se sostuvo:

12. Sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; Sentencia C-058 de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; Sentencia T-349 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; Sentencia T-496 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; Sentencia U-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

13. Sentencia T-428 de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes [...] es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.

En efecto, la supervivencia de los diferentes grupos étnicos tiene que ver, estrechamente, con el derecho a la cultura. En relación con este punto, STAVENHAGEN, citado por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS¹⁴, señala:

Los derechos colectivos que las minorías étnicas han estado exigiendo en todo el mundo tienen que ver con la supervivencia de los grupos étnicos como tales, la preservación de sus culturas étnicas, la reproducción del grupo como entidad diferenciable y la identidad cultural vinculada a la vida grupal y a la organización social [...] Esto es mucho más que exigir la no discriminación e igualdad ante la ley. Tiene que ver con el uso del lenguaje, con la escolaridad y con las instituciones educativas y culturales, incluyendo las instituciones religiosas...

La cultura corresponde a una forma de vida que se construye alrededor de valores, creencias, saberes, maneras de actuar, que, si se extingue o debilita, conduce al debilitamiento o extinción de la propia comunidad.

Dentro de los “delitos contra la vida y la integridad personal”, se encuentra el genocidio, en el que el sujeto pasivo no es el individuo asesinado, como en el homici-

14. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”, en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 203.

dio, sino el *miembro*¹⁵; es decir, es el grupo a través de sus miembros. Esta muerte tiene un significado especial en tanto su finalidad es la de aniquilar al grupo. El genocidio constituye un delito contra la vida, que de esta forma no es únicamente biológica. Se le reconoce así al grupo el carácter de sujeto colectivo de derechos fundamentales, como víctima de infracciones, entre otras, penales, como en este delito de genocidio, que es el primer tipo penal de la Parte Especial del Código Penal. Este tipo penal busca evitar la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, sancionando a quien asesine a sus miembros con el propósito de destruir al grupo al que pertenecen.

El etnocidio es un genocidio que se concreta en un grupo étnico. La Corte sostuvo en la Sentencia T-380 de 1993:

La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (art. 12 C. P.) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias. Bajo la perspectiva constitucional, la omisión del deber de restauración de los recursos naturales (art. 80 C. P.) por parte de entidades oficiales [...] constituye una amenaza directa contra los derechos fundamentales a la vida y a la no desaparición forzada de la comunidad indígena Emberá-Katío.

15. El artículo 101 del C. P. señala: *Genocidio*. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o racial, religioso o político que actúe dentro del margen de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros...

Las definiciones que se construyen desde la multiculturalidad tienen que dar lugar a nuevas concepciones de lo normativo que hagan efectivo el principio de diversidad étnica y cultural, y que permitan la existencia de las comunidades indígenas que las encarnan.

Los derechos colectivos de las comunidades indígenas, a más de su reconocimiento, se deben hacer efectivos a través de políticas públicas, tanto sociales como de seguridad, que los garanticen y protejan. El artículo 2.º del Convenio 169 dice que se debe garantizar el respeto de su integridad a través de una acción que promueva la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Pero la situación de las comunidades indígenas debida a la guerra, principalmente, expone, a algunas de ellas, al peligro de extinción, lo que cuestiona los logros normativos que tiene el país.

Según el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas, RODOLFO STAVENHAGEN¹⁶, publicado en noviembre de 2004: “La tasa de violencia es 100% mayor al promedio nacional en los municipios indígenas”, lo cual se debe, ante todo, al cultivo y tráfico de droga y su combate, que adopta formas como la fumigación, que no respeta los poblados indígenas o sus zonas de abastecimiento, además de afectar al medio ambiente. Los asesinatos, torturas, desplazamientos, desapariciones forzadas, reclutamiento de niñas y niños, violaciones de mujeres y ocupación de territorios son

16. Informe de la visita a Colombia del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/88/Add. 2 del 10 de noviembre de 2004, párrafo 43.

tan intensos que constituyen amenaza de extinción para algunas comunidades.

Programas como el de la Red de Informantes o el de Soldados Campesinos deben desaparecer, según las recomendaciones del Relator Especial. De la misma manera, el Relator consideró urgente la creación de zonas de paz indígenas con supervisión de carácter internacional.

Se debe excluir a las poblaciones indígenas del conflicto: el proyecto 069 de 2004, Cámara, de modificación del articulado de la Ley 48 de 1993, que en su artículo 27 excluía –esta última– a los miembros de las comunidades indígenas del servicio militar obligatorio, es atentatorio de la integridad de los pueblos, en tanto un adolescente que haga parte de la guerra comienza a dejar de ser indígena¹⁷, y con ello se debilita el grupo mismo. El proyecto no modifica directamente el artículo 27, pero a través del “principio de universalidad” que establece, los miembros de las comunidades indígenas se pueden ver reclutados, como en la actualidad lo están siendo. Además, el artículo 27 señala que se trata de indígenas que residan en su territorio: ¿qué pasa entonces con los que se encuentren desplazados?

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha dicho:

Los grupos étnicos siguen siendo víctimas de violaciones de sus derechos civiles y políticos, en especial del derecho

17. Así lo estima el gobernador Nasa del resguardo de Calderas (Cauca), quien sostiene que cuando un joven ingresa en la guerra, ejecuta una serie de prácticas que, en el caso de la comunidad Nasa, no son acordes con su cosmovisión. De acuerdo con el nivel de afectación, podrá o no ser aceptado por su comunidad; en caso de tener que irse, va a otra comunidad, sin constituir ello destierro. Entrevista con JOSÉ MARÍA ACHICUÉ LIZ, gobernador del resguardo de Calderas, Bogotá, 22 de octubre de 2003.

a la vida, así como de discriminación racial, intolerancia y exclusión social. Sus derechos económicos, sociales y culturales se ven afectados por las condiciones de pobreza y exclusión en las que se encuentran. El conflicto agrava aún más esa situación y amenaza, en consecuencia, la existencia misma de varios de estos grupos¹⁸.

Se requiere protección especial y diferenciada, puesto que se trata de pueblos cuyos derechos son constantemente vulnerados ya que son particularmente sensibles a los ataques por parte de los diferentes grupos armados, por el deseo de arrebatarles sus territorios o los recursos naturales que allí se encuentran, o porque ellos son lugares de cultivo del narcotráfico; por otra parte las políticas de erradicación de cultivos ilícitos del Estado igualmente lesionan a muchos de sus miembros.

En tanto se habla de una integralidad de los derechos, se necesita la realización de todos simultáneamente: El derecho fundamental a la vida de las comunidades indígenas se debe garantizar a través de las diferentes políticas que hagan posible cada uno de los derechos que constituyen la vida de estos grupos y de sus integrantes, que incluyen tanto los políticos y civiles, como los económicos, sociales y culturales, de acuerdo con la cosmovisión de cada comunidad. De esta forma se podrá asegurar la existencia de estos pueblos, que ofrecen nuevas definiciones de vida.

Las comunidades indígenas tienen derecho a existir y los Estados se han comprometido a ello. Las políticas en

18. Situación de los pueblos indígenas en Colombia. Intervención de AMERIGO INCALCATERRA, Director Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el acto conmemorativo del Día Internacional de las Poblaciones Indígenas, Bogotá, 8 de agosto de 2003.

Estados pluriculturales y multiétnicos, como el nuestro, deben respetar la titularidad de derechos fundamentales, como una concreción de los principios constitucionales de diversidad étnica y cultural, dignidad y pluralismo que establece nuestra Constitución Política.

BIBLIOGRAFÍA

ACHICUÉ LIZ, JOSÉ MARÍA. Gobernador del resguardo de Calderas (Cauca). Entrevista, Bogotá, 22 de octubre de 2003.

HOEKEMA, ANDRÉ. "Hacia un pluralismo jurídico de tipo igualitario", Revista *El Otro Derecho*, n.ºs 26 y 27, Bogotá, ILSA, 2002.

INCALCATERRA, AMERIGO. Director de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Intervención en el acto conmemorativo del Día Internacional de las Poblaciones Indígenas, Bogotá, 8 de agosto de 2003.

KYMLICKA, WILL. *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Edit. Paidós, 2002.

RUEDA, PILAR. Antropóloga. Entrevista, Bogotá, 27 de agosto de 2004.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE. "El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena", en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE. "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", Revista *El Otro Derecho*, n.º 28, Bogotá, ILSA, julio de 2002.

STAVENHAGEN, RODOLFO. Relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Informe de la visita a Colombia del Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/88/Add.2* del 10 de noviembre de 2004.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional. Entrevista, Bogotá, 16 de septiembre de 2004.

HACIA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS
FUNDAMENTALES COLECTIVOS EN
IDENTIDADES CULTURALES

*Ana Lucía Moncayo Albornoz*¹

Resumen/Summarie

[Palabras claves: derechos colectivos, derechos fundamentales colectivos, multiculturalismo, territorio, medio ambiente, pluralismo]

Este artículo trata sobre el reconocimiento de derechos fundamentales colectivos en identidades étnicas. Para llegar a tal afirmación, se aparta de la construcción histórica de los derechos humanos y fundamentales, la cual propugna, entre otras concepciones, por la universalidad y la individualidad de los mismos. En el artículo se reafirma el deber de reconocer otras formas de dignidad humana distintas a las de la cultura mayoritaria, con el fin de lograr un pluralismo material que respete y reconozca la diferencia.

1. Investigadora y coordinadora del Grupo de Victimología del cirpc.

Se reconoce que estas comunidades étnicas se desarrollan plenamente como sujetos colectivos de derechos fundamentales por tener una procedencia histórica común y una identidad en sus condiciones sociales, políticas, culturales, religiosas, económicas, etc. Así mismo se analiza cómo el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y el derecho a adquirir y aprovechar el territorio que ocupan estas comunidades son derechos fundamentales colectivos y han sido reconocidos, expresamente, por el Convenio 169 de 1989 de la OIT en el ámbito internacional, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el ámbito nacional.

Towards recognition of fundamental collective rights in cultural identities

[Keywords: collective rights, fundamental collective rights, multiculturalism, territory, environment, pluralism]

This article deals with the recognition of fundamental collective rights in ethnic identities. In order to make this affirmation, the article gets aside from the historical construction of human and fundamental rights, which advocates, among other things, for their universality and individuality. It reaffirms the duty to recognize other forms of human dignity that are different from the majority culture in order to achieve a material pluralism that will respect and acknowledge this difference.

The article recognizes that these ethnic communities fully develop as collective subjects of fundamental rights because they share historical origin and identity in terms of their social, political, cultural, religious and economic conditions. It analyzes the right to enjoy a healthy environment and the right to acquire and exploit the territory occupied by these communities as fundamental collective rights, that

have been expressly recognized by Covenant 169 of 1989 of the ILO, in the international sphere; and by the decisions of the Constitutional Court in the national sphere.

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia viven 93 pueblos indígenas, que representan el 2% de la población total, distribuidos en 200 municipios; así mismo el país posee una de las mayores poblaciones africanas hispanohablantes de América, siendo las regiones con mayor concentración de comunidades negras la Costa Pacífica con un 80 a 90%, la Costa Caribe con un 60%, el sur del Valle, el norte y sur del Cauca con un 60%. Estas identidades étnicas reafirman día tras día la coexistencia de la cultura occidental con otros grupos culturales, y confirman los conceptos de diversidad y multiculturalismo dentro del territorio nacional².

Sin embargo, aunque es evidente la pluralidad de culturas no lo es el pluralismo con el cual se deben articular las distintas cosmovisiones. La diversidad no incluye *per se* una tolerancia activa³ entre las diversas identidades

-
2. Cfr. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural*, Bogotá, Ministerio de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2002, pp. 22 a 24. En los datos relacionados con las comunidades negras, cfr. GONZALO FICHAR, RAFAEL GUERRERO y otros. *Semilla democrática. Experiencias de democracia participativa en América Latina*, 1.^a ed., Bogotá, CIDEAL, 2002, p. 82; y RUDESINDO CASTRO HINESTROZA. "Etnia, cultura, territorio y conflicto armado en el Pacífico colombiano", en *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Humanas, 2004, p. 375.
 3. En este sentido, el autor HÖFFE OFTRIED señala: "Aquí se ha de diferenciar entre una forma más floja y pasiva de tolerancia –el mero soportar a la persona distinta– y otra más fuerte, activa y creativa: la apertura frente a las diferencias, incluso su libre reconocimiento". Cfr. HÖFFE OFTRIED. *Derecho intercultural*, Barcelona, Edit. Gedisa, 2000, p. 137.

culturales; para que surja tal tolerancia, es necesario que exista un reconocimiento del otro desde su propia concepción de dignidad humana y, a partir de ahí, probablemente se reconozcan sus propias instituciones.

Resulta utópico, por decir lo menos, partir de la idea de que todas las culturas tienen una misma concepción de dignidad humana y mucho más quimérico suponer que ella es manifestada y expresada en los términos occidentales de los derechos humanos.

Históricamente, la construcción occidental de los derechos humanos y fundamentales propugna, entre otras concepciones, por la universalidad y la individualidad de los mismos. Esto es, que dicha perspectiva asume, por una parte, una concepción individual de naturaleza humana según la cual “la naturaleza humana es esencialmente diferente de y superior al resto de la realidad”⁴; y por otra, una concepción individualista por la cual los derechos humanos sólo son prerrogativas de los individuos y en consecuencia son los únicos titulares de estos derechos.

Al analizar la conciencia universal sobre los derechos humanos es importante señalar que la misma ha sido construida por y para Occidente y se ha convertido en un paradigma para los países miembros de la Organización de Naciones Unidas –ONU–, y ha excluído de esta manera otras manifestaciones de dignidad humana propias de diversas identidades culturales, como las musulmanas en Oriente, o las ancestrales en África o América. De ahí que la característica de “universalidad” de los derechos humanos haya tomado una connotación particular ligada a una concepción de pensamiento.

4. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *Revista El otro derecho*, n.º 28, Bogotá, Edit. ILSA, 2002, p. 67.

De igual manera, la doctrina occidental mayoritaria acerca de los derechos humanos reconoce el carácter individual de los mismos, y establece que sólo las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares de los mencionados derechos, con lo cual desconoce la existencia de derechos humanos colectivos en minorías étnicas, como los de las comunidades indígenas o negras tradicionales⁵. Esta resistencia al reconocimiento de los mencionados derechos desestima, sin más, la realidad de la diversidad cultural existente y evidencia así otra forma de oposición a un diálogo multicultural que reconozca y comparta las diferencias de cada cosmovisión.

Es el momento de admitir que existen otros contenidos de dignidad humana que no se encuentran inmersos dentro de la concepción occidental de derechos humanos y que los mismos deben custodiarse y protegerse a través del reconocimiento de derechos fundamentales de la colectividad, para así lograr la permanencia de la propia cultura. Tal reconocimiento en identidades culturales está legitimado desde el surgimiento de éstas como colectividades en las que la existencia de apegos⁶, valores y principios hace parte de la vida misma de la comunidad como un todo y donde su vulneración atenta contra la integridad y existencia de dichas comunidades.

-
5. Excepcionalmente, algunos doctrinantes de formación occidental han concebido como titulares de derechos fundamentales a las “colectividades no personalizadas”, “cuyos miembros están en consecuencia legitimados para actuar procesalmente en su defensa”. FRANCISCO RUBIO LLORENTE. *Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España. Claves de la razón práctica*, n.º 75, Madrid, 1997, p. 10.
 6. Apego, en el sentido expresado por el profesor JOSEPH RAZ: “Apropiarse de las cosas valiosas, para así dotar a nuestras vidas de significado”. JOSEPH RAZ. *Valor, respeto y apego*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 29, 2004, p. 25.

El contemplar la esencia y existencia de los derechos colectivos fundamentales en minorías étnicas y culturales permite identificarlas como sujetos colectivos, con el fin de reclamar y proteger sus derechos, a la vez que confirma una real articulación del diálogo intercultural al que nos hemos referido.

Éste es el caso de grupos étnicos ancestrales para los que su supervivencia implica, por sí misma, la existencia de derechos colectivos (de los cuales los mencionados grupos son titulares) y a los que nos referiremos con detenimiento más adelante. Sobre este particular, resulta importante señalar que no todos los grupos humanos por sí mismos cuentan con el reconocimiento de derechos colectivos fundamentales; es decir, no es ésta la condición para que sean reconocidos tales derechos. Es preciso advertir la diferencia que existe entre los derechos fundamentales de identidades culturales (como los de las comunidades indígenas) y los derechos colectivos de otros grupos de personas. En el primer caso los derechos fundamentales se predicán de la comunidad por ser una cultura *societal*⁷ que admite y reconoce su diferencia frente a otros grupos, de modo que es la comunidad en toda su dimensión un sujeto de derecho; y en el segundo caso, éstos se predicán de sujetos individuales cuya sumatoria comparte unos mismos intereses difusos⁸.

7. Término establecido por KYMLICKA para una “cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente y se basan en una lengua compartida”. Estas culturas “no sólo comprenden memorias o valores compartidos, sino también instituciones y prácticas comunes”. WILL KYMLICKA. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Edit. Paidós, 2002, p. 112.

II. DERECHOS COLECTIVOS EN COMUNIDADES CULTURALES ANCESTRALES

Cada una de las comunidades étnicas ancestrales que hacen parte de nuestro país cuenta con un conjunto de valores y principios construidos, por el hecho de pertenecer a un todo como identidad. No obstante, existen otros elementos que legitiman este concepto, como el que esa conciencia de colectividad haya perdurado a lo largo de la historia y en muchos casos resistido a los distintos procesos de conquista, colonización y creación del Estado; así mismo, que haya conservado sus propias instituciones sociales, económicas, religiosas, lingüísticas, culturales y políticas, para conformar de esta manera su especial cosmovisión⁹.

-
8. En este sentido la Corte Constitucional, en Sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, señaló: “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes...”. Cfr. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. “Cinco cambios constitucionales base para configurar un Estado multicultural y pluriétnico. Seminario preparatorio”, en *Cátedra de investigación científica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 156.
 9. Por ejemplo, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) entiende por derechos colectivos “el conjunto de principios norma, prácticas y procedimientos que regulan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para su libre determinación, reivindicados por éstos y reconocidos por el Estado; identificados y cohesionados entre sí, que tienen como característica fundamental el de ser pueblos asentados ancestralmente en una jurisdicción territorial geográfica determinada, que ejercen un sistema colectivo, social, económico, cultural, político, legal, religioso, idiomático”.

Como lo señala el autor BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS¹⁰, en el caso de los grupos indígenas es importante resaltar su origen común, ya que éste es diferente al de otras minorías étnicas, con lo cual generan un efecto disímil frente a sus derechos. De esta manera, los derechos de las comunidades indígenas tienen una preexistencia legendaria o tradicional que hace que, para la conciencia colectiva, el ejercerlos o practicarlos no esté condicionado a un reconocimiento, por cuanto siempre han permanecido inmersos en su identidad, incluso desde antes de los procesos de conquista y colonización.

Al respecto, el autor WILL KYMLICKA¹¹ considera que las comunidades indígenas, por sus características e identidades culturales, poseen una ciudadanía diferenciada y en virtud de la pertenencia a su cultura poseen derechos diferenciados de grupo, los cuales pueden ser tanto de sus miembros individualmente considerados como de la comunidad en general. En este último evento el principio de colectividad desempeña un papel primordial, pues permite que comunidades étnicas con una procedencia histórica común y con identidad en las condiciones sociales, políticas, culturales y económicas, etc., se desarrollen plenamente como sujetos colectivos de derechos, cuyos valores y principios se respeten, con el fin de que existan con su propia identidad. Así, es el pueblo indígena¹² (y no sus miembros individualmente considerados) quien ejerce la titularidad del contenido de los mencionados

10. Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. "El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena", en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 204.

11. Cfr. KYMLICKA. Ob. cit. pp. 52 y ss.

12. En razón de la realidad que circunda a las comunidades indígenas, éstas fueron reconocidas internacionalmente como pueblos según el Convenio 169 de la OIT.

derechos y de este modo puede reclamar la protección de los mismos.

Sobre el particular, el antropólogo y sociólogo **RODOLFO STAVENHAGEN GRUENBAUM** en el peritaje obrante en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de agosto de 2001, señaló:

En ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forman parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural.

En este orden de ideas, el contenido del derecho colectivo de los pueblos indígenas está relacionado con varios derechos inmersos y nutridos por la colectividad, entre ellos: el derecho a la supervivencia cultural, a la integridad étnica, a definir su territorio, a la preservación de su hábitat natural, a la propiedad colectiva, a establecer y definir sus propias instituciones políticas, a administrar justicia, a determinar su propia religión, educación y desarrollo, etc.¹³.

No obstante la diversidad de derechos colectivos de los pueblos indígenas, el medio ambiente y su territorio

13. Resulta de gran importancia destacar el artículo VI del Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA, por cuanto consagra expresamente el reconocimiento de los derechos colectivos de estos grupos, entre los cuales cita los siguientes: "... el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a su organización social, política y económica; [a sus sistemas jurídicos] a sus propias culturas; a su profesar y practicar sus creencias espirituales [...] a usar sus lenguas [y a administrar y controlar sus tierras, territorios y recursos naturales]".

se convierten en los principales componentes de la conciencia colectiva de los mencionados pueblos, razón por la cual merecen un detallado análisis.

III. EL MEDIO AMBIENTE Y EL TERRITORIO: DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En principio, la noción occidental del contenido del medio ambiente resulta de la relación existente entre la naturaleza con la cultura que se asienta en ella. Esta noción desde tiempos inmemorables ha sido asumida con arraigo por las comunidades indígenas e incluye, lógicamente, al territorio como parte de su ecosistema.

De esta manera, el medio ambiente y el territorio en los pueblos indígenas son derechos esenciales para la existencia de su identidad colectiva ancestral, pues se trata de derechos transversales que afectan otros derechos y componentes de su conciencia colectiva. Así, es difícil pensar en una comunidad indígena que no posea un determinado hábitat y territorio en los cuales dinamice su propia cosmovisión¹⁴. Estos componentes son el eje principal de la existencia de la comunidad indígena por cuanto le permiten la preservación, desarrollo y fortalecimiento de sus instituciones en lo espiritual, cultural, político, social y económico, y le confiere identidad a sus tradiciones ancestrales.

El valor inmensurable de estos elementos en la existencia de los pueblos indígenas está ligado a la tierra¹⁵ como

14. En Colombia la población indígena está distribuida en 200 municipios y posee 25.000 hectáreas bajo la figura de resguardos. Cfr. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural*, Bogotá, Ministerio de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2002, p. 24.

instrumento agrícola, y de subsistencia para la caza y pesca, como herramienta generadora de recursos naturales, como parte primordial del universo espiritual y sagrado donde se definen sus propias instituciones sociales y culturales. Lo sacro del territorio se percibe por la existencia de cementerios o de zonas de importancia religiosa, ya sea por la naturaleza que las cubre o por la permanencia de sacerdotes o de espíritus que las rodean, etc., y es diferente dependiendo de las distintas cosmovisiones.

De igual modo, el hábitat o ecosistema de estas identidades étnicas está arraigado al subsuelo; de ahí que comunidades como la de los U'wa considere que la territorialidad incluya también la profundidad de la topografía en donde se asienta su cultura, "lo cual hace

-
15. En este sentido es importante rescatar el peritaje del antropólogo y sociólogo RODOLFO STAVENHAGEN GRUENBAUM en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de agosto de 2001, en la que manifestó: "Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos". Y continúa: "Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

perfectamente comprensible que surja la idea de que si se perfora la tierra y algo mana de ella se está desangrando a la diosa Tierra¹⁶. Pero además es importante destacar que el territorio hace parte del medio ambiente que rodea a estas comunidades, por lo que no es posible escindir estos dos elementos, pues conforman el universo en el que se encuentra inmersa la identidad étnica.

Por las anteriores razones, resulta absolutamente válido lo sostenido por el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades de los indígenas:

La destrucción de numerosas comunidades y pueblos indígenas implica también la destrucción de sus sitios sagrados y diversas expresiones de su patrimonio cultural, tan importante para la preservación de la identidad indígena¹⁷.

El autor WILL KYMLICKA¹⁸ reconoce y reafirma que el territorio en las comunidades indígenas es indispensable para su supervivencia, pues ésta depende de su protección; de ahí que dichas culturas hayan luchado durante siglos –y sigan haciéndolo– con el fin de mantener la propiedad de sus tierras y recursos naturales, en la búsqueda de la reivindicación de sus derechos para alcanzar un trato igualitario frente a la sociedad mayoritaria.

El derecho colectivo de propiedad que poseen los pueblos indígenas sobre su base territorial y el medio ambiente

16. A propósito de la explotación de petróleo en la comunidad U'wa, cfr. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Derechos propios*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004, p. 224.

17. Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. RODOLFO STAVENHAGEN (coord.), 10 de noviembre de 2004, p. 16.

18. KYMLICKA. Ob. cit., p. 69.

que los rodea ha sido logrado y merecido de conformidad con patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral, lo cual implica que este derecho colectivo existe aun sin actos del Estado que lo reconozcan¹⁹.

Además del reconocimiento natural, existen instrumentos internacionales y nacionales que avalan y reiteran el contenido fundamental de los derechos al medio ambiente y a la *tierra* como derechos colectivos de estos grupos étnicos.

A. Reconocimiento internacional²⁰

Un instrumento fundamental en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y más específicamente en destacar su estrecha *vinculación con el territorio y el medio ambiente*, es el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo²¹.

El Convenio 169, en su artículo 13, define el término *territorio* de los pueblos indígenas de la siguiente manera: “Lo que cubre la totalidad de hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”. Este concepto comprende, entonces, además de la tierra, los recursos naturales, animales, forestales

19. Así lo señaló RODOLFO STAVENHAGEN GRUENBAUM: “La tierra, al vincularla con los seres humanos, es vista como un lugar espiritual [...] Esa vinculación del ser humano con el territorio no necesariamente está escrita, es algo que se vive en lo cotidiano”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

20. Teniendo en cuenta que el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, es un instrumento internacional que reconoce los derechos de los pueblos indígenas y establece sus límites, se analizará su contenido en lo concerniente a territorio y medio ambiente.

21. El Convenio 169 de 1989 fue ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991.

e hídricos, e incluye de este modo, el medio ambiente dentro del concepto de territorio. Adicionalmente, este artículo consagra el deber que tienen los gobiernos de respetar el especial nexo que existe entre el pueblo indígena y la tierra o territorio, teniendo en cuenta el rasgo colectivo:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia espacial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

De la misma manera, el mencionado instrumento, en su artículo 14, n.º 1, consagra el reconocimiento que tienen los pueblos indígenas a gozar del derecho de propiedad y posesión sobre la tierra, limitando el mismo a las tierras que tradicionalmente han ocupado. Allí se añade que:

En los casos apropiados deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Con relación a los pueblos indígenas, el artículo destaca que son los gobiernos los encargados de tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los mismos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Del mismo modo, señala que es deber de los

Estados instituir procedimientos jurídicos adecuados para solucionar los problemas de tierras que surjan con los mencionados pueblos (art. 14, n.ºs 2-3).

Específicamente, este instrumento establece que el gobierno debe respetar la modalidad de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos, establecida por ellos mismos, y consultarlos siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos fuera de su comunidad (art. 17, n.ºs 1-2).

En lo atinente a la protección de la tierra, el Convenio establece el deber de los gobiernos de prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos indígenas o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos (art. 18). Igualmente, establece responsabilidad a los gobiernos para que éstos impidan que personas extrañas se atribuyan la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos (art. 17, n.º 3).

El Convenio 169 reconoce y reafirma el vínculo existente entre *la comunidad indígena y el medio ambiente* que lo rodea: por una parte, este Convenio protege la explotación de recursos naturales dentro del territorio indígena estableciendo normas que regulan su explotación; y por otra, da especial tratamiento al traslado de poblaciones indígenas en razón de la mencionada explotación.

En el primer caso, el Convenio, en su artículo 15, numeral 2, consagra un procedimiento previo de consulta a los pueblos indígenas antes de que el Estado proceda a emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes dentro de su base territorial. En el evento de que dichas comunidades autoricen la explotación de los mencionados recursos, deberán participar de los beneficios que reporten tales

actividades, e igualmente tendrán derecho a ser indemnizadas por cualquier daño que puedan sufrir como consecuencia de las mismas.

Para el segundo caso, el Convenio 169, en su artículo 16, establece como principio general que las poblaciones indígenas no deberán ser trasladadas de las tierras que ocupan. Excepcionalmente, cuando sea necesario su traslado y reubicación, se tendrá en cuenta el siguiente procedimiento:

... sólo se deberán efectuar con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidos encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados (art. 16, n.º 2).

Así mismo, el Convenio consagra el derecho que tienen los pueblos trasladados por la razón anterior, a regresar a sus tierras tradicionales en cuanto deje de existir la causa que motivó su salida y reubicación (art. 16, n.ºs 3-4). En el evento de que no sea posible el retorno, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean por lo menos iguales a las tierras que ocupaban y de las cuales fueron desplazados anteriormente. El Convenio también contempla la indemnización en dinero o en especie para los mencionados pueblos (art. 16, n.º 5).

De la exposición de los derechos anteriormente mencionados, resulta loable el reconocimiento en el ámbito internacional que realiza el Convenio 169 de la OIT a los pueblos indígenas, a los que otorga un estatus de sujetos colectivos de derechos frente a la propiedad y posesión

de su territorio, y al disfrute, preservación y protección del medio ambiente, con lo cual se valora la estrecha relación que mantienen estos pueblos con los mencionados componentes dentro de su universo.

Además del análisis establecido en el Convenio 169 de la OIT, existen otros instrumentos internacionales que si bien aún no han llegado a constituirse como convenios o declaraciones, resultan de gran importancia por el contenido de los derechos que protegen en las mencionadas comunidades:

– *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Con relación al territorio y medio ambiente, este proyecto consagra, en líneas generales, los siguientes derechos: derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con su tierra, con los mares, aguas, etc. (art. 15); derecho a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendiendo el medio ambiente total de sus tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado de otra forma” (art. 26); derecho a la restitución de su tierra, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado y que ya no posean sin su consentimiento (art. 27); derecho a la conservación y protección de su medio ambiente total (art. 28), entre otros.

– *Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Este proyecto consagra expresamente, en el artículo VI, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, señalando que éstos son “indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos” (n.º 1). El proyecto reconoce como colectivo el derecho a “administrar y controlar sus tierras, territorios y recursos naturales” y estipula la consulta como una

medida necesaria “para preservar, respetar y proteger sus sitios y objetos sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, restos humanos y reliquias” (art. xv, n.º 3).

Como se señaló anteriormente, los proyectos en mención aún no se han convertido en instrumentos obligatorios para los Estados que los suscriban; sin embargo, son una muestra manifiesta del reconocimiento de los derechos colectivos para estas comunidades étnicas, por cuanto de ellos depende su subsistencia y desarrollo.

Ahora bien, aparte del proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, hasta la fecha no existe una convención sobre los derechos de las comunidades indígenas en la que se promulguen y protejan, entre otros, los derechos que como sujetos colectivos tienen al territorio y al medio ambiente. No obstante, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocen, respetan y protegen el derecho que poseen las comunidades indígenas a la propiedad colectiva sobre su base territorial, y al disfrute y conservación del medio ambiente en el que permanecen.

En la demanda que la CIDH presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos²² contra el Estado de Nicaragua, porque éste no había demarcado las tierras comunales de la comunidad Mayagna Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de esa comunidad frente a sus tierras y recursos naturales, así como tampoco había efectuado los procedimientos necesarios para el otorgamiento de

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

una concesión para la explotación de madera en las tierras de la comunidad, la Comisión alegó, entre otras razones, que el Estado de Nicaragua violó el artículo 21 de la Convención Americana²³ y señaló:

... d. Existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales [...] f. La vida de los miembros de la comunidad depende fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca que realizan en áreas cercanas a sus aldeas. La relación que la comunidad mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia.

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una *forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra*, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas tienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su su-

23. "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

pervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (cursiva fuera del texto).

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó, entre otras consideraciones, que el Estado de Nicaragua violó el derecho al uso y goce de los bienes de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no efectuó la demarcación de la propiedad comunal y otorgó concesiones a terceros para la explotación de los recursos naturales ubicados en el área que puede llegar a corresponder total o parcialmente a los terrenos sobre los que debe recaer la delimitación, demarcación y titulación.

Esta decisión, si bien formal y expresamente no reconoce a la comunidad indígena Mayagna Awas Tingni como sujeto colectivo de derecho, en ningún momento desconoce el contenido material de los derechos que el territorio y el medio ambiente tienen para la comunidad y a los que nos hemos referido a lo largo de este escrito²⁴.

24. Si bien la Corte advierte en el numeral 5 de la decisión que la “sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación para *los miembros de la comunidad*” (cursiva fuera del texto) –como sujetos individualmente considerados– en lo concerniente a la reparación del daño inmaterial (num. 6) decide “que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo *en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni...*” (cursiva fuera del texto), señalando que el destinatario y beneficiario de las obras o servicios de interés colectivo, en las que debe invertir el Estado, es la comunidad indígena, con lo cual reconoce, de este modo, que el sujeto perjudicado de la vulneración de los derechos es la colectividad.

B. Reconocimiento nacional

La Constitución de Colombia ha reconocido la pluriétnicidad y la diversidad cultural de la nación al consagrar en el artículo 7.º que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. De este modo, la constitucionalización del principio de diversidad es la apertura hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Es así como la Carta Política establece, entre otros, el derecho que tienen estos grupos a la propiedad de sus tierras, y en consecuencia su base territorial es reconocida como “resguardos” con lo cual éstos se constituyen propiedad colectiva y no enajenable²⁵. La Constitución reconoce de esta manera la importancia que tienen estos territorios para que la comunidad étnica dinamice toda la estructura y el desarrollo de su propia cosmovisión. Así, y con el fin de lograr el mencionado propósito, la Constitución admite la necesidad de estos grupos étnicos de tener una autonomía política y es por ello que consagra tal derecho en su artículo 330, n.ºs 1 y 5, al señalar como función de los gobernadores de los mencionados territorios el “velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios” y “velar por la preservación de los recursos naturales”.

Es innegable la protección que la Constitución ejerce frente al estrecho vínculo existente entre los indígenas, el territorio y el medio ambiente; en el párrafo del artículo 330 se establece:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural,

25. Inciso 2.º artículo 329 C. P.

social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

De esta manera, se incluye constitucionalmente el derecho a que los pueblos indígenas sean consultados sobre decisiones que el Gobierno Nacional adopte frente a la explotación de recursos naturales en su territorio, con el fin de proteger su base territorial, con lo cual permite que sus miembros posean, desarrollen, dirijan y disfruten tanto la tierra como el medio ambiente que los circundan.

En consecuencia, es claro que la Constitución colombiana reconoce la importancia que para las comunidades indígenas tiene el territorio y en general su hábitat; incluso acoge lo preceptuado en el Convenio 169 de la OIT al consagrar abiertamente la consulta a estos pueblos como un instrumento protector de su identidad cultural y más específicamente de su entorno. Si bien el Convenio no señala expresamente que los mismos son sujetos colectivos de derecho para ese particular, no desconoce la fundamentalidad y la necesidad de protección de los mencionados derechos.

Esta consagración constitucional de derechos propia de los grupos indígenas ha sido desarrollada a través de la legislación nacional, razón por la cual resulta pertinente relacionar a continuación las leyes que se consideran más relevantes frente al territorio y al medio ambiente de estos grupos.

Así, la Ley 160 de 1994, denominada “Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino”, en términos generales regula la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos para las comunidades indígenas, con el fin de dotarlas de “superficies indis-

pensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo” al mismo tiempo que promueve el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por parte de las mencionadas comunidades conforme a sus usos y costumbres²⁶.

De igual manera, resulta procedente en el ámbito legal frente al tema en estudio lo consagrado en la Ley 99 de 1993, a través de la cual se crea el Consejo Nacional Ambiental, en el cual, entre las autoridades nacionales que lo conforman, expresamente se encuentra un representante de las comunidades indígenas, con el fin de que éste participe en la coordinación de las políticas públicas, planes y programas en las materias ambiental y de recursos naturales renovables. Del mismo modo, la mencionada ley en su artículo 31, numerales 21 y 27, señala, respectivamente, que las corporaciones autónomas regionales realizarán en coordinación con las autoridades indígenas “programas y proyectos de desarrollo sostenible y de manejo, aprovechamiento, uso y conservación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente”; y promoverán y ejecutarán programas de abastecimiento de agua para las citadas comunidades. Igualmente, en

26. Al respecto, resulta pertinente mencionar lo señalado por la profesora ESTHER SÁNCHEZ al referirse al tráfico de maderas en los pueblos Tikuna, Cocama y Yagua del Trapecio Amazónico: “Mientras la Ley 160, sobre reforma agraria, exige el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad como requisito previo para constituir resguardo, cuando los indígenas tratan de ordenar su territorio para poner en práctica este deber, se interponen trabas burocráticas por otras personas –madereros y políticos– con intereses creados sobre el territorio, desviando la atención sobre el verdadero carácter del problema, pretendiendo convertir un asunto de protección de los recursos naturales y los derechos de las comunidades en un problema de convivencia y de orden público...” ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004, p. 217.

el artículo 76 se protege la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas en el evento de una explotación de sus recursos naturales, y la norma es imperativa en el sentido de que “las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”. Frente a esta normatividad, es claro que el Legislador es consciente de que si no se tiene en cuenta a las comunidades indígenas con relación a una eventual explotación de sus recursos naturales en su territorio, se afecta la identidad cultural de dicha comunidad, es decir, la supervivencia de la misma, confirmando lo sostenido en el Convenio 169 de la OIT.

De otra parte, la Ley 70 de 1993 consagra en su artículo 6.º que las adjudicaciones colectivas que el Estado realice con base en la presente norma no comprenden “las tierras de los resguardos indígenas legalmente constituidas”. Dicho de otra manera, lo estipulado en la ley confirma el concepto de que “un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra”²⁷.

En síntesis, de las normas citadas se puede concluir el reconocimiento formal de los derechos del territorio y del medio ambiente. Todas estas leyes de una u otra manera reafirman la esencia, el contenido y la importancia que uno y otro poseen para los grupos indígenas, aunque ninguna consagra expresamente a la comunidad como sujeto de derechos, ni al territorio o al medio ambiente como derechos fundamentales colectivos. Por lo tanto, se puede afirmar que si bien la consagración de esta normatividad denota que al legislador no le es indiferente la protección

27. Corte Constitucional. Sentencia T-405 del 23 de noviembre de 1993, M. P.: HERNANDO HERRERA VÉRGARA.

de estos derechos, no es evidente que tal reconocimiento sea material; por el contrario su aplicación en muchos casos resulta tenue, intangible e impalpable, desdibujando así el sustrato de una auténtica articulación de cosmovisiones que reconozca un verdadero pluralismo.

En aras de la construcción de un “pluralismo jurídico formal igualitario”²⁸, resulta plausible el reconocimiento que en sus decisiones ha realizado la Corte Constitucional, al admitir que las comunidades indígenas son sujetos de derecho dentro del ámbito jurídico. Con total acierto la Corte, en sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ²⁹, señaló:

-
28. Concepto de ANDRÉ HOEKEMA para considerar el caso en el cual “el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos. El derecho oficial, en esta perspectiva del pluralismo jurídico, reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, y su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden nacional”. ANDRÉ J. HOEKEMA. “Hacia un pluralismo formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, Bogotá, Edit. ILSA, 2002, p. 71.
29. En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-104 del 15 de marzo de 1995, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló: “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. *La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos* (art. 88 C. P.). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de acciones populares correspondientes [...] *La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales*. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reduce a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural *son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros* que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (cursiva fuera del texto).

Es pertinente señalar frente a la jurisprudencia en mención que el reconocimiento de los grupos indígenas como sujetos de derecho no se fundamenta únicamente en su carácter de grupo humano. Aunque tal calidad no se desconoce, las consideraciones van más allá puesto que se trata de un grupo de personas con un origen común, integridad étnica y cultural, e identidad en sus instituciones políticas, sociales, culturales y económicas, y que

expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (cursiva fuera del texto). En igual sentido, Sentencia SU-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

por lo tanto poseen derechos colectivos fundamentales para su permanencia dentro de una cultura mayoritaria y dominante. Éstas son razones suficientes para que no se desconozca la fundamentalidad de derechos como el territorio y el medio ambiente, así su reconocimiento parezca una herejía para la dogmática de los derechos fundamentales. No se puede ni se debe desconocer tal sustrato, más aun si se parte de la existencia de un Estado social y democrático de derecho que propugna por el pluralismo y la diversidad cultural, y es por ello que deben existir mecanismos jurídicos que dinamicen el reconocimiento de estos derechos.

Ahora bien, con relación a la base territorial de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional³⁰ ha manifestado:

Por su parte, el derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una esencial importancia para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia está reconocida en numerosos convenios internacionales aprobados por el Congreso de la República, como la Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas, aprobado en 1989 por la Conferencia General de la OIT, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de su religiosidad.

[...]

30. Corte Constitucional. Sentencia T-405 del 23 de septiembre de 1993, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA; en el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia T-118 del 12 de mayo de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de *propiedad colectiva* (cursivas fuera del texto).

Acertadamente, la H. Corte Constitucional confirma la fundamentalidad que tiene el territorio para la subsistencia de la comunidad indígena pues no solamente de él se extraen los alimentos para el abastecimiento y alimentación de los miembros del grupo, sino además porque es un componente necesario para desplegar la religiosidad y mantener la cohesión y permanencia de sus instituciones y en general la identidad del grupo.

De la misma manera que el territorio, el medio ambiente será siempre fundamental para estas comunidades y, a diferencia de otros grupos humanos que comparten este mismo interés, en los grupos indígenas su protección y conservación fortalecen la consolidación étnica, cultural, religiosa, social y económica. Así también lo ha reconocido la Corte³¹ en sus fallos, a propósito de la explotación de recursos naturales en dichos territorios:

La explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que *involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas* que sobre ellos se asientan. Consciente de esa situación, el Constituyente no sólo prohijó el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó *la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas* (cursiva fuera del texto).

31. Al respecto, Corte Constitucional. Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; en igual sentido, Sentencia SU-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Es clara la jurisprudencia al señalar que en los casos de explotación de recursos naturales por parte del Estado, bien sea directamente o a través de empresas privadas nacionales o internacionales, se debe preservar la integridad étnica y ésta es una condición necesaria para la subsistencia de la comunidad indígena. También la Corte Constitucional ha manifestado que en los casos de explotación de recursos, la participación de la comunidad es un derecho fundamental. Así lo señaló la Corte³²:

La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que *la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental*, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (cursiva fuera del texto).

La jurisprudencia reconoce de este modo lo consagrado en el Convenio 169 de la OIT, con relación a la consulta que se debe efectuar a las comunidades étnicas en los eventos de explotación de sus recursos naturales. Sin embargo, pese a tal reconocimiento, la consulta como derecho fundamental sigue siendo quebrantada en nuestro país. Así lo manifestó el Relator Especial de la Naciones Unidas, RODOLFO STAVENTHAGEN, al señalar sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

32. Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

La necesidad de la consulta previa e informada con las comunidades de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT se revela como una de las cuestiones de mayor preocupación en materia de derechos humanos. Las comunidades alegan que el mecanismo no está funcionando de igual forma en todo el territorio nacional³³.

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que el medio ambiente y el territorio son derechos fundamentales de grupo en las comunidades indígenas y como tales deben ser protegidos a través de la acción de tutela incoada por y para la comunidad como un sujeto de derecho.

CONCLUSIONES

– De las consideraciones anteriormente expuestas se deduce que, en aras de la construcción de un pluralismo activo e igualitario que no sólo respete al otro sino que lo reconozca, es necesario partir de concepciones de dignidad humana diferentes de las que está acostumbrada la sociedad mayoritaria: sólo de esta manera se podrán edificar conceptos jurídicos formales que reflejen la realidad que afrontan las identidades étnicas.

– La Constitución y las leyes vigentes en Colombia que regulan el territorio y en general el hábitat de los pueblos indígenas reconocen la fundamentalidad de estos dos elementos para la supervivencia de esos pueblos dentro de una cultura occidental mayoritaria y preponderante. Sin embargo, tal reconocimiento no llega a establecer que sean sujetos colectivos de derechos.

33 Naciones Unidas. *Informe...*, cit., p. 15.

– El territorio y el medio ambiente, como derechos fundamentales colectivos, merecen protección a través de la acción de tutela en la que el titular sea la comunidad indígena como sujeto de derechos y no sus miembros individualmente considerados. Ya se analizó en su momento que en este caso no se trata de un grupo de personas que comparten intereses difusos o colectivos, sino que, como se ha sostenido a lo largo de este escrito, los grupos indígenas son sujetos colectivos de derechos cuya vida depende de la tenencia, conservación y protección de dichos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

AROCHA JAIME. *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Humanas, 2004.

BELTRÁN G., BOLÍVAR y PABLO DE LA VEGA. *Derechos de los pueblos indígenas en Ecuador*, S.n. 2002.

CORREA C., HERNÁN DARÍO. “Diversidad”, Conferencia de la I Cumbre Latinoamericana No Gubernamental. *Los derechos humanos: algunos problemas relacionados con el tema de la reformulación de la causa de los derechos humanos*, Convocada por ILSA, Cartagena, 11 al 13 de junio de 1994.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de la justicia en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *Otras miradas de la justicia*, Bogotá, ILSA, 2002.

- HOEKEMA, ANDRÉ J. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, Bogotá, ILSA, 2002.
- HÖFFE, OFTRIED. *Derecho intercultural*, Barcelona, Edit. Gedisa, 2000.
- KYMLICKA, WILL. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Edit. Paidós, 2002.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. "Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER e ISABEL JARAMILLO SIERRA. *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural: protección a niños, niñas y jóvenes indígenas*, Bogotá, Quebecor, 2002.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004.
- VILLAR BORDA, LUIS. *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

DESARROLLOS CONSTITUCIONALES PARA
EL FORTALECIMIENTO DE UNA POLÍTICA
DE RECONOCIMIENTO A LA DIVERSIDAD
ÉTNICA Y CULTURAL

*Esther Sánchez Botero*¹

Resumen/Summarie

[Palabras claves: jurisprudencia constitucional, diversidad étnica y cultural, pluralismo jurídico, jurisdicción especial indígena, conflictos multiculturales, aculturación]

Se configuran en la nación, con base en jurisprudencia extraordinaria, salidas múltiples que muestran avances y retrocesos. Sin embargo, frente a lo que sucede en otros países, en Colombia se ha dado una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que magistralmente sortea situaciones conflictivas de pluralismo jurídico. Entender por ejemplo que “resulta claro para

1. Antropóloga de la Universidad de los Andes. Ha sido profesora de las universidades Nacional, del Rosario, de los Andes; consultora experta de diferentes organizaciones nacionales e internacionales, entre ellas la Corte Constitucional.

la Corte que no se les pueden aplicar todas las normas constitucionales y legales, pues de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico” es una muestra de ello. Tratar cuatro castigos de diferentes pueblos, y no existentes en la jurisdicción ordinaria, como constitucionales, reafirma esta aseveración; aceptar como prueba judicial creencias justificatorias de acciones determinadas, como el castigar con fuste para que el sujeto trasgresor pase a un estado de claridad, muestra el rostro democrático y abierto de abogados y jueces, capaces de ponerse bajo los supuestos del otro. Posibilitar la práctica de su cultura, de su derecho, de su autonomía, y la realización de los intereses de un pueblo particular manifiestan un proceso edificante, es decir, un asunto nuevo y configurado de modo diferente a los cánones tradicionalmente utilizados hasta el momento.

Constitutional developments for strengthening a policy for recognition of ethnic and cultural diversity

[Keywords: constitutional jurisprudence, ethnic and cultural diversity, legal pluralism, special indigenous jurisdiction, multi-cultural conflicts, acculturation]

The nation, based on extraordinary jurisprudence, has taken different approaches that signify both advances and setbacks. However, compared to what goes on in other countries, Colombia has been the scene of a policy of recognition for ethnic and cultural diversity that masterfully handles impressive situations of legal pluralism. To understand, for example, that “it is therefore clear to the Court that not all constitutional and legal norms may be applied to them, because on the contrary, recognition of cultural diversity would have no more than rhetori-

cal significance” is an example of that. To deal with four punishments from different peoples that do not exist in ordinary jurisdiction confirms this assertion. To accept beliefs as judicial evidence, to justify actions such as punishment by whipping, so that the transgressor will thereby achieve a state of clarity, shows the open and democratic face of attorneys and judges, capable of understanding the mind-sets of others. To enable the practice of their culture, laws, autonomy and the advance of the interests of a particular people demonstrates an edifying process, that is, something new that has been set up differently from the traditional regulations utilized until now.

Este país se halla en la vanguardia de los muchos en que se plantea el problema de cómo conformar una sociedad, un Estado y un orden legal multicultural y no asimilacionista.

La jurisprudencia colombiana explora los límites teóricos y las prácticas de lo que es un orden legal con pluralismo jurídico formal.

Claramente el desarrollo hacia un pluralismo legal formal –de tipo igualitario– se estanca en el momento de abordar y utilizar los conceptos de sujeto colectivo y derechos colectivos, particularmente en los casos en que las prácticas judiciales indígenas son acusadas de intolerantes.

Un análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia tiene valor también para otros países.

La Corte de Colombia es el único lugar jurídico en el mundo donde se delibera y decide tan intensa y frecuentemente sobre casos de conflictos multiculturales muy concretos.

Por ende, tal análisis tiene un valor edificante para todos aquellos que, en la lucha social diaria o desde la distancia académica, se interesan por un futuro en el que se respete la diversidad cultural sin que se desintegre, al mismo tiempo, la sociedad.

ANDRÉ HOEKEMA

INTRODUCCIÓN

En el encuentro de sociedades, en el espacio de lo jurídico, se definen diferencias basadas en la existencia de modelos, cánones, normas, criterios, juicios y codificaciones, ordenamientos y simbolizaciones desiguales y en ocasiones incompatibles. Los derechos, que como recursos y cargas porta cada sociedad y con ella sus miembros, están fundamentados en referentes que guían la vida buena, configuran respeto para ellos mismos, para con otros distintos y para otras sociedades. Además, involucran percepciones y apreciaciones para clasificar principios o conductas, referentes a un orden, como adecuados, inadecuados o incluso inexistentes, o como se clasificaron hechos sociales en un momento histórico por autores como EMILIO DURKHEIM, que concluía que ciertos hechos se originaban por la falta relativa de normas en una sociedad o grupo².

La existencia de diferencias, incluso el atreverse a pensar en la existencia de sociedades sin normas, hace parte de un conjunto de valoraciones sobre las otras sociedades, las cuales se fundamentan en los propios parámetros conocidos y racionalmente conceptualizados.

2. E. DURKHEIM usó el concepto de anomia por primera vez en *Sobre la división del trabajo social* (1893), pero lo desarrolló especialmente en *El suicidio* (1897). Citado en CARLOS MARÍA CÁRCOVA. *La opacidad del derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1998, p. 63.

La historia del encuentro entre sociedades y culturas deja huella de los diferenciados esfuerzos por extender las propias categorías al otro, y de la descripción de esas sociedades desde los referentes propios, así como de los efectos por los tipos de contacto tanto sobre los sujetos como sobre los sistemas culturales.

Muchas de las conductas y justificaciones, leídas desde fuera, sobre los otros distintos, configuran delitos y hechos repugnantes o resultantes negativas de los efectos objetivos colectivos e individuales de los contactos. No siempre un sistema sociocultural es intervenido sin problema por otro; cuando hay una disyunción aguda entre las normas y los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquéllos, comienza a definirse un tipo de conducta sometida a un conflicto de roles, sea que éste provenga de distintas formas asociativas respecto de las cuales tal conducta tiene relevancia diferente, o sea porque el individuo en un espacio social plural es aprehendido por ordenamientos relativamente contradictorios.

CARBONNIER definía la aculturación como el proceso que se cumple cuando a una cierta cultura autónoma, o a una parte de ella (p. ej., el derecho) se superpone otra, de naturaleza foránea. El resultado por lo general es que la cultura preexistente, aún dominada, no desaparece. De mil y una maneras resurge en las prácticas cotidianas, en las costumbres, en los ceremoniales, y muchas veces, al expresar una fuerte vocación por preservar la identidad de un pueblo o de un grupo, termina fortaleciéndose, en tanto símbolo de una resistencia que, muchas veces, no puede expresarse de otro modo. En todos los casos de colonialismo se ha cumplido un proceso de esta índole. En términos generales, en América Latina, quizás con la excepción casi solitaria de los países del Río de la

Plata, se presentan situaciones complejas implicadas en la supervivencia de regímenes legales ancestrales o tradicionales, que no sólo mantienen una relativa eficacia, en paralelo con el derecho estatal, sino que, en determinados grupos y en ciertas regiones, poseen una fuerza vinculante aun superior, que comporta la abrogación de ese derecho estatal.

Tales situaciones han sido particularmente estudiadas en el caso colombiano con referencia a comunidades indígenas que habitan la región amazónica, la andina y las costas. Subsisten allí instituciones, como el homicidio ritual a los brujos, la sucesión unilineal de bienes, el matrimonio prescrito, los rituales de paso a los niños y niñas, y otras muchas propias de los pueblos amerindios. Las sociedades resistieron los procesos de conquista y colonia y sus culturas jurídicas no desaparecieron. Muchas comunidades continuaron regidas por su propio derecho en paralelo con el derecho oficial. El principio de autonomía se vulneró relativa pero particularmente cuando las normas propias entraban en conflicto cultural y normativo con el derecho estatal. El desprecio a esos sistemas y el principio para imponer el monopolio del derecho estatal aplicaban crueles acciones para reprimir formas de derecho que vulneraran su predominio.

A los patrones culturalmente aceptados, definidos en instituciones y que demostraban una gran eficacia para mantener un orden y una calidad de vida buena, se les imponían restricciones que obligaban a realizar resignificaciones como delitos aberrantes. El derecho del que el indígena era portador se transformaba en un contraderecho para la ley del Estado. Estos fenómenos obligaron en muchos países de América Latina a un proceso de revisión que, aunque lento y muchas veces vejatorio, ha terminado por producir reformas legislativas tendientes

al reconocimiento de la diversidad cultural y, con ello, al reconocimiento de la vigencia de normatividades alternativas en el seno de una misma formación nacional³.

Si cada época viene definida por un campo de problematicidad indisociable de un campo de racionalidad, es decir, de un determinado espacio simbólico, la nuestra pareciera no entenderse a sí misma al caracterizarse como un caos de significaciones. El *problema hoy* es que existen miles de dualidades que generan espacios simbólicos, y en ese sentido existe un pluralismo de códigos, de lógicas, sistemas y referencias que dejan a los individuos indefensos, por lo cual tienen que diseñar constantemente sus propios sistemas de significaciones⁴.

I. CAMBIOS CONSTITUCIONALES COMO BASE LEGAL PARA CONFIGURAR EL PLURALISMO JURÍDICO

Mediante la Constitución de 1991 se da reconocimiento y valoración, en el territorio nacional, a las sociedades distintas que resistieron al Estado monocultural. Nace históricamente un nuevo paradigma de nación orientado a valorar y fortalecer las diferencias, que rompe la hegemonía de la sociedad occidental como modelo único. Este reconocimiento impone la derogación y freno total de los principios que etnocéntricamente excluían culturas diferentes, pensadas como incivilizadas, atrasadas o bárbaras, y, con éstas, los sistemas de derecho y autoridad disímiles del estatal.

El cambio formal implementado ha generado una política no sólo de reconocimiento, en la que, mediante

3. CÁRCOVA. Ob. cit., p. 75.

4. TOSCA HERNÁNDEZ (1993), p. 13 y ROBERT MERTON (1964), pp. 170 y ss., citados en CÁRCOVA. Ob. cit., p. 63.

jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo de la Judicatura, se ha buscado, por un lado, demostrar cómo puede ser un Estado en el que se valoran las diferencias valiosas y se reducen por todos los medios las trabas y los rezagos que impidan adecuadas y modernas visiones culturales en estos pueblos indígenas –basadas en sistemas de organización social, gobierno, derecho y autoridad–; y por otro lado, y quizás el más importante, autoajustes en los mismos pueblos en función de configurar un Estado multicultural. Se ha luchado por reconocer en esos otros distintos no sólo los rezagos de culturas ancestrales, sino los modos contemporáneos de ser indígenas hoy y las necesidades impuestas por el principio de nación indivisible que define mínimos jurídicos para todos los nacionales.

El reconocimiento en estas altas instancias –en las instituciones públicas– se inicia tímidamente, es decir, con desconocimiento de lo que exactamente definía la diversidad étnica y cultural, y bajo el influjo de un sistema monocultural y excluyente aún vivo. Sin embargo, el trabajo propositivo, creativo, adaptativo, comprensivo y valiente de indígenas, de intelectuales solidarios, de jueces y magistrados claros y políticamente decididos ha logrado trascender para configurar un marco intelectual que orienta ejecutorias para realizar modos de hacer justicia, que rompe el estado de cosas que venía, y cuya razón es la búsqueda efectiva de un reconocimiento y valoración de esos otros clasificables como distintos.

Uno de los efectos del Estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos públicos, y del control y solución de conflictos, principios, estructura y enfoque de un derecho que necesariamente no coincidía –en parte o en

su totalidad— con los sistemas existentes en cada uno de ellos. Frente a esta imposición, unos pueblos, más que otros, resistieron e internamente vivieron sus propios modos, no utilizando siempre el modelo del derecho externo, ni sacando invariablemente los casos a la jurisdicción ordinaria de la sociedad mayoritaria. Entre tantas sociedades, hoy diferenciadas por su cercanía o no con la mayoritaria, y por el tipo y calidad de las relaciones generadas, algunas se “vacieron” y se “llenaron” de los principios y modos de la sociedad hegemónica. Pueblos como los Pastos, que se pueden caracterizar por no tener un derecho propio, “tradicional”, comparten *su derecho* con otras etnias en las que también se estableció el monismo jurídico vigente en la época colonial, que imponía sacar sólo los casos “mayores”. Este hecho vulneró parcialmente muchos de estos sistemas propios, pero aun bajo estas condiciones, hoy, otras sociedades indígenas más herméticas comparten con ellos un derecho propio al que los blancos llaman “usos y costumbres”.

Tras casi quince años de los cambios constitucionales en nuestro país, es posible encontrar entonces una tipología de pueblos en los que se involucra más o menos el derecho positivo estatal ya que todos lo comparten de algún modo. Es tanta la incidencia del derecho estatal en estos pueblos que incluso algunos conflictos internos —y esto ha sido reconocido por los mismos indígenas— tienen mejor solución en el sistema externo, por ejemplo los relacionados con tierras y con determinados procesos administrativos de protección a niños indígenas. Sin embargo, aunque hay cambios muy importantes que muestran cómo el espíritu de la Constitución se está aplicando, toda vez que acuden a la justicia externa deben luchar no sólo con los trámites complicados y las incomprensibles formas, con la lentitud burocrática y los

costos inalcanzables, sino con una justicia mayormente identificada con la del Estado Nacional.

Al conservar sin excepción, todos los pueblos indígenas, su sentido de pueblos distintos, y tras definir ciertos asuntos para ser tratados internamente, el derecho propio que aplican de manera dinámica comparte formalmente equivalentes principios en competencia y dignidad con la organización del poder judicial nacional vigente. Así, encontramos por la vía interna, aplicando el derecho de autodisposición –de crear y recrear derecho– y por el camino externo, que vía jurisprudencia ofrecen las Cortes, fortalecidos sistemas de derecho propio para ser vividos y aplicados de modo legal, más allá de aquellos elementos clasificados exclusivamente como “usos y costumbres”, porque existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia y para ordenar en determinado sentido la sociedad: autoridades individuales, grupos configurados con competencia, comunidades enteras, uso de bastones de mando y oratoria amplia, equipos humanos de trabajo especializados y bien pagos, utilización de equipos modernos, computadores conectados vía internet con el mundo, conocimiento de los tratados internacionales y de la jurisprudencia de las Cortes. Muchos realizan y formalizan sus tareas por escrito, por ejemplo los paeces. Hay pueblos que ejercen justicia internamente y contratan abogados de fuera –no indígenas– para poder recrear y ejercer mejor la competencia con ellos, dado que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias.

Entre los problemas con que se topan las autoridades indígenas en una sociedad en proceso de cambio, se hallan los que aquejan a quienes se encuentran en el límite de dos o más culturas. A medida que los individuos se trasladan, cambian, estudian, comercian, los espacios

de sus propios mundos se comparten, se cruzan, se superponen y se interpenetran. Cada nuevo grupo del que una persona participa ajusta sus referentes y, con éstos, sus principios y conductas, en la medida en que incorpora a su propia perspectiva las normas de otro grupo. Existen, por una parte, una multiplicidad y pluralidad de códigos de significación; y por otra, la necesidad de contener las tendencias sociales entrópicas, que obligan al sistema político y a las instituciones a relegitimarse en la producción de consensos que eliminen las situaciones de vacío, de perplejidad o de anomia. Las autoridades, en concreto, al establecer relaciones de competencia jurisdiccional con jueces de la jurisdicción ordinaria, con asociaciones internas de los mismos pueblos, con grupos armados ilegales; al afrontar casos no previstos como la participación de sus miembros en la guerrilla, el paramilitarismo, el narcotráfico o la corrupción, entre otros hechos nuevos, configuran la necesidad de hacer ajustes internos permanentemente. El panorama implica también la presencia de jóvenes profesionales indígenas –algunos dotados de gran sentido de respeto a sus autoridades, otros irrespetuosos–, que por ser profesionales consideran que pueden liderar procesos a favor, muchos de los cuales terminan con resultados en detrimento de los sistemas internos. En definitiva, es posible concluir que los derechos propios, como el de los Pastos, que asumen como sistema el derecho positivo estatal como *derecho propio*; o el derecho Cubeo, que cuesta trabajo aprehenderlo y entenderlo ya que se fundamenta desde el mito y el ritual, están configurados sobre bases diferentes y orígenes distintos, pero son reconocidos en la Constitución y son la infraestructura sobre la cual las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en todas las materias.

Coexisten con el derecho positivo estatal noventa y tres (93) sistemas de derecho propio, clara manifestación de pluralismo jurídico legal. Este hecho sin precedentes reconoce la preexistencia en el territorio nacional de otros derechos muy dinámicos. Ellos están configurados de modo que las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional puedan abordar momentos históricos y realidades distintas. Estos derechos han tenido que concebir y trazar salidas en derecho frente a los nuevos delitos cometidos por sus miembros, como ya se expresó, y también afrontar las demandas individualizadas que en el sentido liberal tienen que ser respetadas como derechos fundamentales y que resultan en conflicto con visiones comunitaristas, que protegen al sujeto colectivo de derecho. Como autoridades con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial de Colombia, esos otros derechos tienen que participar en la construcción de formas de coordinación y liderazgo para la cimentación del entendimiento intercultural. La nueva sociedad por configurar exige responder a un espectro muy amplio de autoridades, a demandas de otros jueces de la jurisdicción ordinaria, así como a examinar y realizar cambios culturales internos provenientes de imposiciones externas, como es el caso de los *mínimos jurídicos*. Este nuevo conocimiento ha implicado, por ejemplo, un modo de juzgamiento y decisión de sanción para los brujos o para cambiar la costumbre, entre los U'wa, de dar a los gemelos una clasificación diferenciada y una nueva ubicación para vivir, ya no con la madre naturaleza deidad sino con los U'wa no gemelos⁵.

5. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Diez años de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional 2002.

En el paso del Estado de derecho al Estado social de derecho, con el cual el principio de igualdad se modifica y se fundamenta ahora en la desigualdad real para configurar la igualdad como un propósito; en el paso de un Estado monocultural a un Estado multicultural y pluriétnico en el que se afirma la igualdad de las culturas; y con el paso a un Estado que reconoce a un sujeto distinto del sujeto individual de derecho –el sujeto colectivo de derecho–, los pueblos indígenas, todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse para contribuir a configurar una sociedad en la cual la diferencia sea valiosa.

II. LOS CAMBIOS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL PLURALISMO SON INTEGRALES

Paralelamente a la implementación de una jurisdicción especial indígena y para desarrollar coherentemente el espíritu de la Constitución (que busca como medio, para configurar una nación distinta, el fortalecimiento de la participación), se requiere descentralizar atribuciones en los planos político, administrativo y fiscal para que la ciudadanía defina derroteros para la vida buena, y se presenten nuevas demandas complementarias y nuevas oportunidades para fortalecer y avanzar hacia formas modernas que representen una mayor pluralidad. Este proceso, que es diferenciado para las comunidades indígenas como entes públicos, justifica tratos diferentes, de tal modo que los medios para el fortalecimiento de la democracia y la participación permitan contribuir a preservar sus identidades bajo las formas propias de gobierno y de autoridad, lo cual orienta a descartar el cumplimiento de muchos de los parámetros administrativos y fiscales comunes al resto de los nacionales.

Unos y otros cambios rápidos dentro de la estructura social y política, por la presencia de autoridades y de otros derechos configurados como legales y en condiciones de igualdad con el derecho positivo estatal, producen choques y divergencias en la jurisdicción ordinaria, porque las normas previamente internalizadas y las circunstancias en que las situaciones reales que los sujetos afrontan no concuerdan con las “situaciones típicas” previstas en aquellas normas. También hay conflictos de los sistemas de normas en uso en la sociedad mayoritaria, cuya vigencia se extendía a toda la sociedad, con las nuevas normas surgidas de grupos situados en posiciones diferenciadas, antes discriminados negativamente y tratados como inferiores. Como sujetos distintos de derecho, a los pueblos se les reconoce la capacidad de actuar bajo el principio de igualdad en la diferencia.

Además de la formalidad constitucional que representa el cambio estructural en el Estado colombiano, al otorgarles a los pueblos indígenas la potestad y competencia para aplicar justicia, los procesos de ajuste para crear un sistema plural encuentran dos posiciones antagónicas: primera, la marcada por un sinnúmero de dificultades. Aquí los actores están atravesados por bagajes de ideas fundadas en visiones monoculturales, corroboradas por actitudes sostenidas durante años bajo el influjo de un único derecho. Sustentan este modelo el autoritarismo, el racismo y el desprecio, posturas abiertamente anti-constitucionales que siguen operando. En segundo lugar, aquella posición en la cual se dan efectivamente transformaciones edificantes que resultan de los esfuerzos tanto de personas como de instituciones proclives a fortalecer los principios de valoración de las culturas y sociedades distintas y, con éstas, de sus sistemas de derecho.

ANDRÉ HOEKEMA llama *pluralismo jurídico unitario* al modo histórico que se asume entre dos jurisdicciones, que

manifiesta relaciones de subordinación entre el Estado –con “su” derecho nacional– y los otros sistemas de derecho indígena. Bajo esta condición, los pueblos indígenas aumentan su dependencia respecto a un aparato específico para la selección del derecho vigente⁶. Contrariando esta perspectiva se genera otro modelo que rompe el Estado hegemónico, monocultural. Las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de una sociedad mayoritaria, para crear un sistema de pluralidad, de autoridad pública y de *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*⁷. Se da, por tanto, un forcejeo para luchar por cambios dentro de un panorama que configura situaciones típicas en ambos extremos.

En el encuentro con la jurisdicción ordinaria y con respecto a la revisión de casos, una visión desde las Cortes considera de modo evolutivo y restrictivo que, en el *estadio* en el que se encuentran las sociedades indígenas, éstas carecen de procedimientos jurídicos institucionalizados, que el sujeto individual prevalece sobre el colectivo, o que el interés superior del niño indígena solamente debe considerarse a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por comparación con las sociedades modernas, en las que los procedimientos institucionales se hallan establecidos. El problema del derecho en estas

6. ANDRÉ J. HOEKEMA. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El otro derecho*, 26 y 27, Bogotá, ILSA, 2002, p. 67. Una excepción importante acerca de esta revalorización de derecho y autoridad autóctonos se da en países donde reina un neoliberalismo radical, el cual rechaza drásticamente la idea de que fuera del mercado haya islas de bienes de comercio o producción, en manos de pueblos y autoridades que rehúsen dejarse mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado.

7. *Ibíd.*, p. 67.

sociedades (que se percibe y de modo errado) es el de un insuficiente grado de abstracción normativa, circunstancia que según esta mirada afecta a una política jurídica racional. Tal efecto de desconocimiento varía de individuo en individuo, según sea el grado de formación humanística, particularmente del conocimiento cultural universal, pero también de la capacidad de apertura para adquirir ese conocimiento nuevo que introduzca referentes distintos. Al mismo tiempo, en el proceso evolutivo del derecho desempeñan un significativo papel los modos como se despliegan otros campos, tales como el sistema político y el rol que deben asumir los miembros de una sociedad.

MARC GALANTER se refiere en sus estudios a los procesos de modernización del derecho, en cuyo desarrollo percibe discrepancias entre el *modelo hegemónico de un derecho unitario, uniforme y universal* y la multitud de prácticas microsociales, locales, consuetudinarias, frecuentemente inconsistentes en relación con el primero. Distingue también entre el derecho de los juristas (derecho de los libros) y el derecho en acción. Muchas veces el primero consigue adquirir fuerte predominio, y ello aporta una real unificación para el sistema de derechos. Pero estas situaciones son más bien excepcionales. “Hay un tipo intermedio”, dice, “en el que existe una tensión no solucionada entre lo nacional y lo local, lo formal y lo informal, lo ‘oficial y lo popular’”. Evoca, en tal sentido, las situaciones coloniales y muchos procesos de modernización impuestos que no necesariamente provienen de “fuera”, pero que de todos modos producen situaciones jurídicas dicotómicas. En una sociedad heterogénea, el derecho, más que una manifestación de las aspiraciones del pueblo en su conjunto, es una manifestación de las aspiraciones de los grupos dominantes, que –en cualquier caso– ejercen su dominación, no sin confrontaciones. Concluye GALANTER:

... pero es necesario enfatizar que el proceso de modernización no continúa implacablemente hasta producir un sistema legal que corresponda al modelo en todos sus detalles, es decir, completamente unificado, uniforme, jerárquico, etc. En la medida en que la sociedad se moderniza en todas sus esferas, nuevos tipos de diversidad y complejidad aparecen. Concentraciones intensas de las poblaciones, movilidad, especialización ocupacional, medios de comunicación de masas: todos crean contrapresiones que reclaman diferenciación, sensibilidad y flexibilidad del derecho. Así, los propios factores que impulsan la modernización, y son por ella impulsados, acaban por obstarla o solaparla⁸.

Bajo la mirada de un *pluralismo jurídico unitario* se induce a procesos de “revitalización” de prácticas, como es el caso de los Ingas del Bajo Putumayo, que han buscado reiniciar el uso del ceпо para castigar, costumbre que había sido eliminada por ellos mismos por considerarla demasiado fuerte, o al fenómeno de la positivación de los derechos propios, práctica que varios pueblos han implementado con apoyo de abogados, y con la idea de que los derechos en una sociedad multicultural altamente compleja deben atender al mismo tiempo al problema de su invariancia y de su variabilidad.

Bajo los principios del *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, se parte de la distinción entre un derecho “propio”, que existe como tal, que se concibe como “fijo” y “cristalizado” en términos de preexistente y definido, en contraposición a un derecho histórico, mutable y transformable, que tiene el mérito de permitir la introducción de cambios. Para LUHMANN⁹, el derecho es el resultado

8. Citado por CÁRCOVA. Ob. cit., pp. 71 a 73.

9. PILAR JIMÉNEZ ALCOCER (1993), p. 225, cit. por CÁRCOVA. Ob. cit., p. 34.

de un azaroso proceso evolutivo que es consecuencia, a su vez, de la complejidad y contingencia del mundo. La complejidad está dada por lo que él denomina el “exceso de posibilidades del mundo”; y la contingencia, por la imprevisibilidad y variabilidad de tales posibilidades. Ello implica una sobreexigencia para la interacción social, que tiende a resolverse mediante la reducción de la complejidad, aplicada a través del surgimiento y la operatividad de distintos subsistemas sociales. La doble contingencia social, es decir, la complejidad, por una parte, y la limitada capacidad de los individuos para poder enfrentarla, por otra, hacen necesaria la progresiva aparición de dichos subsistemas que, a través de un proceso de diferenciaciones, reducen la complejidad del ambiente, esto es, la complejidad externa, al precio –eso sí– de aumentar su propia complejidad interna. Para atender la variabilidad de las relaciones sociales, el derecho se va fragmentando y especializando. Tales diferenciaciones permiten dar cuenta de relaciones sociales más complejas y variables que las que eran propias del mundo monocultural y monista. El derecho tiene como función *la generalización congruente de expectativas de conducta, a través de las cuales reduce la complejidad*. Se trata de un efecto producido por la representación del sistema de normas. Como se advierte, el énfasis del autor es de carácter funcional. Lo constante del derecho es la función y los mecanismos de que se sirve cada sociedad para cumplirlo, que, como explica JIMÉNEZ ALCOCER¹⁰, se constituyen en variables evolutivas del derecho. Con el paso del Estado monocultural al multicultural y pluriétnico, las instituciones judiciales de la sociedad mayoritaria y las de las sociedades indíge-

10. Ídem.

nas se obligan a cambiar los patrones que garanticen la generalización congruente de expectativas de conducta y, con ellas, cambia también la forma de validez del derecho. La armonización de los diversos mecanismos de generalización se transforma en nuevos presupuestos y en nuevos efectos: disminuye la dependencia respecto a un derecho, con base en predeterminaciones de sentido fijadas en forma concreta, para abrirse a lo diverso.

III. UNAS SENTENCIAS EN CLAVE CULTURAL

Dados los numerosos años de desconocimiento de esos otros sistemas de derecho, se vuelve aún más problemática la interacción entre actores de un sistema y otro, por el desconocimiento de factores de naturaleza etnográfica y antropológica. Los derechos propios de los pueblos indígenas no están configurados funcionalmente en un compartimento especializado para el cumplimiento de unas funciones, y no corresponden tampoco a una racionalidad silogística que parte de unas normas estructuradas y positivas. Estos derechos actúan como una razón para la vida social, como un argumento que organiza, estructura y da sentido a aspectos relativos a la constitución orgánica del grupo; que define quiénes son parientes y cómo es la estructura familiar; que fija el régimen legal de la prole y de la propiedad, de los bosques y las aguas, entre otros muchos aspectos, lo cual choca con visiones, principios y reglas trazadas por el derecho estatal.

Al estar tejidos estructuralmente en un todo y configurarse como sistema cultural, y de manera semejante al ejercicio de dos personas que hablan lenguas distintas y buscan comunicarse, estos derechos requieren de la presencia de un traductor o del esfuerzo personal para adentrarse en los significados profundos que una lengua distinta, en este caso una cultura, entraña¹¹.

Hace mucho tiempo que sabemos—desde WITTGENSTEIN, desde HUMBERTO ECO— que todo mensaje necesita ser interpretado y que ello implica la necesidad de tornar compatibles los códigos del emisor y los del receptor. Ello, sin embargo, es poco importante en nuestras sociedades posmodernas, caracterizadas por la crisis de las representaciones homogeneizadoras. El imaginario colectivo de las grandes urbes, que son el espacio connotado del ejercicio de la ciudadanía política, social y cultural, es hoy un lugar fragmentario y segmentado, en el que conviven en azarosa combinación múltiples culturas: las tradicionales, que no acaban de irse, junto con las globalizantes, que no acaban de llegar; las premodernas, las industriales y las de los flujos de comunicación, las multiétnicas y las generacionales, todo lo cual incrementa y densifica la interacción social, acelera los intercambios de mensajes y multiplica los códigos comunicativos. Es en este contexto descentrado y polimórfico donde circulan hoy los mensajes de la ley y la variedad y entrecruzamiento de sus lecturas posibles¹².

IV. LOS DERECHOS PROPIOS

El derecho, en su sentido social, es más que las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, combinadas y mantenidas vigentes, y sancionadas por las autoridades a las que, conforme a la normatividad, se les otorgó el poder de ejecutar este cargo¹³. Estas

11. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas. América Indígena*, vol. LVIII, núms. 1-2, México D. F., Talleres Grupos de Cultura, 2000.

12. PILAR JIMÉNEZ ALCOCER, citada por CÁRCOVA. Ob. cit., p. 34.

13. HOEKEMA. Ob. cit., p. 69. Para evitar confusión quiero subrayar que todo esto se ciñe al discurso académico, pero hay otros discursos muy importantes. En el derecho internacional, por ejemplo, ya se prevé el reconocimiento de que pueblos indígenas—bajo condiciones determina-

normas sí deben ser eficaces en el sentido de que se trata de una autoridad estable y no sólo presunta. Al ser así, funciona una institución que identifica, aplica y hace respetar normas de conducta, pero no necesariamente son eficaces en el sentido de que se reflejan de modo automático. Seguramente, si las autoridades no manejan normas que los comuneros estimen obligatorias, el derecho no tiene ninguna eficacia social, lo que parece un caso límite. Si bien parte de las normas emitidas por las autoridades no se cumplen en la práctica, otras se obedecen regularmente.

La coexistencia de sistemas de derecho diferenciados, en el marco de la nación, ha sido reconocido oficialmente como legal en la misma Constitución, consecuencia de la explícita decisión de los pueblos de mantener no sólo vivas sus instituciones, sino de su insistente aspiración social por configurar un nuevo orden capaz de respetar sistemas de derecho culturalmente distintos del positivo estatal, pero ante todo, de buscar respetar un espacio autonómico donde estos asuntos se solucionen dentro de su propia sociedad. El pluralismo jurídico en Colombia manifiesta que el derecho indígena sustituye al derecho

das- tengan su derecho propio y puedan ejercer el derecho colectivo de practicarlo dentro de su territorio. No se dice exactamente a qué fenómenos se refieren con esta terminología. Al igual, en el discurso político –tal como el generado por la marcha por el territorio y la dignidad en Bolivia o la marcha semejante en Ecuador– se plantea su propio derecho indígena. Esto sirve para rechazar la tesis etnocentrista de que meramente el derecho nacional estatal incide en el orden de la sociedad. Así mismo ese discurso enfatiza en la existencia de una comunidad distinta que permea todos los aspectos de la vida de sus integrantes, se autorregula, y que como tal merece reconocimiento como entidad pública dentro del Estado. Por supuesto, en este uso polémico de los términos no hace falta profundizar acerca de la esencia del derecho indígena. Pero en el campo de las investigaciones sí es imprescindible una clarificación.

nacional en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad era prevalente. Ha superado la etapa en que “los jueces, en algunos casos, tomen simplemente en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de normas de *folk law*”¹⁴. El reconocimiento por el Estado de la existencia de varios sistemas jurídicos legales define –además del reconocimiento a los jueces competentes indígenas para que actúen en el marco de su jurisdicción– la obligatoriedad de examinar y fallar los casos que salen a la jurisdicción ordinaria con base en los precedentes culturales que configuren a los sujetos de estos casos. Este marco rompe, además del monismo jurídico, la visión que venía desde la Colonia de la clasificación estratificada de jueces para tratar asuntos menores y jueces para los asuntos graves. Sin embargo, la coexistencia de dos jurisdicciones para el funcionamiento de sistemas de derecho ha reservado constitucionalmente “mecanismos de coordinación” y la facultad de determinar –si fuere el caso unilateralmente– la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos. Respecto de la no existencia de la ley de coordinación el ex magistrado de la Corte Constitucional CARLOS GAVIRIA DÍAZ dice:

... pero (a mi juicio) por fortuna no ha tenido todavía desarrollo legal, porque esta situación le ha permitido a la Corte Constitucional asumir el carácter normativo de esta disposición. Esta Constitución no sólo es una carta programática, sino que ella misma es norma; de ahí que la Corte Constitucional haya procedido en consecuencia y haya aplicado normas constitucionales que aún no han sido desarrolladas por el legislador¹⁵.

14. HOEKEMA. Ob. cit., p. 70.

Desde una visión del multiculturalismo, el pluralismo jurídico puede analizarse como la multiplicidad de culturas con derechos diferenciados que existen en una nación, los cuales pueden vivir sin que necesariamente se establezca una relación entre ellos. Esta visión está marcada por los fundamentos conceptuales del liberalismo, por la noción de derecho individual y por los principios de igualdad y de tolerancia al otro; esta posición es considerada como medular y como un valor y una actitud suficientes para asegurar que la sociedad funcione. Autores como CATHERINE WALSH marcan una diferencia por cuanto el *multi* o el *pluriculturalismo* oculta las desigualdades sociales, y deja intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica. Por el contrario, esta autora muestra cómo la *interculturalidad* busca centrarse en relaciones culturales complejas, en las negociaciones e intercambios culturales de vía múltiple. Así, propone desarrollar interacciones equitativas entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder:

No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro o la diferencia en sí. Tampoco se trata de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles. Más bien, se trata de activamente impulsar procesos de intercambio que permitan construir espacios de encuentro entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas¹⁶.

15. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Ponencia ante la Corte de Justicia en Venezuela, Caracas, 2002.

16. CATHERINE WALSH. *La problemática de la interculturalidad y el campo educa-*

El carácter del pluralismo jurídico intercultural, constitucional y legal, como el de Colombia, estipula que este derecho tiene vigencia solamente cuando se trata de dos personas indígenas, en su ámbito territorial, de acuerdo con sus usos y costumbres –reglas de referencia– que muestran cómo debe operar la jurisdicción especial para asuntos internos. Sin embargo, puesto que estas características cambian se ha necesitado un control, por vía del cual las decisiones locales han estado sometidas. Las situaciones presentadas en 12 años se han solucionado –vía intervención constitucional– buscando reconocer y valorar o no, las soluciones y salidas producidas según las normas y los procedimientos del derecho propio. Aparecen entonces preguntas como: ¿cuáles diferencias son valiosas y cómo mantener mínimos jurídicos?, ¿qué valor darle a lo culturalmente “chocante” para la justicia ordinaria, o a los derechos individuales de un sujeto frente a los del sujeto colectivo? Resulta claro que si bien cada colombiano como individuo puede pedir protección, también el sujeto colectivo de derecho, un pueblo indígena, puede demandar protección de sus derechos fundamentales.

V. ÁMBITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Existen diferentes situaciones que deben abordarse en una nación multicultural y pluriétnica respecto de la existencia y actuación de varios derechos:

tivo, Ponencia presentada en el Congreso de la OEI “Multiculturalismo, identidad y educación”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 16 de abril de 2002.

1. Casos en los cuales un sujeto transgrede internamente una norma y es sancionado de forma acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos.

2. Casos en los cuales un sujeto transgrede una norma y es sancionado de forma acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos en la jurisdicción ordinaria.

3. Casos en los cuales un sujeto transgrede una norma de la sociedad mayoritaria porque él actúa de acuerdo con su norma y es sancionado en la jurisdicción ordinaria imponiéndole el derecho estatal.

4. Casos en los cuales la transgresión, la norma que la define y la sanción son iguales en ambas jurisdicciones.

5. Casos en los que la justicia indígena choca respecto de procedimientos y visiones generales sobre objetivos y formas de sancionar.

Esta tipología de realidades diferentes muestra situaciones muy variadas sobre los modos para resistir procesos de homogeneización cultural por parte de los pueblos indígenas, pero también por individuos que han perdido sus parámetros culturales y que no rigen sus conductas por sus propias normas, porque no se identifican ya con el grupo al que pertenecen o pertenecían. Existen también conflictos de identidad que provocan frustración, cuando el sujeto entiende que debe cumplir un doble papel, el cual conlleva contradicción entre pautas universales impuestas para el cumplimiento de ciertos objetivos, con los medios y las pautas propias y utilizadas tradicionalmente.

En Colombia ha crecido el reconocimiento a la administración de justicia por parte de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Este hecho representa un marco de política estatal señalado por las altas cortes, que han tenido que definir, con base en una nueva hermenéutica jurídica, casos en los que surgen conflictos sobre

las condiciones que estructuran y definen los derechos propios en cada sociedad, con relación al alcance y los límites de la jurisdicción especial indígena.

VI. EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Los mecanismos de control y vigilancia de los derroteros de la Constitución, en el ámbito de la justicia indígena, para demarcar mínimos jurídicos aceptables en el territorio nacional e impedir abusos de poder de las autoridades se justifica en la lógica de una nación indivisible que se configura históricamente de modo distinto; sin embargo, estos dispositivos aplicados en concreto no siempre ni necesariamente se realizan de manera limpia y exentos de racismo, etnocentrismo y, ante todo, del entendimiento necesario para comprender otras realidades.

En las cortes se han fallado casos que potencian la condición de sujeto distinto de los pueblos y en los que, adentrándose en esos referentes diferenciales, se valoran y se rescatan como manifestaciones dignas de respeto. También hay sentencias que desconocen esas diferencias e imponen referentes del derecho positivo estatal. Existen otras que tratan en forma paternalista a los indígenas y por ayudarlos introducen referentes que no potencian su etnicidad y su cultura.

VII. LOS PRINCIPIOS DE DIVERSIDAD ÉTNICA CULTURAL Y DE AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS¹⁷

La consagración del principio de diversidad étnica y cultural que modifica y acaba con el modelo de Estado

17. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, ICBF, Quebecor Editores, 2002.

monocultural, principio expresado en los artículos 1.º y 7.º de la Carta Política, resulta ser la base fundamental que va irradiando lo dispuesto por los artículos 8.º (tocante a la protección de la riqueza cultural de la nación); 9.º (que es el derecho a la autodeterminación de los pueblos); el 10.º (sobre la oficialidad de lenguas de los grupos étnicos¹⁸); el 68 (respecto al respeto en materia educativa, de modo que se valoren otros principios, contenidos y métodos para inducir conocimientos); el 70 (que define a la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y ofrece reconocimiento a la igualdad y dignidad de todas las culturas); y el 72 (que define la protección del patrimonio arqueológico de la nación) (ST-428 de 1992, ST-342 de 1994, SC-104 de 1995, ST-496 de 1996, SU-039 de 1997).

Este proceso de reconocimiento y valoración modifica radicalmente el mundo jurídico establecido en la nación, al hacer efectivos los principios alrededor del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana (ST-188 de 1993, ST-342 de 1994, SU-039 de 1997).

Estas nuevas condiciones están fundamentadas en la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. La Constitución reconoció que era demostrable la diversidad y que la demanda de pueblos con sentimientos de identidad diferenciada era valorable (ST-380 de 1993, SC-104 de 1995).

La Corte, siguiendo el espíritu de la Constitución, considera que las diferencias étnicas y culturales son igualmente valiosas, de modo que no son más estimadas ni

18. En Colombia, además de las 65 lenguas indígenas, se encuentra la de los raizales de San Andrés, Santa Catalina y Providencia.

las creencias de una determinada sociedad, ni su sistema jurídico, ni tampoco sus formas familiares, ni las maneras para obtener económicamente el sustento, todas formas de pensar y vivir la vida buena según cada pueblo. La Corte define que la sociedad colombiana está constituida por una congregación de pueblos diferenciados que determinan la imposibilidad de referirse a una sola noción o concepción hegemónica y unitaria de la naturaleza humana. Las manifestaciones distintas que portan los colombianos, empíricamente demostrables, subrayan el carácter multicultural de la nación colombiana. Bajo estas condiciones, la Constitución admite, y por lo mismo valora, que el individuo como sujeto individual de derecho y los pueblos como sujeto colectivo de derecho puedan definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en los valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales (ST-496 de 1996).

La idea de igualdad sustentada por el liberalismo para todos los individuos en tanto libres y racionales y, por lo mismo, sujetos de derecho, entra en fuerte tensión con la visión republicana, que define al sujeto como sujeto de deberes y a la sociedad como la merecedora de los derechos. Reconocer en la práctica que existe otro argumento en el que, desde la ideología republicana, es la sociedad la que tiene los derechos, manifiesta la calidad de rupturas que hace la Corte para interpretar la realidad constitutiva de la nación.

Tanto los individuos, en tanto sujetos individuales, como los pueblos, en tanto sujetos colectivos, son concebidos como portadores de características específicas. Son seres únicos y singulares con capacidad para hacer efectivo su propio proyecto de vida, todo lo cual los autoriza—como

sujetos individuales y como pueblos– a reivindicar para sí su propia conciencia ética (ST-593 de 1997).

Los estudios en antropología jurídica registran estos hechos sucesivos como cambios históricos que pueden significar la aspiración y el anhelo de adaptar el derecho a las realidades sociales, y el mejor modo para contribuir a configurar el Estado social de derecho, buscando transformar el principio de igualdad formal en un principio de igualdad real que sirva a las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, sexo, manifestaciones de cultura, así como organización social, formas de castigo, derechos de los niños, definición de edad, localización, condición económica, entre otros factores (ST-428 de 1992, ST-496 de 1996).

En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece a las necesidades políticas definidas por los constituyentes, para construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa (C. P., arts. 1.º y 2.º). También para atender la perspectiva según la cual la justicia constituiría un ideal incompleto si no atiende a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades expuestas en el preámbulo de la Constitución así como en los artículos 1.º, 7.º, 13 y 16.

En Colombia, el principio de diversidad étnica y cultural y la valoración de sociedades distintas y minoritarias se fundamenta en el reconocimiento de la existencia de las comunidades indígenas, de los afrodescendientes del andén Pacífico, de la Costa Atlántica y de la Zona Andina y de los raizales de San Andrés, Santa Catalina y Providencia. Sin embargo, los pueblos indígenas son

... conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado

aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que los diferencian de otras comunidades rurales.

Por esta razón, esos pueblos adquieren un estatus especial, por lo que se les trata preferencialmente, lo cual se manifiesta en la delegación de facultades jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. Esta potestad, que se define en el artículo 246 C. P., es plena, y como tal las autoridades indígenas pueden conocer, juzgar y actuar para sancionar las acciones desviadas, pero, adicionalmente, para orientar en los modos de vida alternos que decidan los comunitarios (SC-139 de 1996).

Las normas constitucionales sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, dice la Corte, resultan perfeccionadas por lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, que versa sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, convenio aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta Política (ST-342 de 1994, SU-039 de 1997).

– *El derecho a la tutela*

Ha considerado la Honorable Corte que las sociedades indígenas, como pueblos y entes institucionalizados y, por tanto, sujetos de derechos fundamentales, no son simples realidades fácticas, ciertas y legales. Los pueblos tienen la potestad, en calidad de sujetos de derecho –como cualquier sujeto individual– de demandar, como colectivo, protección en su condición de sujeto colectivo. De este modo un pueblo, como ente, con una unidad e identidad que lo identifican como pueblo, puede exigir protección

a sus derechos constitucionales como sujeto colectivo. En consecuencia, la peculiaridad y singularidad propia de estos pueblos es que en ellos se reproducen y manifiestan de formas diferentes la vida social, plenamente aceptada, reconocida y valorada por el texto constitucional, formas que son asimiladas y relacionadas como experiencias colectivas, sentidas e identificadas por sus miembros. Estas circunstancias reconocibles, consideradas y apreciadas por los miembros de estos pueblos, no se encuentran mediadas por los miembros individuales del grupo; ellos, a su turno, no conciben una existencia separada de la comunidad. Este presupuesto es el sustento básico del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural (ST-380 de 1993, ST-001 de 1994, SC-058 de 1994, SC-139 de 1996, ST-349 de 1996).

En este sentido, la Corporación ha manifestado su rechazo al reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes, como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana: éstas son contrarias a los principios constitucionales de pluralismo, respeto y protección a la diversidad étnica y cultural (ST-380 de 1993).

– La diferencia entre sujeto colectivo de derecho y sujeto de derechos colectivos

Sin duda la aclaración que hace la Corte para diferenciar al sujeto colectivo de derecho de los derechos colectivos que tienen todos los sujetos sin distinción de etnia, raza o cultura es un gran aporte. La jurisprudencia de la Corte ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Todos los colombianos tienen derechos colectivos, por ejemplo

a un medio sano o a un aire puro.

Los pueblos indígenas son un sujeto colectivo de derecho reconocido como una unidad. No son estos pueblos una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos, o una asociación en la que sus adeptos pueden salir o entrar por adscripción (C. P., art. 88 y ST-380 de 1993, ST-001 de 1994).

Esta indicación es de suma importancia y trascendencia no sólo por lo expresado anteriormente en cuanto los pueblos como sujeto colectivo pueden pedir protección a sus derechos –vía tutela– sino desde el punto de vista de régimen procesal de protección constitucional de los derechos de que se trate, así:

Los derechos de un sujeto individual pueden ser protegidos por medio de la acción de tutela; los derechos de los pueblos indígenas pueden ser protegidos por vía de la acción de tutela, en tanto derechos fundamentales que radican en un sujeto, en este caso en un sujeto colectivo; los derechos colectivos de todos los colombianos, derechos indeterminados y/o difusos deben ser amparados a través de las acciones populares correspondientes.

– *Los derechos fundamentales del sujeto colectivo*

Con base en la anterior doctrina, la Corte ha se alado que los derechos fundamentales de los que son titulares los pueblos indígenas, en tanto sujeto colectivo de derecho son cuatro:

El derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional del derecho a la vida (art. 11 C. P.); el derecho a la integridad étnica cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (arts. 1.º y 7.º C. P.), sino de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (art. 12 C. P.); el derecho a la propiedad colectiva (arts. 58, 63, y 323 C. P.); y el derecho a participar en las deci-

siones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

La Corte, ya desde su primera sentencia, define la primacía del derecho a la existencia cultural alterna de un pueblo indígena sobre el interés general de la nación de tener una carretera (ST-428 de 1992).

Esta primera sentencia que involucra a un pueblo indígena –el Embera Chamí de Cristianía–, producto de una tutela que se interpone a nombre de un pueblo, muestra el gran cambio que la Constitución origina, al definir la obligatoriedad del Estado de proteger a un pueblo vulnerado en su derecho fundamental a la vida como pueblo, es decir como sujeto colectivo, que primó sobre el interés de la nación de construir una carretera para el desarrollo de una gran región.

– La jurisdicción nacional ordinaria protege a los indígenas

La Constitución no sólo dispuso entonces que los indígenas, en su condición de pueblos o de sujetos individuales, puedan reclamar protección en la jurisdicción ordinaria, sino que adicionalmente y rompiendo el monismo jurídico o la legalidad del derecho positivo estatal –dice la Corte Constitucional– permite a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Así lo expresa el artículo 246 C. P.: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales”.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la posibilidad de las comunidades indígenas de administrar justicia conforme a sus propias normas y procedimientos, denominada jurisdicción especial indígena, se encuentra fundamentada, además del artículo 246 de la Constitución Política y de los artículos 8.º y 9.º, en las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, Ley 21 de 1991 (ST-254 de 1994).

– Según la Corte, la jurisdicción especial indígena (art. 246 C. P.), comporta cuatro elementos esenciales:

1. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.

2. La potestad de tales pueblos de establecer normas y procedimientos propios.

3. La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley.

4. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades judiciales nacionales.

El núcleo otorgado a las comunidades indígenas es de: 1. Autonomía jurisdiccional y 2. Autonomía legislativa (SC-139 de 1996, ST-349 de 1996).

Las autoridades indígenas tienen tres facultades en correspondencia con la jurisdicción especial: la de conocer de los asuntos que, de acuerdo con las reglas de competencia, les corresponden (ello presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas y hacer notificaciones); la de resolver el asunto sometido a su consideración; y finalmente, la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales.

Lo anterior demuestra que la jurisdicción indígena es jurisdicción en el estricto sentido de la palabra y debe entenderse que estos elementos son constitutivos de ella. Cabe hacer, no obstante, las siguientes precisiones: de acuerdo con el artículo 246 de la Constitución, la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas va acompañada de la facultad de hacerlo, pero según “sus propias normas y procedimientos”, lo que implica que la forma específica que adquiera cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada pueblo. Son los usos y costumbres los que determinan los conflictos de conocimiento de la autoridad judicial,

los procedimientos que deben realizarse para llegar a una decisión, la forma misma de la decisión y la manera como será usada la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión. Esto conlleva consecuencias muy directas que deben tenerse presentes:

- La constitucionalidad de normas, medidas e intervenciones concretas en las sociedades indígenas que, de ser vulneradas en una u otra forma, afectarían la integridad étnica y cultural.

- El respeto por la diversidad en materia de derechos fundamentales deberá examinarse con el fin de proteger los derechos del pueblo y su integridad en tensión con otros derechos de carácter individual.

- La valoración por los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos internos.

- La validez legal de las decisiones que resuelven conflictos en los pueblos indígenas, así como la inviolabilidad para ser nuevamente juzgados en el sistema nacional.

- La inviolabilidad de las decisiones indígenas; sólo en caso de violación al debido proceso podrían ser revisadas.

Es importante anotar que el significado de la frase: “de acuerdo a sus usos y costumbres” implica nuevos usos y nuevas costumbres, y ellas son muchas veces usos y costumbres apropiados de otras sociedades. Así, el ejercicio de la jurisdicción especial involucra hoy, por ejemplo, fundamentaciones en los derechos humanos que antes se desconocían. Los pueblos tienen el derecho de *autodisposición*, es decir de crear derecho, según la Ley 120 de 1991.

– *La jurisdicción especial indígena como un derecho*

La Corte es aún más clara al respecto cuando reconoce la autonomía de las comunidades respecto a su decisión

de asumir el conocimiento de un caso o no, ya que se presentan eventos en los cuales las autoridades, con base en la ponderación de los efectos que un fallo tendría sobre la comunidad, en uso de su potestad solicitan que la jurisdicción ordinaria nacional actúe. La siguiente orden de tutela así lo expresa:

Consultar a la comunidad Embera-Chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales, de las que hace parte la pena imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento.

En lugar de que obligue la Corte a la comunidad a realizar nuevamente el procedimiento, ordena que se consulte a la comunidad para que sea ella la que decida si aboca el conocimiento del caso nuevamente o no. Y es precisamente esto lo que se desprende del considerar como un derecho y no como una función de las autoridades indígenas el administrar justicia.

En efecto, cuando se atribuye un derecho, se abre al titular la posibilidad tanto de hacer aquello a que se le autoriza—aspecto positivo del derecho—, como de negarse o abstenerse de realizarlo—aspecto negativo del derecho—. Entonces, la importancia de entender el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas como un derecho y no como una obligación radica en que los pueblos indígenas, dentro de la autonomía que se les confiere, pueden decidir si asumen o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia: simplemente está ejerciendo su derecho. Pero también, si la autoridad indígena decide

asumir el conocimiento del caso, y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones (ST-349 de 1996).

– *Debido proceso y pluralismo jurídico*

En el análisis de los procedimientos específicos aplicados por las diferentes comunidades indígenas, la Corte ha considerado en primer lugar que el significado de debido proceso que define la Constitución en su artículo 29 debe ser interpretado como manifestación de la diversidad, porque no existe una sola estructura universal de debido proceso. Dice la Corte:

... de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta.

El reconocimiento de una jurisdicción especial indígena implica el reconocimiento de otros derechos y otros procedimientos; igualmente, que esos otros procedimientos están configurados como referentes culturales. Por ello es posible definir si las actuaciones de las autoridades son debidas o no (ST-349 de 1996, ST-1127 de 2001).

Los jueces no pueden imponer el cumplimiento de requisitos e instituciones procesales que no se encuentran contemplados por un pueblo, pues ello equivaldría a la imposición de una específica cosmovisión, lo cual atenta contra el principio constitucional del pluralismo (ST-523 de 1997).

La Corte consideró que la comunidad indígena Embera-Chamí no viola el derecho de defensa del sindicato cuando pronuncia una segunda sentencia en su contra, con el fin tanto de subsanar irregularidades del primer

veredicto como de adecuar el procedimiento a las reglas de la tradición.

Es importante resaltar que en el pueblo Embera-Chamí, quien tiene la competencia jurisdiccional es la comunidad. La decisión había sido tomada por las autoridades del cabildo y no por la comunidad en pleno, según lo impone la tradición (ST-349 de 1996).

La Corte consideró también que la comunidad indígena Embera-Chamí no viola el debido proceso cuando pronuncia una segunda sentencia en contra del sindicado, imponiendo una condena más grave (ST-349 de 1996).

Así mismo, la Corte opinó que la ausencia del sindicado de la reunión en la cual se le impone una sanción no viola su derecho de defensa si sus parientes estuvieron presentes, ya que, según la tradición, éstos representan los intereses del acusado porque la comisión de un delito enfrenta a los patrilinajes del ofensor y del ofendido, razón por la cual estas conductas tienen repercusiones colectivas y no meramente individuales (ST-349 de 1996).

En otro caso, la Corporación estimó que la comunidad indígena Paez no violaba el derecho de defensa del sindicado cuando durante las actuaciones judiciales, no le permitía ser asistido por un abogado sino por un miembro activo de la misma, según lo mandaban las normas tradicionales (ST-523 de 1997).

De igual modo, cuando se examinan los procedimientos que utiliza una autoridad, y éstos, al parecer del juez, no son "tradicionales", es importante comprender que la tradición no puede ser entendida como un proceso de clonación, es decir de prácticas y procedimientos que se repiten de la misma forma en que los hacían los antepasados, toda vez que "el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico". Lo que se requiere es el cumplimiento de

aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social". El derecho de autodisposición, es decir de crear derecho está contemplado en la Ley 21 de 1991 (ST-523 de 1997).

Con base en lo anterior, la Corte ha considerado que la interiorización colectiva de una estipulada prohibición, cuya infracción implica la imposición de una determinada sanción por parte de una comunidad social con un alto grado de cohesión social, da cuenta del principio de tipicidad y, por ende, suple la exigencia de que los delitos y las penas sean establecidos en forma escrita y taxativa (art. 29 C. P.).

Aunque en la Constitución se define una ley de coordinación, la Corte nunca ha dudado del significado y vigencia del mandato constitucional y no se queda, como sucede en otros países (en los que a pesar del mismo reconocimiento y de la comprensión cabal de que las autoridades ejercen estas funciones) no se ha "legalizado" la jurisdicción hasta tanto haya una ley de coordinación.

El ejercicio de la mencionada jurisdicción, dice la Corte, no se encuentra supeditado a la expedición de ninguna clase de norma previa legal o reglamentaria, en razón de que se encuentra directamente autorizado por el Estatuto Superior (ST-254 de 1994, SC-139 de 1996).

Lo anterior significa que sí es útil un proceso de inducción entre las jurisdicciones involucradas, que interrelacione los principios con los procedimientos, para alcanzar objetivos y metas concretas. Sirve esta inducción (que ha de hacerse con las autoridades de los pueblos) para orientar las estrategias en aspectos como: qué hacer, cómo, cuándo, con quién, siempre con miras a apoyarse mutuamente.

La Corporación ha estimado que es inconstitucional la norma legal que fije o limite tanto el tipo de sancio-

nes que una comunidad indígena debe imponer para algún tipo de conducta así como la autoridad indígena competente para llevar a cabo el juzgamiento respectivo (SC-139 de 1996).

– Límites jurídicos y éticos a los principios de la diversidad étnica cultural y de autonomía de los pueblos indígenas

La autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Lo anterior establece que, en materia de pueblos indígenas, la Constitución consagra un sistema para la conservación de la diversidad pero en la unidad de la nación (ST-405 de 1993, ST-254 de 1994).

– Tensión entre el sujeto como sujeto de derecho y el pueblo como sujeto de derecho

Cada pueblo puede ser diverso pero también tendrá que participar de los principios, valores y reglas de convivencia nacional, en su carácter de colombiano y miembro de la nación. Estos dos conjuntos de derechos –los diferenciados de grupo y los individuales– pueden, sin embargo, entrar en contradicción. Los derechos individuales, nacidos dentro de la tradición liberal occidental, no necesariamente hacen parte de las cosmovisiones de los grupos indígenas. El despliegue de la autonomía de cada pueblo indígena puede implicar la violación de los derechos individuales de sus miembros. Entonces ¿cuál derecho debe prevalecer: el derecho del grupo o el derecho del individuo miembro del grupo? La respuesta no es fácil siempre. Si se hace prevalecer el derecho del individuo, se está exigiendo que el grupo adopte los valores de la

tradición liberal, monocultural y con ellos una forma distinta de ver el mundo, lo que es contrario a la filosofía que inspira la protección a los derechos de grupo, la cual sostiene que cosmovisiones distintas de la liberal también son valiosas. Si se hace prevalecer el derecho del pueblo, por otra parte, se deja al individuo –que hace parte del mismo pueblo– sin ninguna protección del Estado al que pertenece. La mejor alternativa frente a esta disyuntiva es la del balance o, como planteaba ARISTÓTELES, la de encontrar el justo medio, el término medio.

La Corte ha utilizado herramientas de interpretación que son aportaciones muy valiosas. La definición de mínimos jurídicos, los llamados test de igualdad, para definir si una persona se encuentra en igual situación que otra, o si el trato que se da a una persona es igualitario o es discriminatoriamente negativo, son valiosísimas contribuciones. Igualmente hay que destacar la posibilidad de proporcionar el impacto de una decisión (SC-530 de 1993, ST-384 de 1994).

Dado que los pueblos se resistieron al Estado monocultural conservando y manteniendo muchas manifestaciones de sus culturas, para no homogeneizarse como colombianos iguales, muchos de estos usos y costumbres –ha manifestado la Corte, bajo la consagración del principio de diversidad étnica y cultural– se encuentran en tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Este conflicto se presenta puesto que mientras el principio de diversidad persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e incluso contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el sistema de derechos fundamentales se basa en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones (ST-254 de 1994, SC-139 de 1996, ST-349 de 1996).

Sin embargo, este conflicto entre principios, derechos y valores –que representa un parámetro e interrogante para definir límites– no exime al Estado de su deber, consignado en el artículo 2.º de la Constitución, de responder para proteger los derechos de todas las personas –en su calidad de ciudadanos individuales– y de reconocer en los pueblos, como sujeto colectivo de derecho, las diferencias y necesidades particulares que surgen de la configuración de un pueblo indígena y/o de la pertenencia de personas a pueblos culturales específicos.

Puesto que los pueblos indígenas y sus comunitarios no hacen parte de un Estado independiente y no son ellos mismos Estados independientes, es importante que sean tratados con consideración pero como nacionales distintos. Este tratamiento justo implica, por una parte, el reconocimiento, como pueblos, de los derechos diferenciados de grupo; y por otra, el reconocimiento a los individuos, en tanto individuos, de los derechos que se conceden a los demás ciudadanos. En particular, es importante la garantía de la no discriminación por su pertenencia a grupos indígenas.

A partir de esta construcción de la diferencia, se define como principal derecho de los pueblos indígenas el de la autonomía, que implica que un pueblo puede tomar las decisiones que son vitales para su permanencia como grupo, es decir, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas. Esta ética colectivizada, que manifiesta la búsqueda de la vida de un pueblo, puede verse en el siguiente ejemplo, muestra de esta condición extraordinaria de adaptación y toma de decisiones para poder seguir siendo un pueblo distinto, con una cultura alterna. Este caso confirma cómo, en los pueblos indígenas, existen diferentes formas de gobernarse, de manejar la autoridad y de dar solución a asuntos diversos. Estas formas hacen parte de la juris-

dicción especial indígena, la cual enfatiza el carácter de derecho de los pueblos indígenas, a la luz de la teoría de los derechos diferenciados de grupo y de la posibilidad de regirse por instituciones propias. La Corte Constitucional reiteró que se trata de una potestad, de una atribución, que la Constitución hace a las autoridades de los pueblos indígenas en el artículo 330, que confiere a los pueblos indígenas la posibilidad de gobernarse con autoridades propias, según sus usos y costumbres.

Los Tikuna decidieron modificar el sistema de organización social y parentesco –nada menos– fundado en una vieja tradición que dividía a toda la población en dos grandes bloques. Cada una de las llamadas mitades concebía un número determinado de clanes. Así, una mitad o grupo estaba configurado por la pertenencia a un grupo de los animales que andan por el aire y el otro grupo de los que viven en la tierra. De esta manera, cada persona del clan Gavilán o del clan Hormiga conocía ciertos deberes y derechos, como el de que para casarse debía buscar pareja por fuera de su propio clan y de su propia mitad. Al llegar un número de petroleros blancos, dejaron a varias mujeres embarazadas y a muchos niños sin identidad o identificación, dado que el padre es el que sucede el nombre del clan y, por supuesto, aquellos hombres no podían heredar un clan. Los Tikuna deciden entonces inventar un tercer campo, superando la división en mitades y darles a estos niños el nombre de un clan bastante identificado con el mundo blanco: el de clan Vaca¹⁹.

Por ser los pueblos indígenas, y cada una de las personas que los configuran, un sujeto colectivo de derecho,

19. Seminario ICBF, Florencia, 1994.

la Corte ha destacado que las restricciones, limitaciones y prohibiciones a que están sometidos los sujetos individualmente y los pueblos indígenas mismos, como portadores de una cultura diferenciada en principios, valores y modos de vida, definidos y protegidos bajo los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas, surgen y emanan del texto constitucional: “Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus estados territoriales” (art. 1.º C. P.).

El análisis de esta norma muestra los elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades de gobierno y judiciales, propias de los pueblos indígenas (C-139 de 1996).

En el proceso para la armonización y búsqueda de equilibrios, el Estado debe tener cuidado de no valorar excepcionalmente una cultura e imponerla como concepción del mundo, pues vulneraría dos principios constitucionales: el pluralista (arts. 1.º y 2.º C. P.) y el de la igualdad que debe existir entre todas las culturas (arts. 13 y 70 C. P., ST-523 de 1997).

Frente a este conflicto por un universalismo o por un relativismo, la Corte ha optado por una posición intermedia. No prefiere un universalismo extremo, que borra la diferencia y lo homogeneiza todo, ni por un relativismo cultural incondicional, que lo permite todo también. Sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural (ST-428 de 1992).

Se tendrá que ponderar si frente a un derecho en conflicto que se busca proteger en particular, éste es un derecho de mayor peso o monta que el de la diversidad (SC-139 de 1996).

Los casos de derechos individuales en conflicto frente a la diversidad permiten ejemplificar esta situación. En

una parte de la balanza está el derecho a la diversidad expresado en la posibilidad de mantener los propios usos y costumbres culturales, por ejemplo:

- No suceder tierra a los hombres, por cuanto el sistema de parentesco es matrilineal y la sucesión de bienes también

- Determinar y buscar que una muchacha contraiga matrimonio prescrito

- Mutilar el clítoris de las niñas

- Matar brujos

- Incomunicar a un muchacho respecto a su madre como castigo

- Ser arhuaco y protestante

La protección a la diversidad (art. 7.º C. P.), como principio general, sólo podrá ser coartada y restringida cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales, (art. 246 C. P.), y/o legales (art. 330 C. P y SC-139 de 1996, ST-1127 de 2001).

La Corte ha dejado sentado que, aunque la Constitución y la ley definen límites a la jurisdicción indígena –la obligatoriedad de no vulnerar derechos–, no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La pregunta de fondo es: Al restringir un derecho ¿se vulnera la existencia misma del pueblo? ¿O más bien se vulneran los derechos referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”: el derecho a la vida, a la integridad del cuerpo, a no ser esclavizado y a un debido proceso, o legalidad del procedimiento, y de los delitos y de las penas (art. 29 C. P.), aquello que bajo ninguna circunstancia puede ser vulnerado por estricto mandato constitucional?

Para poder establecer que el derecho a la diversidad étnica y cultural no prevalece cuando esté en tensión con

estos derechos o mínimos jurídicos y por lo tanto ellos son obligatorios para todos los colombianos sin distinción de etnia, raza o cultura, la Corte argumentó cómo sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; pertenecen al grupo de derechos intangibles que son reconocidos por todos los tratados internacionales de derechos humanos; no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado. Con relación al derecho a un debido proceso, la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” del pueblo indígena particular, lo cual supone la precedencia de los mismos respecto al juzgamiento de las conductas. En cuanto a esta última (ST-496 de 1996, ST-523 de 1997, ST-1127 de 2001), la Corte indicó que:

... [no podía] ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades [y precisó que] para determinarlo deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como las características de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte.

Otro aspecto de la jurisdicción especial indígena del que la Corte se ha ocupado con atención es el relativo a la

coordinación, en materia penal, entre aquélla y la jurisdicción nacional. Frente a este tema, la Corporación parte de reconocer que la principal consecuencia que se deriva de la consagración constitucional de una jurisdicción especial indígena es el reconocimiento de un derecho de los miembros de esas comunidades a un fuero. Sin embargo, este hecho no determina que siempre que un indígena se encuentre implicado en un hecho punible deban ser las autoridades de la comunidad a la que pertenece quienes hayan de juzgarlo.

A juicio de la Corte, el fuero indígena establece que un sujeto trasgresor debe ser juzgado, primero, si el suceso ocurre dentro de su territorio; y, segundo, si se violan las normas y procedimientos de su comunidad. En caso de concurrir ambos elementos, las autoridades tradicionales adquieren plena competencia. Si la conducta llevada a cabo por el indígena trasciende los límites del territorio y afecta a quien no es miembro de la comunidad, se presentan dos posibilidades: la primera, que la conducta sólo sea sancionada por el ordenamiento nacional, caso en el cual la competencia corresponderá a las autoridades judiciales nacionales, las cuales, de todos modos, deberán examinar si el trasgresor indígena se encontraba en capacidad de entender que su acción era antijurídica en la otra sociedad. Si ello es así, la competencia quedará definitivamente radicada en las autoridades nacionales. Si, por el contrario, al indígena, por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta, según el ordenamiento nacional, era reprochable, las autoridades nacionales deberán considerar devolver al individuo a su entorno cultural. También es posible una tercera situación: que la conducta, al mismo tiempo, sea considerada desviada por ambos ordenamientos, nacional e indígena, lo cual hace necesario determinar el grado

de conciencia que tiene para actuar antijurídicamente. Con base en esta prueba se define si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos (ST-496 de 1996, ST-523 de 1997).

En opinión de la Corte, la diferencia valorativa que es necesario utilizar en el caso de juzgamiento de indígenas se origina en el reconocimiento de las diferencias de los individuos dentro de una determinada sociedad, quienes desarrollan formas diversas de pensamiento fundadas en cosmovisiones y racionalidades distintas, que no pueden ser equiparadas con inmadurez psicológica o con trastornos mentales. En suma, la Corporación ha estimado:

En cada caso, debe hacerse un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si, conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que esta incompreensión es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia, ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades.

La Corte estimó que, cuando un indígena que conoce la cultura mayoritaria solicita, bajo el principio de reconocimiento a su condición de sujeto distinto, ser juzgado dentro de su territorio y por las autoridades de la jurisdicción especial indígena,

... como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de los deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República (ST-496 de 1996).

Cuando para salvarse del rigor y vergüenza de ser juzgado por la propia autoridad se solicita ser juzgado por las autoridades nacionales, la Corte otorgó la competencia a las autoridades indígenas (ST-523 de 1997).

– *Sanciones*

En materia de las sanciones impuestas por las comunidades indígenas a sus miembros, la jurisprudencia constitucional ha establecido, con base en el principio de responsabilidad individual (art. 29 C. P.), prohibir las sanciones colectivas. La pena impuesta a un individuo no puede extenderse a sus parientes (ST-254 de 1994).

Tampoco son aceptables sanciones que impliquen un “castigo desproporcionado e inútil” o impliquen graves daños físicos o mentales (ST-349 de 1996, ST-1127 de 2001).

Lo anterior ha sido precisado por la Corte mediante las disposiciones contempladas en la Ley 78 de 1986, según la cual no todo castigo físico constituye tortura o trato cruel inhumano o degradante, sino sólo aquellos cuya entidad implique sufrimientos particularmente “graves y crueles”. Empero, la determinación de la intensidad de una determinada sanción, a fin de establecer si se trata o no de tortura o de un trato cruel, inhumano o degradante, sólo puede hacerse a la luz de las circunstancias del caso concreto (duración de la pena, efectos sobre la integridad física o mental del condenado, el sexo, la edad, las condiciones de salud, el contexto socio-político, etc.) (ST-523 de 1997, ST-1127 de 2001).

– *Castigos indígenas constitucionales no contemplados en la jurisdicción nacional*

Cuatro tipos de castigos no están contemplados por el ordenamiento jurídico nacional (ST-254 de 1994, ST-523 de 1997):

– *La expulsión de la comunidad*: En relación con la sanción de expulsión de la comunidad, la Corte Constitucional estimó que no se inscribía dentro de la prohibición constitucional del destierro (art. 34 C. P.), la cual sólo hacía referencia a la expulsión del territorio del Estado mas no al territorio de las comunidades indígenas, todo lo cual le otorgaba validez a la luz de lo dispuesto por la Carta Política (ST-254 de 1994, ST-048 de 2002).

– *El despojo de parcelas de cultivo*: A juicio de la Corte, el despojo de parcelas de cultivo como sanción a quien cometa una infracción se encuentra prohibido, como quiera que vulnera la prohibición de la confiscación (art. 34 C. P.). En efecto, la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ostentan sobre sus territorios no constituye argumento suficiente para privar a un individuo y a su familia de su única fuente de sustento, pues los expone a la indigencia (ST-254 de 1994).

– *El cepo*: La constitucionalidad del cepo ha sido igualmente avalada por esta Corporación, que ha opinado que esta sanción no constituye un trato cruel e inhumano (art. 12 C. P.). Según la Corte, esta pena, pese a los rigores físicos que implica, hacía parte de la tradición de la comunidad que la aplicaba (Embera-Chamí), gozaba de aceptación dentro de ésta en razón de su alto grado intimidatorio y su corta duración, y no causaba ningún daño grave a la integridad física o mental del condenado (ST-349 de 1996).

– *El fuate*: Por último, la Corporación ha confirmado la adecuación del fuate a las normas de la Carta Política. En

su opinión, esta sanción, que, según la cosmovisión de la comunidad indígena Paez que la imponía, no pretendía causar un sufrimiento excesivo sino, más bien, constituía un ritual de purificación para toda la comunidad, por cuanto al existir un trasgresor todo está oscuro y debe aclararse. El fueite –equiparado al rayo– debía tocar al sujeto trasgresor para que pasaran a un estado de claridad, tanto él como la comunidad. La función era restablecer la armonía rota por las acciones del condenado. Así mismo, la anotada sanción no producía daños físicos o mentales de una entidad tal que pudieran hacerla asimilable a una forma de tortura, ni implicaba humillación o exposición del individuo al escarmiento público (ST-523 de 1997).

Así mismo, las disposiciones constitucionales que permiten derivar la anterior conclusión resultan complementadas por los artículos 8.º y 9.º del Convenio 169 de la OIT, que es Ley 21 de 1991, conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres, “siempre que éstos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Sin embargo, imponer todo el carácter normativo de la Constitución (art. 4.º C. P.), a los pueblos que son distintos implica su asimilación. ¿Qué se reconoce como diversidad étnica y cultural si se les impone a los pueblos un solo sistema dominante de pensar y actuar? (ST-254 de 1994).

– *Los mínimos jurídicos*

La Corte determina entonces que no cualquier norma constitucional o legal prevalece sobre los derechos fundamentales de los pueblos. Esta mirada es fundamental porque en general se considera que por estar un derecho

en la Constitución o en un determinado código es obligatorio. Se desconoce la necesidad de ponderar, entonces, cuál derecho tiene mayor peso.

La Corte manifiesta que “sólo las disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a este principio de diversidad” (ST-428 de 1992, SC-139 de 1996, ST-523 de 1997, ST-1127 de 2001). Ellos son:

El derecho a la vida

El derecho a la integridad del cuerpo

El derecho a no ser esclavizado

El derecho a un debido proceso

Éstos son los cuatro mínimos jurídicos obligatorios para todo colombiano, sin distinción de etnia, raza o cultura. La Corte ha considerado que entre todos los usos y costumbres, como no suceder tierra a los hombres Wayúu, por cuanto participan de un sistema de parentesco matrilineal; determinar y buscar que una muchacha contraiga matrimonio prescrito; castigar con fuese; sacar del propio territorio a un ladrón asiduo, a manera de ejemplos entre muchas otras manifestaciones de la diversidad étnica y cultural, sólo estos cuatro son de mayor monta que el principio de la diversidad étnica y cultural.

La Corte ha considerado “aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad”, lo cual implica que la resolución de tal conflicto debe hacerse a la luz de las características y particularidades de cada caso determinado. La Corporación plantea que ha de tenerse en cuenta, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria. El concepto, muy arraigado entre muchas personas, según el cual las culturas se definen en su grado de pureza por la distancia de una ciudad urbanizada o por el número de objetos o conocimientos

que comparta un pueblo con los “bienes civilizados” de otras sociedades, sólo obedece a un prejuicio (ST-4528 de 1992, SC-139 de 1996, ST-349 de 1996, ST-496 de 1996).

– *Principios de interpretación*

La Corte ha establecido una serie de principios generales de interpretación, fundados en el ya visto axioma según el cual la diversidad étnica y cultural sólo puede ser limitada por normas fundadas en principios de mayor monta (ST-428 de 1992, SC-139 de 1996, ST-254 de 1994).

– *Reglas interpretativas*

Aunque tanto las reglas como los principios definen lo que *debe ser*, sin embargo, presentan diferencias que vale la pena enunciar:

– *Generalidad*: Los principios tienen un grado de generalidad mucho mayor, comparados con las reglas. Esta diferencia, llamada de grado, es considerada como la más importante entre las reglas y los principios.

– *Carácter de su aplicación*: Las reglas son aplicadas a la manera de *todo o nada*, es decir, o es válida una regla y pertinente su utilización –lo cual implica efectos jurídicos–, o no lo es. Por ello, no es posible dejar de tenerlas en cuenta a la hora de tomar una decisión. Las reglas sólo pueden ser cumplidas o incumplidas.

Los principios, por ser indeterminados, difusos e indefinidos para ser aplicados, necesitan someterse a interpretación jurídica, que permita proporcionar o derivar a favor o en contra de una decisión. Los principios tienen una dimensión de obligación que se hace evidente cuando se presentan tensiones.

– *Mandatos de optimización-cumplimiento gradual*: Los principios son descritos y su cumplimiento puede ser

gradual. Si existen diferencias estructurales entre reglas y principios, también son distintos las salidas y procedimientos para conciliar entre principios o entre reglas. Entre dos principios reconocidos como válidos en el sistema jurídico, la solución no será eliminar del ordenamiento jurídico uno de los dos o introducir una excepción en la utilización del principio en el caso determinado. Las tensiones entre principios (como normas de igual jerarquía) deben ser resueltas por medio de una ponderación. Es decir, se trata de encontrar en el caso concreto cuál de los dos o más principios tiene mayor peso para adoptar la decisión. Al principio que tiene menor peso se le determina un menor valor, pero no puede declararse inválido ni puede eliminarse del ordenamiento jurídico. Por ello: ¿qué valor darle a la integridad del cuerpo desde el punto de vista de la diversidad cultural?, ¿qué valor darle a un registro civil desde el punto de vista de la diversidad cultural? ¿o a una educación diferenciada?

El conflicto entre reglas se resuelve declarando la inhabilidad de una de ellas o introduciendo una excepción a la aplicación.

Los derechos fundamentales son derechos abstractos y, de hecho, no tendrían ningún valor si se considera que el derecho lo otorga una regla. En este caso, una regla podría admitir cualquier excepción y haciendo excepciones se podría remover el derecho por completo. Por tal razón, los derechos fundamentales deben ser consagrados bajo la forma de principios y, según la teoría constitucional, son considerados como derechos y es una obligación de los Estados garantizar su cumplimiento de la mejor forma posible, tanto fáctica como jurídicamente. Esto quiere decir que la decisión no siempre es del tipo blanco o negro, sino que puede encontrarse una salida diferente. Por ejemplo, en el caso de un sujeto individual indígena que tiene conflictos con su comunidad porque quiere hacer

lo que le viene en gana, no se puede respetar el derecho de un pueblo a su integridad desechando el derecho al desarrollo de la libre personalidad o a la libertad de culto. Pero como los derechos de ese individuo no se pueden restringir al punto que desaparezcan, entonces se admite que pueda desarrollar su libre personalidad o sus prácticas religiosas por fuera de las condiciones reales de ser indígena en ese pueblo, en el que tiene unos deberes y derechos específicos (SU-510 de 1998).

La interpretación de la nueva Constitución no sólo busca una solución al caso particular, sino también la delimitación precisa de un campo de legalidad. El modo de argumentar debe ajustarse a los cánones de la razonabilidad y por ello la decisión adquiere mayor responsabilidad, pues no la concibe como si se derivara sólo de una norma legal, sino de un principio constitucional. Para desempeñar esta tarea se deben realizar algunos pasos para establecer el contenido de las normas, pero ante todo para fundamentar las diversas razones que llevan a tomar una determinada decisión.

– *Comprensión de la norma*: En este paso se busca una primera aproximación a la norma para definir el problema jurídico por resolver.

– *Comprensión y contrastación*: Es decir, se contrastan y contraponen las normas con las circunstancias y los hechos más relevantes en el caso concreto.

– *Concretización*: Es un proceso mediante el cual se determinan los contenidos de las normas constitucionales para optar por salidas a los casos, a partir de la utilización de diversos argumentos y de la fundamentación de las razones a favor o en contra de los mismos. Se hace necesaria la utilización de métodos tradicionales de interpretación con el objeto de delimitar el texto de la norma constitucional y posibilitar su comprensión.

– *Control de antecedentes jurisprudenciales*: La utilización de la jurisprudencia es fundamental porque aporta una mayor comprensión del caso.

– *La motivación de las decisiones*: Se constituye en un mecanismo de control de la sociedad multicultural, que exige decisiones fundamentadas, resultado de un ejercicio argumentativo en el cual queden satisfechas tanto las fuentes normativas del sistema jurídico para aseverar la seguridad jurídica, como las circunstancias más relevantes del caso concreto.

– *Legitimación*: Si se tiene en cuenta que las normas constitucionales son indeterminadas, vagas y borrosas, deben ser aplicadas las normas de la forma más racional posible, de modo que realmente se realice el Estado multicultural.

– *Principios, reglas y realización del Estado multicultural*

– *Principio n.º 1*: A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.

La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha fijado la regla según la cual la protección que la Constitución Política otorga a la identidad e integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas y a sus usos y costumbres tradicionales tiende a ser mucho más intensa cuanto mayor sea la preservación de la identidad y de los usos y costumbres tradicionales de la comunidad indígena de que se trate. Cuanto mayor sea el grado de aculturación, menor será el grado de protección que la Carta dispense a su integridad étnica y cultural (SC-058 de 1994, ST-254 de 1994, SC-394 de 1995, ST-349 de 1996, ST-496 de 1996, ST-523 de 1997).

– *Principio n.º 2*: Los derechos fundamentales constitucionales establecen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.

– *Principio n.º 3*: Las normas legales de orden público de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando no vulneren directamente un valor superior al principio de diversidad étnica y cultural.

– *Principio n.º 4*: Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (ST-254 de 1994).

– *Economía y reducción de principios*

Estos principios fueron reducidos posteriormente a dos reglas específicas de ponderación:

– *Regla n.º 1*: Si se trata de medidas necesarias para salvaguardar un interés de superior jerarquía.

De este modo el derecho individual de un indígena –bajo la concepción liberal de sujeto de derecho– se considera de menor valor si vulnera el derecho a la vida del sujeto colectivo, por ejemplo.

Al contrario, si un pueblo, por sus usos y costumbres, prescinde de los mínimos jurídicos de acuerdo con sus creencias, esta diferencia no es considerada valiosa.

– *Regla n.º 2*: Si se trata de la medida menos gravosa para la autonomía que se reconoce a las comunidades indígenas (ST-346 de 1996, ST-496 de 1996, ST-523 de 1997).

En relación con los límites a los que se encuentra sujeta la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la Corte ha considerado que las normas y procedimientos indígenas se encuentran sometidos al respeto del sistema de derechos fundamentales consagrado en la Carta Política (ST-254 de 1994).

– *Constitucionalidad de normas, medidas e intervenciones que afectan la integridad étnica y cultural*

En relación con la tensión entre libertad religiosa e integridad étnica y cultural, la Corte declaró inexequi-

bles los artículos VI y XIII del Concordato entre Colombia y la Santa Sede, en los cuales se establecían, entre el Estado y la Iglesia Católica, contratos con el fin de realizar misiones para convertir la población indígena –portadora de diversidad de lenguas, sistemas religiosos, de familia y de derecho distintos– en colombianos homogeneizados según las directrices y valores de la sociedad mayoritaria católica, monogámica, de derecho positivo y hablante del castellano. La Corte consideró que este “régimen especial dado a la Iglesia Católica” violaba las disposiciones constitucionales en las cuales se confieren a las comunidades indígenas posibilidades de asumir la conciencia de su propia identidad, y los derechos a la autodeterminación y al autogobierno. Sin embargo, señaló que la Iglesia Católica puede actuar en los pueblos, si éstos la aceptan, para desarrollar obras y programas que propendan por su bienestar social y su desarrollo (SC-027 de 1993, ST-342 de 1994).

También la Corte se pregunta si las autoridades indígenas están legitimadas por la Constitución para restringir la libertad de cultos de sus miembros, con el fin de proteger la integridad de su cultura; si las medidas impuestas por las autoridades arhuacas restringen la libertad de culto de la minoría religiosa en conflicto; si las autoridades pueden legítimamente restringir o impedir el acceso a territorio indígena de congregaciones religiosas ajenas a sus tradiciones con el fin que éstas expandan su credo dentro de la cultura minoritaria (SU-510 de 1998).

La Corte se ocupó de resolver la acción de tutela por medio de la cual una serie de personas pretendía que se ordenara a la Asociación Nuevas Tribus de Colombia que abandonara el sitio de Laguna Pavón, en el departamento del Guaviare. La Corte estimó que las actividades del grupo religioso no interferían el derecho a la autodeter-

minación de los indígenas, manifestado en su posibilidad de optar por lo que a su juicio ellos crean más conveniente (ST-342 de 1994).

A juicio de la Corporación, la libertad religiosa, consagrada en el artículo 19 C. P., manifestada en la posibilidad de difundir los propios credos religiosos, comporta el deber de no pretender, por la fuerza u otro medio ilegítimo, la homogeneización religiosa ni cultural del grupo al que se predica. En este sentido, la mera diferencia entre una cierta cosmovisión indígena y la filosofía de un grupo religioso no es causa suficiente para derivar, en abstracto, una vulneración a la integridad étnica y cultural del grupo indígena. Deben existir pruebas suficientes con base en las cuales fundamentar una vulneración de esta índole. Empero, en este caso, la Corte consideró que la reticencia de la asociación religiosa demandada, en suministrar a la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno la información necesaria para que esta entidad pudiera llevar a cabo las labores de vigilancia que el ordenamiento le ha adscrito, constituía una amenaza de violación a los derechos fundamentales a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos de la comunidad indígena. En consecuencia, se ordenó a la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno que asumiera y ejerciera todas sus competencias legales y reglamentarias a fin de controlar que las actividades del grupo religioso demandado se llevaran a cabo dentro del marco constitucional y legal (ST-342 de 1994).

En cuanto a la preservación de determinadas prácticas y creencias tradicionales de las comunidades indígenas, esta Corporación se ha pronunciado (ST-384 de 1994). El Estado, dice la Corte, está obligado a suministrar a un recluso indígena enfermo, si éste así lo solicita, tra-

tamiento medico conforme a los conocimientos y a las prácticas tradicionales de la comunidad indígena a la que el enfermo pertenece (ST-214 de 1997).

Las normas legales que reglamentan el ejercicio de la medicina y la cirugía, y que exigen títulos de idoneidad para el mismo, no son aplicables a las prácticas llevadas a cabo por “brujos, chamanes o curanderos indígenas”, que se dediquen a su oficio según sus “prácticas ancestrales”, como quiera que su actividad está protegida por el artículo 7.º de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural (SC-377 de 1994).

Por último, la Corte ha afirmado que, en materia de expedición de documentos de identidad, los indígenas se encuentran en circunstancias de igualdad frente a los restantes ciudadanos colombianos, razón por la cual no vulnera su derecho a participar en la vida política del país el hecho de que la Registraduría Nacional del Estado Civil no se traslade a los resguardos indígenas para llevar a cabo procesos de cedulación. Por este motivo, si un indígena desea que le sea expedida la cédula de ciudadanía, debe acercarse, como todo ciudadano, al lugar donde el Estado presta tal servicio (ST-305 de 1994).

El Consejo de Estado ha determinado la constitucionalidad de registrar civilmente a los niños, niñas, jóvenes o adultos pertenecientes a pueblos indígenas (art. 27 C. P.); protege así el derecho a que sean inscritos en el Registro Civil y que de acuerdo con sus usos y costumbres se denominen, según el sistema de parentesco matrilineal o patrilineal.

El cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones ciudadanos por parte de indígenas también ha sido discutido por la jurisprudencia constitucional. En materia de prestación del servicio militar obligatorio (art. 216 C. P.),

la Corte estimó que el artículo 27-b de la Ley 48 de 1993 (en el cual se establecía que “los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica” estaban exentos –en todo tiempo– del cumplimiento del deber ciudadano antes anotado) no vulneraba el derecho a la igualdad, como quiera que consagraba un trato diferenciado cuya finalidad atendía a un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, como es la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación; y era razonable, como quiera que la ausencia física de un indígena de su comunidad puede afectar la vida de ésta. La Corte agregó que la norma protege no al indígena individualmente considerado sino a la comunidad como sujeto colectivo. A juicio de esta corporación,

... el mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura [razón por la cual sólo es aplicable] a los indígenas que vivan con los indígenas [y no a] los indígenas que vivan con el resto de la población colombiana o con los mismos hábitos que ésta (SC-058 de 1994).

En este mismo sentido, la Corte estimó que la protección de los valores propios de las culturas indígenas constituía razón suficiente para sustentar la constitucionalidad del artículo 29 del Código Penitenciario y Carcelario, según el cual el cumplimiento de detención preventiva o pena privativa de la libertad por parte de indígenas podía hacerse en establecimientos carcelarios especiales. La Corporación precisó que la norma anotada “se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos” (SC-394 de 1995).

Por último, la Corte también se ha ocupado de la relevancia constitucional de las obligaciones adquiridas por el Estado frente a las comunidades indígenas. Es el

caso del acuerdo suscrito entre el gobierno nacional y la comunidad indígena Wayúu del municipio de Manaure, destinado a proteger

... los derechos fundamentales a la dignidad, a la vida, a la salud, al trabajo, a la igualdad, a la paz y a la integridad étnica de la comunidad Wayúu mediante la creación de condiciones para el desarrollo social de la comunidad como etnia de especial significación.

En este caso, la Corporación consideró que el incumplimiento por parte del gobierno de las obligaciones adquiridas mediante el anotado acuerdo amenazaba el derecho fundamental a la integridad étnica y cultural de la comunidad indígena afectada, como quiera que los derechos contemplados por el acuerdo eran de vital importancia para la supervivencia de esa comunidad. Por este motivo, la Corte estimó que la acción de tutela era el mecanismo procesal adecuado para demandar el cumplimiento de obligaciones contractuales adquiridas por el Estado frente a comunidades indígenas, siempre y cuando el acto contractual involucrara obligaciones tendientes a la supervivencia cultural del grupo étnico (ST-007 de 1995).

Se configuran por lo tanto en la nación, con base en esta extraordinaria jurisprudencia, salidas múltiples que muestran avances y retrocesos. Sin embargo, frente a lo que sucede en otros países, en Colombia se ha dado una política de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, que magistralmente sorteas situaciones de pluralismo jurídico imponentes. Entender por ejemplo que “resulta claro para la Corte que no se les pueden aplicar” todas las normas constitucionales y legales, pues de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico” es una muestra de ello. Tratar

cuatro castigos de diferentes pueblos –castigos no existentes en la jurisdicción ordinaria– como constitucionales reafirma esta aseveración; aceptar como prueba judicial creencias justificatorias de acciones determinadas, como el castigar con fueite, para que el sujeto transgresor pase a un estado de claridad, muestra el rostro democrático y abierto de abogados y jueces capaces de aceptar los supuestos del otro. Posibilitar la práctica de su cultura, de su derecho, de su autonomía, y la realización de los intereses de un pueblo particular, manifiesta un proceso edificante, es decir, un asunto nuevo y dispuesto de modo diferenciado respecto a los cánones tradicionalmente utilizados hasta el momento.

VIII. EL CONVENIO 169 DE LA OIT, COMO PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD PARA EL FORTALECIMIENTO DE UNA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO

Si bien la jurisdicción especial indígena tiene la competencia para actuar en su territorio y de acuerdo con sus usos y costumbres, algunos casos son examinados y sancionados en la jurisdicción ordinaria, en los que ella es, de acuerdo con las reglas, la competente. Queda claro entonces que todo hecho punible cometido por un indígena no necesariamente es de competencia de la jurisdicción especial. En estos casos, los jueces tienen, de todos modos, el deber de realizar una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural realizando un tratamiento diferenciado. El Convenio 169 de la OIT, que además es ley de la República, manifiesta la necesidad de dar un tratamiento especial no sólo para el juzgamiento propiamente dicho sino para la definición del castigo. Es necesario probar mediante un referente de cultura si el

sujeto transgresor tiene o no capacidad de conocer que su acto es antijurídico para la sociedad que lo juzga.

En la sociedad colombiana conviven portadores indígenas de sus propias *marcas* culturales. Ellos, como transgresores, no siempre tienen esa condición, por lo que muchos deben ser sancionados como simples criminales por acciones antijurídicas que lo son también en la sociedad de la que hacen parte. En concreto, no pueden ser juzgados bajo el precepto de errores de comprensión. Este aporte de ZAFFARONI plantea novedades teóricas de peso en relación con esta forma peculiar de pluralismo que hemos considerado, que es producto de diversos fenómenos de aculturación. También nos hemos detenido en dicho análisis porque, a la par de los aportes técnicos, ofrece estimable información e interpretación, nutrida en una sólida perspectiva transdisciplinaria. Aunque ZAFFARONI no menciona el tema específico del pluralismo, sus fundamentos y elaboraciones permiten atender el problema de la diversidad cultural y la coexistencia de distintos ordenamientos desde la perspectiva del derecho estatal. Ya se ha visto con cuánto énfasis defiende el derecho a la propia cultura de cada pueblo y de cada individuo. Aunque no lo exprese de forma explícita, es obvio que ZAFFARONI considera el derecho como una forma paradigmática de expresión de lo cultural.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTH, FREDRIK. "La organización social de las diferencias culturales", en *Los grupos étnicos y sus fronteras*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- BARTOLOMÉ, MIGUEL ALBERTO. "La represión de la pluralidad. Los derechos indígenas en Oaxaca", en *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie E, n.º 59, 1994.

- BARTOLOMÉ, MIGUEL ALBERTO. "El derecho a la existencia cultural alterna", en *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie E, n.º 59, 1994.
- BENÍTEZ, HERNÁN DARÍO. "Jurisdicción especial indígena: implicaciones de su consagración institucional", Ponencia en el Seminario sobre Jurisdicción Indígena, Popayán, 1997.
- CÁRCOVA, CARLOS MARÍA. *La opacidad del derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1998.
- Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Ediciones Emfasar, 1994.
- CHAÍN LIZCANO, GUILLERMO. "La acción de tutela según la jurisprudencia del Consejo de Estado", *Pensamiento Jurídico*, n.º 7, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Estado, derecho y luchas sociales*, ILSA, Dupligráficas, 1991.
- DOUGLAS, MARY. *¿Cómo piensan las instituciones?*, Madrid, Edit. Alianza, 1996.
- GROS, CHRISTIAN. "Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia", *Revista Análisis Político*, n.º 19, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, 1993.
- HOEKEMA, ANDRÉ J. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El Otro Derecho*, 26-27, ILSA, Dupligráficas, 2002.
- JIMENO SANTOYO, GLADIS y otros. *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas*, Bogotá, División de Asuntos Indígenas M. G., Edit. Prisma, 1998.

MINISTERIO DE GOBIERNO. *Política del Gobierno para los pueblos indígenas*, Dirección General de Asuntos Indígenas, Bogotá, 1995.

PEÑA, JAIRO IVÁN. "Comprensión y razonamiento", en *Ideas y Valores*, n.ºs 90 y 91, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1992.

PEÑA, JAIRO IVÁN. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1994.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional, 2000.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas Sociales, Unibiblos, 1998.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. "Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano", en *América Indígena*, vol. LVIII, n.ºs 1 y 2, 1998.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. "Melicio Cayapú Dagua está preso, mi Sargento. Estado de normas, Estado de rupturas", en *Antropología Jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*, Bogotá, Sociedad Antropológica de Colombia, Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, 1992.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. "Peritaje antropológico: una forma de conocimiento. El otro derecho", en *Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*, n.º 2, Bogotá, ILSA, Bibliográficas, 1992.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. "Costumbre, cultura y ley nacional", en *Grupos étnicos. Derecho y cultura*, Bogotá, Cuadernos del Jaguar, Edit. Presencia, 1987.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. "Un nuevo Concordato para los indígenas de hoy. Política colombiana", *Revista de la Contraloría General de la República de Colombia*, vol. III, n.º 2, 1993.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Manual para la construcción de entendimiento intercultural*, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), 1993.

TAYLOR, CHARLES. *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

WALSH, CATHERINE. "La problemática de la interculturalidad y el campo educativo", Congreso de la OEI "Multiculturalismo, identidad y educación", Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 16 de abril de 2002.

INVESTIGACIÓN EMPÍRICA
ESTUDIANTES DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

PLURALISMO JURÍDICO: DERECHO A LA VIDA
EN UN ESTADO PLURICULTURAL Y MULTIÉTNICO

Johanna Alexandra Cifuentes García
Derman Vásquez Alejo¹

Resumen/Summarie

[Palabras claves: derechos humanos, derecho a la vida, dignidad humana, vida digna, sujeto de derechos]

Los derechos humanos se encuentran en constante evolución, porque su propósito es servir como respuesta adecuada frente a las diferentes necesidades que se presentan en una sociedad. Por lo anterior, su concepción actual no puede ser la misma que tenían al momento de su surgimiento. El derecho a la vida, el más importante según gran parte de la doctrina, no es ajeno a ello.

En un comienzo, la vida fue entendida como una función meramente biológica, por lo que el derecho a la vida fue concebido exclusivamente como protección

1. Estudiantes de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

de dicha función, y se entendía sólo como deber de las personas el no atentar contra la existencia de los seres humanos. En aquel momento, la vida era predicable única y exclusivamente del individuo.

Posteriormente, gracias a la aparición del Estado social de derecho, toma gran importancia en la esfera jurídica la dignidad humana, término que, al ser unido con la vida, abre paso a la vida digna. Desde aquel momento, los individuos tienen derecho no sólo a vivir, sino a hacerlo de manera digna, a vivir bien.

Tras el surgimiento de los llamados derechos colectivos, en el mundo surge la idea de la existencia de derechos cuyos titulares no serían individuos, sino un número plural de sujetos, o más aún, sujetos colectivos de derecho, entendiendo por éstos, sujetos plurales diferentes a los miembros que los conforman. Las comunidades indígenas, por sus características especiales y diferenciadas, son ahora consideradas como sujetos de derechos.

Considerar un grupo de personas como un sujeto de derechos, y no sólo como un grupo común, encarna la necesidad de proteger sus cualidades especiales. Saber cuándo un grupo de personas es realmente un sujeto de derechos es una cuestión que se plantea fuera de escenarios jurídicos, pues un sujeto de derechos no es creado por normas jurídicas, sino por una realidad sociológica y antropológica que conduce a los individuos a unirse para crear un nuevo ser, que, aunque los agrupa, es diferente a ellos.

Los llamados derechos humanos colectivos encuentran su origen en la materialización de unos principios, dentro de los cuales, en el caso de las comunidades indígenas, podemos nombrar el pluralismo, la diversidad étnica y cultural y la autonomía. Estos principios deben ser vistos en concordancia con la dignidad humana, porque el res-

peto y protección de la cosmovisión de las comunidades indígenas hace parte de dicha dignidad.

Lo que hemos dicho ha abierto la posibilidad de hablar del derecho a la vida de las comunidades indígenas, entendiendo por éste el derecho a su subsistencia, es decir, el derecho a conservar sus tradiciones, usos y costumbres, y a determinar su vida conforme a los mismos y a su visión del mundo.

Juridical pluralism: right to life in a multicultural and multiethnic state

[Keywords: human rights, right to life, human dignity, dignified life, a subject of rights]

Human rights are in constant evolution because their purpose is to be an answer for the different needs that appear in society. Therefore, today's conception of human rights cannot be considered the same as when they were conceived. The right to life, the most important right according to a great part of the doctrine, cannot be excluded from this situation.

At the beginning, life was understood merely as a biological function, and for that reason the right to life was conceived only to protect that function, being an obligation for everyone not to attempt against the existence of human beings. At that time, life was only a concept for the individual.

Later, thanks to the appearance of the Social State of Law, the human dignity became very important in the legal area, and when it was joined to the concept of life, opened a passage to the worthy life. From that moment, the individuals have the right, not only to live, but also to do it in a worthy way, to live well.

After the sprouting of the so-called collective rights, in the world arose the idea of the existence of rights whose holder would not be the individuals, but a plural number of subjects, or even more, collective subjects of right, understanding by these, plural subjects different from the members that conform them. The indigenous communities, due to their special and differentiated characteristics, are considered now as subjects of rights.

To consider a group of people as a subject of rights and not only as a common group embodies the necessity to protect their special qualities. To know when a group of people is really a subject of rights is a matter that is established outside legal scenes, since a subject of rights is not created by legal norms, but by a sociological and anthropological reality that leads individuals to unite in order to create a new being, that although it groups them, it is different from them.

The so-called collective human rights find their origin in some principles, within which, talking about the indigenous communities, we can name the pluralism, the ethnic and cultural diversity, and the autonomy. These principles must be seen in accordance to human dignity, because the respect and protection to their vision of the world is a part of that dignity.

What we have said, has opened the possibility of talking about the right to life of the indigenous communities, understanding by this the right to their subsistence, that is, the right to preserve their traditions, usages and customs, and to determine their life according to them and to their vision of the world.

INTRODUCCIÓN²

El presente artículo resume los aspectos más relevantes expuestos en la investigación titulada de la misma manera, dirigida por el Centro de Investigación en Política Criminal –CIPC– de la Universidad Externado de Colombia. Esta labor busca configurar el derecho a la vida de las comunidades indígenas de manera teórica.

Los derechos humanos nacen como respuestas adecuadas a los problemas sociales, políticos y culturales que se viven en un lugar y un tiempo determinados, por lo que se encuentran en constante evolución, cambio y desarrollo. El derecho a la vida no debe ser ajeno a dicha dinámica.

El derecho a la vida ha sido entendido por los instrumentos nacionales e internacionales y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana como el primero de los derechos humanos, sin el cual todos los demás carecerían de sentido. Pero, ¿en qué consiste el derecho a la vida? Tradicionalmente, ha sido concebido desde un punto de vista biológico; es decir, se le ha entendido como el conjunto de funciones vitales que permiten asegurar la subsistencia de los seres vivos. Sin embargo, con el surgimiento del llamado Estado social de derecho y con la gran importancia que ha venido adquiriendo el concepto de dignidad humana, se ha ido abriendo paso en Occidente una nueva corriente que habla de vida digna, entendiendo que los seres humanos tenemos derecho no sólo a vivir, sino, más aún, a vivir bien.

2. El presente artículo resume la investigación titulada “Pluralismo jurídico: derecho a la vida en un Estado pluricultural y multiétnico”, desarrollada dentro de la línea de investigación “Justicia y política criminal”, convocada por el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia y dirigida por las doctoras MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y CIELO MARIÑO ROJAS.

El principio de dignidad consagrado dentro de nuestro sistema jurídico en la Constitución Política, cuando es unido con el pluralismo, con la autonomía y con la diversidad étnica y cultural, entre otros, ha conducido a algunos doctrinantes a contemplar la posibilidad de predicar el derecho a la vida de ciertas colectividades.

Para hablar de los derechos humanos de las comunidades indígenas y, dentro de los mismos, del derecho a la vida, es necesario analizar los principios anteriormente nombrados, con miras a erigirlos como los pilares sobre los cuales se construyen tales derechos. Esta labor contribuirá a la formación de un criterio de tolerancia cultural, muy necesario en un país pluricultural y multiétnico como lo es Colombia. Igualmente, brindará elementos de discusión sobre las diversas interpretaciones de las normas que consagran los principios de pluralismo, diversidad étnica y cultural, autonomía y dignidad, todo lo anterior enfocado desde la perspectiva del derecho a la vida de las comunidades indígenas.

Es necesario tener presente que plantear la existencia del derecho a la vida de ciertas colectividades –en este caso concreto de las comunidades indígenas– no significa en ningún momento atacar el derecho a la vida individual. En realidad, lo que se busca es darle a la vida un alcance diferente al tradicional, que permita predicarla tanto de sujetos individuales como de sujetos colectivos, siendo dos derechos diferentes, con contenidos, alcances y configuraciones distintas.

METODOLOGÍA

Para la elaboración de la investigación se recolectó información proveniente del trabajo de investigación cualitativa, articulando los datos empíricos con los teóricos.

El proceso de investigación cualitativa se divide en tres grandes partes, a saber: definición de la situación-problema, trabajo de campo e identificación de patrones culturales. A su vez, estas partes se subdividen así:

– Definición de la situación-problema: Exploración de la situación y el diseño.

– Trabajo de campo: Recolección de datos cualitativos y organización de la información.

– Identificación de patrones culturales: Análisis, interpretación y conceptualización inductiva³.

A través del procedimiento cualitativo se recolecta información proveniente de la realidad, fundamentada en las percepciones de las personas consultadas. Para la obtención de dicha información se planteó a los entrevistados un caso hipotético, según el cual el gobierno de un país, que quiere “educar” a los miembros de una comunidad indígena, introducía en su seno prácticas y costumbres que les eran ajenas, lo que provocó pérdida de identidad por parte de sus miembros.

Por su parte, la labor investigativa teórica consistió en la recolección y estudio de los instrumentos que, a nivel nacional e internacional, consagran los principios de dignidad, autonomía, diversidad étnica y cultural, y pluralismo, para analizarlos en concordancia con aquellos que consagran el derecho a la vida. Igualmente, se acudió a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana al respecto, y a estudios sobre el tema.

El trabajo de investigación empírica, a su vez, consistió en la realización de 24 entrevistas a diferentes expertos de la sociedad mayoritaria⁴ y de las sociedades tradicionales

3. Cfr. ELSY BONILLA y PENÉLOPE RODRÍGUEZ. *Más allá del dilema de los métodos*, Bogotá, Uniandes, 1997, p. 76.

4. Se usa este nombre aunque en la doctrina no hay unanimidad acerca de la conveniencia o no de su utilización.

en el tema de los derechos humanos de los indígenas. A los entrevistados se les plantearon dos clases de preguntas: unas generales (preguntas núcleo del tema), y otras que debían ser respondidas teniendo en cuenta el caso hipotético planteado. Las entrevistas realizadas fueron las siguientes:

EXPERTOS DE LA SOCIEDAD MAYORITARIA

NOMBRE	FECHA	PROFESIÓN	INSTITUCIÓN
Richard Tovar	23/08/04	Sociólogo y abogado	Universidad Externado de Colombia-Centro de Estudios Intedisciplinarios
Pilar Rueda	27/08/04	Antropóloga	OXFAM G. B.
Ricardo Peñaranda	27/08/04	Historiador	Universidad Nacional de Colombia-IEPRI (director)
Luis Emil Sanabria	27/08/04	Biólogo	Redepaz
Claudia Gutiérrez	27/08/04	Abogada	Magíster en derechos humanos
Guillermo Villegas	01/09/04	Abogado	Centro Jurídico Comunitario (director)
Juan Carlos Gamboa	01/09/04	Historiador	Asesor de asuntos técnicos
Carlos Zambrano	03/09/04	Antropólogo	Universidad Nacional (docente)
Juan Fernando Jaramillo	13/09/04	Abogado	Corte Constitucional (magistrado auxiliar)
Juan Carlos Preciado	15/09/04	Abogado	Fundación GAIA (asesor asuntos técnicos)
Ana María Jiménez	16/09/04	Abogada	Comisión Colombiana de Juristas (investigadora)
Rodrigo Uprimny	16/09/04	Abogado	Corte Constitucional (magistrado auxiliar)
Camilo Borrero	17/09/04	Abogado	CINEP (investigador)

AUTORIDADES INDÍGENAS

NOMBRE	FECHA	COMUNIDAD	INSTITUCIÓN
Antonio Agreda	28/08/04	Inga	Fundación Pakari
Fernando Cardozo	01/09/04	Pijao	Representante indígena
Gabriel Muyui	02/09/04	Inga	Delegado de la Defensoría del Pueblo para Asuntos Indígenas
Isaías Romero	06/09/04	Huitotos	Médico tradicional
Francisco Tisoy	08/09/04	Inga	Gobernador Inga
Alirio Chingal	08/09/04	Pastos	ONIC
Tomás Sánchez	09/09/04	Huitotos	Asesor de Asuntos Indígenas
Enrique Tuntaquimba	09/09/04	Pastos	Gobernador
Nelson Tuntaquimba	09/09/04	Pastos	Músico
Alfonso Fonseca	11/09/04	Muiscas	Gobernador
Oswaldo Zafirekudo	13/09/04	Huitotos	ONIC

Por razones metodológicas, tanto en el informe final de la línea de investigación como en el presente artículo, sólo se insertan cuatro entrevistas, a saber:

1. PILAR RUEDA
2. RODRIGO UPRIMNY
3. GABRIEL MUYUI
4. FRANCISCO TISOY

La concreción del análisis de la investigación se divide en cuatro partes: en la primera, se incorporan las diversas teorías de los derechos humanos desde la perspectiva de las colectividades; en la segunda, se estudian los derechos humanos colectivos; en la tercera y cuarta parte se trata el tema del derecho a la vida colectiva, haciendo énfasis –en el último capítulo– en el caso de las comunidades indígenas.

RESULTADOS

Para configurar el derecho a la vida de las comunidades indígenas, es necesario conocer, en primer lugar, la evolución histórica de los derechos humanos.

La concepción de los derechos humanos ha ido cambiando y evolucionando a través del tiempo, con lo cual ha buscado responder de manera adecuada a las necesidades humanas que han ido surgiendo. Por esto, es un error considerar que tales derechos son inmutables y estáticos, pues su nacimiento y desarrollo responden a la necesidad de proteger ciertos derechos, considerados como esenciales en un momento histórico determinado para la existencia de los seres humanos. Dicha mutabilidad ha llevado a diferentes corrientes del pensamiento jurídico a otorgarles un contenido y alcance diversos.

Aunque dicho intento ha sido emprendido por muchos doctrinantes, las teorías que más fuerza han adquirido se inscriben dentro de las dos escuelas tradicionales del pensamiento jurídico: los iusnaturalistas y los positivistas. Para la escuela iusnaturalista, los derechos humanos son aquellos derechos inherentes e innatos a la naturaleza humana. De allí que su origen radique “en la naturaleza del hombre, en su razón, o en otra realidad superior a la ley positiva humana”⁵. Por su parte, los positivistas postulan que los derechos humanos son los derechos fundamentales, entendiendo por éstos “aquellos derechos que son reconocidos como tales en un orden jurídico”⁶. Estas dos posiciones han creado dentro de la doctrina

5. VALLE LABRADA RUBIO. *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento, historia, Declaración Universal del 1º de diciembre de 1948*, Madrid, Civitas, 1998, p. 21.

6. Ídem.

un gran interrogante: ¿Son los derechos humanos, derechos jurídicos o morales? Este interrogante ha tratado de ser resuelto por varios doctrinantes, entre los que se encuentra LUIS VILLAR BORDA, quien sobre el particular expresa: “Si bien los derechos humanos son derechos jurídicos, su fundamentación se hace desde puntos de vista morales, con apoyo en principios morales”⁷. Este autor opta por una posición ecléctica que entiende que aunque los derechos humanos se inspiran en principios de carácter moral, son derechos netamente jurídicos, pues es su inclusión en un ordenamiento jurídico positivo lo que los convierte en tales. Esta posición es la acogida por la mayor parte de la doctrina en la actualidad, lo que ha producido que los llamados derechos fundamentales ocupen un lugar de privilegio dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos positivos.

Como consecuencia de la incorporación de los derechos humanos en los diferentes ordenamientos jurídicos positivos, encontramos la tradicional clasificación que se hace de los mismos en derechos de primera, segunda y tercera generación. Los derechos de primera generación son producto de las revoluciones burguesas de Inglaterra, Norte América y Francia⁸, y buscan los ideales de libertad, la protección del individuo y la limitación del poder del gobernante. Por su parte, el nacimiento de los derechos de segunda generación, llamados también derechos económicos, sociales y culturales, fue consecuencia, principalmente, de las desigualdades sociales que surgieron en

7. LUIS VILLAR BORDA. “Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo”, *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, n.º 9. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 17.

8. Cfr. ERNESTO REY CANTOR y MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. *Las generaciones de los derechos humanos: libertad, igualdad, fraternidad*, Bogotá, Página Maestra Editores, 2002, p. 51.

el mundo tras la revolución industrial. Los derechos de tercera generación, por su parte, son consecuencia, por un lado, del proceso de descolonización que se presentó en el mundo a principios de los años sesenta, y por otro lado, del proceso de globalización; es por ello que esta tercera clase de derechos agrupa, tanto derechos predicables de una sumatoria de individuos –como sucede, por ejemplo, con la paz– como derechos cuya titularidad radica en un sujeto colectivo de derecho, como son las comunidades indígenas.

Considerar una colectividad como un sujeto de derechos y no como una simple sumatoria de individuos encarna la necesidad de proteger las particularidades de ciertos grupos humanos. Saber qué es una colectividad es una cuestión que se plantea fuera de escenarios jurídicos, pues una colectividad no es creada por normas jurídicas, sino por una realidad sociológica y antropológica que conduce a unos individuos a unirse para crear un nuevo ser, que aunque los agrupa, es diferente a ellos. En tal caso habrá derechos predicables de los individuos que conforman la colectividad, y derechos predicables de la colectividad considerada en sí misma.

Las comunidades indígenas son sujetos de derechos, tal como lo ha expresado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. *La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales*⁹ que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible

9. Cursiva fuera del texto.

la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Podía, pues, la comunidad indígena –en cuanto tal– ejercer la acción de tutela, para la defensa de sus propios derechos constitucionales fundamentales¹⁰.

En el ámbito internacional la condición de sujetos colectivos de derechos de las comunidades indígenas ha sido reconocida en el Convenio 169 (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales) de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, aprobado en Ginebra (Suiza) el 27 de junio de 1989, y ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, que en el literal b del artículo 1.º se refiere, no a los miembros de los pueblos indígenas, sino directamente a dichos pueblos.

Los llamados derechos humanos colectivos encuentran su origen en la materialización de unos principios, dentro de los cuales, en el caso de las comunidades indígenas, se destacan el pluralismo, la diversidad étnica y cultural, y la autonomía. Estos principios deben ser vistos en concordancia con la dignidad humana, pues son los que soportan y sustentan el derecho a la vida colectiva.

Antes de analizar concretamente el derecho a la vida de las comunidades indígenas, es pertinente retomar las palabras de RODRIGO UPRIMNY, quien expresa:

La noción de derecho colectivo es ambigua porque puede referirse a dos cosas que son distintas. Puede referirse a derechos como el medio ambiente que en algunas terminologías jurídicas se llamarían intereses

10. Corte Constitucional. Sentencia T-380 del 13 de enero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

difusos, es decir, bienes que sólo se pueden gozar colectivamente, pero en el sentido que yo no podría gozar del medio ambiente puro y mi vecino no; o todos gozamos del medio ambiente o nadie goza de él. O como la seguridad pública o la defensa nacional. Son lo que llamarían los economistas bienes públicos a los que se atribuye una titularidad colectiva, pero que en el fondo están referidos a derechos de los individuos, no a derechos de colectividades. Y la otra es la atribución a colectividades de personalidad jurídica para darles titularidad de derechos, que es lo que llaman algunos derechos de grupo, o derechos especiales de ciudadanía en la terminología del filósofo canadiense KYMLICKA, o sea, derechos especiales de grupo como derechos, por ejemplo, a la identidad lingüística de determinados grupos, derechos de autogobierno de determinados grupos, derecho de representación especial de las comunidades indígenas. En la Constitución colombiana están los dos englobados bajo la figura de derechos colectivos: de un lado, los intereses difusos como el medio ambiente, y de otro lado, derechos especiales de grupo como los derechos de las comunidades indígenas¹¹.

Es decir, la titularidad de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no radica en cada uno de sus miembros, sino en la comunidad misma, entendida como un sujeto de derechos. Lo anterior es importante tenerlo presente a la hora de saber qué debemos entender por derecho a la vida de las comunidades indígenas.

Para saber en qué consiste el derecho a la vida de las comunidades indígenas, es necesario recordar lo expresado por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-380 de 1993:

11. Entrevista con RODRIGO UPRIMNY YEPES, Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Bogotá, 26 de septiembre de 2004.

Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución¹².

En esta jurisprudencia se reconoce entre nosotros el derecho a la vida de las comunidades indígenas (o a la subsistencia siguiendo la terminología de la Corte Constitucional) entendiéndolo como el derecho a mantener y fomentar su cultura, sus tradiciones, usos y costumbres, a través del autogobierno, de la representación y de la aplicación de los derechos específicamente étnicos.

Como expresa el doctrinante CARLOS BERNAL PULIDO, todo derecho fundamental tiene una estructura triangular compuesta por sujeto activo, sujeto pasivo y objeto¹³. Siguiendo lo propuesto por el doctrinante PULIDO encontramos que el derecho a la vida de las comunidades indígenas se configura así:

– *Sujeto activo*: Los titulares son las diversas comunidades indígenas. No obstante, en materia procesal, para instaurar la acción para la protección de sus derechos, la comunidad indígena afectada o amenazada debe estar representada por cualquier miembro de dicha colectividad, o por el defensor del pueblo y los personeros municipales. Además, de manera extensiva, tal representación puede ejercerla cualquier persona como agente de derechos ajenos, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa (art. 8.º C. P.).

12 Corte Constitucional. Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

13 CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 81.

– *Sujeto pasivo*: El responsable de la protección de este derecho es, principalmente, el Estado. Tal protección debe materializarse a través de políticas que reconozcan, garanticen y protejan la subsistencia de los grupos indígenas. No obstante, los ciudadanos de un Estado pluricultural y multiétnico como el colombiano también tienen el deber de respeto y protección mencionado anteriormente. Todos y cada uno de los miembros de la sociedad colombiana deben respetar y coexistir con las diferentes formas de expresiones culturales, pues todos los integrantes de la comunidad pueden verse beneficiados, de manera directa e indirecta, de las riquezas culturales¹⁴ que los grupos indígenas poseen. Por último, los miembros de la respectiva comunidad indígena afectada o amenazada también deben preservar y promover su autenticidad y originalidad, porque si ellos son los principales interesados en su protección deben procurar desde dentro la supervivencia de su comunidad.

– *Objeto*: Se refiere a las conductas que vulneren o amenacen la cultura, las tradiciones, las costumbres y los usos, el autogobierno, la representación y los derechos específicamente étnicos. Es pertinente incluir como objeto de este derecho los atentados que se realicen contra los dirigentes y autoridades tradicionales indígenas, ya que son la base de su cultura y guía del “plan o proyecto de vida” de la comunidad. Además, en algunos casos, incluso poseen un carácter espiritual o sacro, por lo que su ausencia puede llevar a la desintegración del grupo humano o colectividad determinada.

14 Entendidas como conocimientos ancestrales de diversas culturas de un Estado multiétnico y pluricultural, como el colombiano.

CONCLUSIONES

1. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el derecho de las colectividades indígenas ha tenido un desarrollo amplio en cuanto a los principios de autonomía, diversidad étnica y cultural y pluralismo, con el fin de rescatar y mantener la identidad de las diversas comunidades indígenas. Sin embargo, sigue existiendo, en la praxis, una negación para aceptar el pluralismo jurídico.

2. El derecho a la vida de los grupos indígenas es reconocido y protegido por la legislación colombiana, como se aprecia en la Sentencia T-380 de 1993. Este aspecto es retomado por otras sentencias, entre ellas la SU-039 de 1997, que señala: “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales”. Dentro de esos derechos se encuentra el derecho a la vida, y esto implica el derecho a la vida como colectividad.

La noción de vida en un Estado pluricultural y multiétnico debe adecuarse para garantizar la subsistencia de las colectividades, más específicamente de los grupos indígenas, teniendo en cuenta los principios y valores como el respeto, la tolerancia y la diversidad. En el medio colombiano, el concepto de vida preponderantemente individualista, que responde a la visión occidental, debe ser cuestionado. El excesivo individualismo ha llevado a la sociedad colombiana al desconocimiento de ciertos grupos, y particularmente de los pueblos indígenas, con lo cual se está posibilitando la desaparición de tales comunidades nativas.

3. El derecho a la vida de las colectividades indígenas, desde el punto de vista teórico, pertenece a los derechos fundamentales de tercera generación, pero para su protección se requiere de un análisis de los aspectos que

incorporan los derechos fundamentales de primera y segunda generación, con relación a la vida y los derechos sociales, económicos y culturales, respectivamente, en tanto que la comunidad indígena se manifiesta como un sujeto colectivo.

4. La vida de las colectividades, específicamente de las comunidades indígenas, se debe visualizar en un contexto amplio, ya que cada pueblo indígena, de acuerdo con la cosmovisión que maneja, posee una concepción diferente de la vida y de la dignidad humana. De allí que ese concepto de “vida” tenga que verse de la mano con los principios de autonomía y diversidad.

5. El concepto de vida debe tener un espacio que involucre un real desarrollo político, social, económico y cultural, donde los diversos individuos agrupados, conscientes de su elección o cultura, puedan palpar el reconocimiento y respeto de sus derechos.

6. Los comportamientos se desarrollan socialmente. No se puede olvidar que la persona es un ser social y político, determinado por el grupo al que pertenece, situación que se percibe de manera más clara respecto de los grupos indígenas, en los que, por decirlo de algún modo, es el grupo el que determina el papel del sujeto, y éste se siente como parte integrante de un todo, y no como una pieza separada e independiente del mismo.

7. La coexistencia de dos sistemas jurídicos, como el nacional y el tradicional o ancestral, pueden llegar o no a contraponerse y esto obliga a plantear un diálogo transcultural. Para tal efecto, se podrían seguir los planteamientos de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: en consecuencia, entre cosmovisiones que tienen sistemas, principios y conceptos jurídicos únicos no asimilables, es necesario observar las divergencias de éstos desde cada una de las cosmovisiones en forma cruzada y no aisladamente.

La posible solución podría encontrarse en los principios de dignidad humana y autodeterminación o autonomía de los pueblos, fundamentados no sólo desde la cultura occidental, sino desde parámetros transculturales, bajo la aplicación y aceptación de los derechos colectivos.

8. Es indispensable la ponderación de los derechos individuales y colectivos, de tal manera que la aplicación de unos no sea la supresión total de los otros y el derecho individual se encuentre comprendido en el derecho colectivo. La necesidad de la ponderación se hace necesaria por un fenómeno lingüístico que afecta la disposición por la indeterminación, es decir, cuando no se sabe qué implica el derecho o principio y sólo se conoce su nominación, máxime en el caso del principio de la diversidad étnica y cultural.

9. La vida de los individuos que conforman las colectividades, en particular de los pueblos indígenas, no sólo es un fenómeno biológico *per se*, sino también es una interacción social, en la que es indispensable el mantenimiento de la dignidad; asimismo, la vida colectiva es un instrumento de conservación de la armonía y del equilibrio social. De esto se desprendería que el derecho a la vida de las colectividades indígenas es necesario para conservar el derecho a la vida de sus integrantes.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT. "Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios", *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, n.º 28, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamen-*

tales vinculante para el legislador, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BONILLA, ELSSY y PENÉLOPE RODRÍGUEZ. *Más allá del dilema de los métodos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1997.

BOROWSKI, MARTÍN. "La estructura de los derechos fundamentales", *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, n.º 25, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. "El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. II, Bogotá, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. "Hacia la concepción de los derechos humanos", *Revista Análisis Político del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales*, n.º 31, mayo-agosto de 1997, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena", en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: la Jurisdicción Especial Indígena*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, Consejo Regional Indígena del Cauca, Ministerio del Interior - Dirección General de Asuntos Indígenas, 1997.

HOEKEMA, ANDRÉ. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *Revista El Otro Derecho: pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, n.ºs 26-27, abril de 2002, Bogotá, ILSA, 2002.

IGNATIEFF, MICHAEL. *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003.

KYMLICKA, WILL. *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

KYMLICKA, WILL. *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.

LABRADA RUBIO, VALLE. *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento, historia, Declaración Universal del 1º de diciembre de 1948*, Madrid, Civitas, 1998.

LÓPEZ CALERA, NICOLÁS. *¿Hay derechos colectivos?: individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000.

MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO; CARLOS FERNÁNDEZ LIESA y CÁSTOR DÍAZ BARRADO. *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

ORTIZ RIVAS, HERNÁN. "Reflexiones sobre derechos humanos", en *Estudios de derecho*, vol. 54, n.ºs 119-124, marzo-septiembre de 1995.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

PISCIOTTI CUBILLOS, DOMÉNICO. *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular)*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2001.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 21.ª ed., Edit. Espasa Calpe, 1998.

REY CANTOR, ERNESTO y MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. *Las generaciones de los derechos humanos: libertad, igualdad, fraternidad*, Bogotá, Página Maestra Editores, 2002.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como mecanismo para la construcción del entendimiento cultural*, 2.^a ed., Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

SÁNCHEZ THORIN, ANDRÉS. "Derechos colectivos: materia prima para la construcción del Estado social de derecho", en *Su Defensor, periódico de la Defensoría del Pueblo para la divulgación de los derechos humanos*, Bogotá, año 2, n.º 15, octubre de 1994.

SARTORI, GIOVANNI. "Los fundamentos del pluralismo", en XVI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Berlín, 1994, SEBASTIÁN MAZZUCA y CHRISTIAN SCHWARZ (trads.), *Revista La Política*, n.º 1, Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, Barcelona, Buenos Aires y México, Paidós, 1.^{er} sem. de 1996.

VELÁSQUEZ, CAMILO. *Derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

VILLAR BORDA, LUÍS. "Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo", *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, n.º 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

ZAMBRANO, CARLOS. *Apropiación y reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica: antropología jurídica de la globalidad*, México, Colección UDUAL, 2003.

JURISPRUDENCIAS

Corte Constitucional. Sentencia T-452 del 10 de julio de 1992, M. P.: FABIO MORÓN.

Corte Constitucional. Sentencia T-029 del 20 de enero de 1993, M. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

- Corte Constitucional. Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Corte Constitucional. Sentencia T-001 del 13 de enero de 1994, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- Corte Constitucional. Sentencia C-216 del 28 de abril de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
- Corte Constitucional. Sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Corte Constitucional. Sentencia T-342 del 27 de julio de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- Corte Constitucional. Sentencia C-377 del 25 de agosto de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.
- Corte Constitucional. Sentencia C-139 del 9 de abril de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional. Sentencia T-349 del 8 de agosto de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional. Sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- Corte Constitucional. Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional. Sentencia T-102 del 24 de marzo de 1998, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-225 del 20 de mayo de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia T-427 del 18 de agosto de 1998,
M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia SU-510 del 18 de septiembre
de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia SU-520 del 18 de noviembre
de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia T-796 del 14 de diciembre de
1998, M. P.: HERNANDO HERRERA.

Corte Constitucional. Sentencia T-634 del 30 de agosto de 1999,
M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia T-860 del 28 de octubre de
1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

CASO HIPOTÉTICO

I. ANTECEDENTES

En el área central del continente americano, en medio de una vasta región montañosa y bañado por tres de los principales ríos de la región, se encuentra ubicado el pequeño país “xyz”, conocido por su gran riqueza en flora y fauna, y por poseer una de las redes fluviales más importantes del continente, la cual le ha permitido mantener relaciones comerciales con los demás países de la región. Su principal actividad económica es la agricultura, pues cerca del 90% de su territorio está formado por áreas fértiles, aptas para el desarrollo de dicha actividad.

“xyz” no es un país exportador. Pese a ello, ha celebrado algunos acuerdos comerciales con los países vecinos, lo que le ha permitido venderles productos como maíz, papa y derivados lácteos.

En xyz son más grandes las áreas rurales que las urbanas. Cerca del 80% de su población se encuentra ubicada en áreas rurales, mientras que las áreas urbanas se encuentran reservadas para los ejes políticos y comerciales del país. La mayoría de la población rural es analfabeta, mientras que la población urbana, en la mayoría de los casos, ha cursado al menos un posgrado.

Pese a su gran riqueza en recursos naturales, cerca del 70% de su población, es decir, aproximadamente 20 millones de habitantes, son pobres. Lo anterior se traduce en niveles altísimos de analfabetismo, desempleo y desnutrición. Esta situación ha tratado de ser cambiada por los diferentes gobiernos, que la atribuyen básicamente a dos factores:

1. Falta de capacitación de los habitantes del país.

2. Como consecuencia del factor anterior, son pocos los que administran las riquezas del país, y por ende son esos pocos los que reciben dinero por la escasa actividad comercial desarrollada por xyz.

xyz es un país en el que subsisten diferentes razas. Por ello su población se encuentra dividida entre blancos, mestizos (juntos representan cerca del 85% de la población), mulatos y algunos grupos indígenas.

xyz es un país democrático y su gobierno es escogido por elección popular. El actual gobernante del país es Samuel Pérez, quien en las elecciones derrotó a José Gómez, quien, en opinión de muchos, representaba exclusivamente los intereses de unos pocos. Por ello la elección de Pérez como presidente de xyz fue aplaudida por la mayoría de habitantes del país, que ven en él la solución para la precaria situación en la que vive la mayoría de la población. Uno de los programas bandera de Pérez consiste en educar y capacitar a la población más apartada del país, para que tenga acceso a empleo y pueda entrar a ser parte del tráfico mercantil de xyz. Pérez pretende realizar tal labor con base en los artículos 88 y 90 de la Constitución Política que consagran lo siguiente:

Artículo 88: Corresponde al gobierno garantizar la educación para todos los habitantes del país.

Artículo 90: El gobierno creará las herramientas necesarias para lograr el efectivo acceso de la población a los medios de producción.

La Constitución Política vigente data de 1935, lo que ha llevado a que algunos de sus artículos, por obsoletos e incluso irreales, hayan sido objeto de reformas constitucionales. Una de dichas reformas, tal vez la más importante, consagra lo siguiente:

xyz reconoce y garantiza la diversidad étnica y cultural. Por ello los pueblos indígenas son autónomos, y queda prohibido al pueblo y a los gobiernos atentar de cualquier manera contra ellos. De igual manera, el Estado se compromete a salvaguardar la riqueza cultural indígena.

Tal reforma fue de gran importancia porque en xyz aún subsisten grupos indígenas muy importantes.

La Constitución Política establece que los tratados firmados y ratificados por el país tienen el mismo valor que cualquier norma constitucional, pero que los que versen sobre derechos humanos son supraconstitucionales, es decir, tienen mayor valor que la Constitución. xyz ha ratificado, entre otros, el Convenio 107 (Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes) y el 169 de la oit (sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes). Igualmente ha ratificado los instrumentos del Sistema Interamericano y ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana.

II. LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En XYZ hay cerca de 25 grupos indígenas conocidos, que representan cerca del 8% de la población del país. El presente caso se relaciona con el grupo indígena Deconimba.

III. EL PUEBLO INDÍGENA DECONIMBA

El pueblo indígena Deconimba, con casi cien mil integrantes, es el más grande e importante de la región norte del país, y ocupa casi una cuarta parte del territorio norte del mismo. Pese a ello, se encuentra muy alejado de la zona urbana de XYZ, pues ésta se encuentra ubicada en la región centro-sur del país.

Los Deconimba no han tenido un contacto constante y directo con la civilización occidental, lo que les ha otorgado la posibilidad de mantener incólume la gran mayoría de sus raíces y costumbres, entre ellas:

- Conservan su lengua.
- La gran mayoría de su población no sabe el español, lengua oficial de XYZ.
- Como su tradición es oral, no leen ni escriben.
- Para llegar a ser sabio, es necesario probar la hoja del “topín”, hierba cuyo consumo se encuentra prohibido por las leyes de XYZ.
- Profesan una gran veneración por los muertos porque, según sus creencias, tras la muerte el alma se purifica y reencarna en algún sabio de la tribu. Por esto quien muere se convierte en su nuevo dios de la sabiduría.
- El *Ficibal* (la autoridad familiar o doméstica) es quien decide sobre la vida y muerte de los descendientes varones, mientras que a la mujer se le respeta siempre la vida, y se le imponen sólo unas cargas menores en los eventuales casos de desobediencia o faltas.

– Los bienes siempre radican en cabeza del *Ficibal*, aunque, en ocasiones, puede otorgar encargos sobre los mismos a sus descendientes varones, pues se considera que las mujeres son incapaces para ello. En el momento de la muerte del *Ficibal*, sus bienes pasan a ser de toda la comunidad Deconimba y no de sus descendientes; sin embargo, el hijo mayor del grupo del *Ficibal* fallecido pasa a ser el nuevo *Ficibal* del núcleo familiar. Así mismo, el *kwegulgga* (autoridad espiritual o religiosa) es quien, por adivinación o interpretación de los sueños, procede a la redistribución de los bienes dejados por el fallecido *Ficibal* entre todas las autoridades familiares de la comunidad.

– La autoridad emana de *Gasunise* (Ley Mayor) que comprende, en primer lugar, *Ogiailb* (el mundo espiritual señalado por los dioses); en segundo lugar, *Ocirinoi* (los recuerdos de la vida de los antepasados); y por último la interpretación de los sueños del *kwegulgga* (autoridad espiritual o religiosa).

– En el matrimonio, el hijo varón pasa a ser parte del grupo familiar de la mujer escogida, quien obviamente debe consentir dicha decisión por afectar a su propio grupo familiar. La autoridad de la familia del novio, en la ceremonia del *Subunac*, realiza un rito de decepción y abandono, por la partida de dicho integrante del grupo, mientras que, en la misma ceremonia, el *Ficibal* de la mujer debe pagar el perjuicio de desprendimiento del hombre de su familia (para medir ese valor se tienen en cuenta las calidades del hombre). El futuro esposo ingresa de esta manera como hijo adoptivo, pero con los mismos tratos que los de sangre. El varón pasa a tener como mujer no sólo a la escogida sino a las hermanas de la elegida, y puede tener relaciones sexuales con las colaterales de su mujer; igualmente, su mujer puede tener relaciones sexuales con

los esposos de sus hermanas. El hijo es de la mujer y de la autoridad familiar o doméstica y no del esposo.

– Su sistema jurídico es considerado de admirable sencillez: de una dureza original, de un espíritu no adulterado por ninguna mezcla, no admite pruebas negativas; quien presenta demanda debe probar y el acusado hacer lo propio con su inocencia; no admite el duelo judicial; carece de partes públicas encargadas de la investigación de actos delictuosos y no posee un tercero imparcial que decida la solución del conflicto. Por el contrario, admite el duelo físico entre las autoridades familiares o domésticas (*Ficibales*): tiene la razón quien somete al otro con habilidad física, porque los dioses lo protegieron. Sin embargo, cuando hay falta o daño de un hijo varón contra un tercero, el *Ficibal* puede eximirse de responsabilidad dando muerte al hijo, como signo de vergüenza, arrepentimiento y respeto. Si la falta o daño son causados por una descendiente mujer, la autoridad familiar se exime de responsabilidad –si la mujer es casada– matando a su marido o hijo adoptivo; si la mujer es soltera, imponiéndole cargas menores a favor del afectado a la descendiente, las cuales generalmente consisten en brindar servicios domésticos por determinado tiempo (el término es acordado por las autoridades domésticas involucradas en el conflicto) a cargo del afectado.

– En cuanto a la autoridad política representativa, existen los *sreckus* (dirigentes mayores de la comunidad). Uno de ellos es escogido por juegos de habilidad física, y el otro lo elige el *kwegulgga* (autoridad espiritual o religiosa), mediante la adivinación o interpretación de los sueños. No obstante, los dos *sreckus* deben escuchar las predicciones del *kwegulgga* y las recomendaciones de los *suinegs* (integrantes del consejo de sabios) para tomar una decisión, la cual es generalmente conjunta y

no unilateral. Por lo tanto, sin el consenso de todos los *srekcus*, no puede tomarse medida alguna. Podemos advertir que la permanencia de los dirigentes es vitalicia, aunque el *kwegulgga* (autoridad espiritual o religiosa) puede tachar de indigno (*Seioob*) a uno de los *srekcus* (dirigentes mayores de la comunidad) con el consentimiento del otro *srekcu*, de tal modo que si es revocado el mandato del *srekcu* elegido por habilidad física, se realizará el rito pertinente, excluyendo al *srekcu* saliente de su participación; si se trata del *srekcu* escogido por el *kwegulgga*, éste elegirá a otro miembro de la comunidad de acuerdo con la interpretación de sus sueños.

– La medicina tradicional (transmitida de generación en generación) es dirigida por el *soterulgga* (médico espiritual), quien trata los males a través del reencuentro de la armonía y equilibrio del alma por medio del *topín*. Principalmente por ello, los Deconimba rechazan la medicina de Occidente, que se centra en el alivio material o corporal.

Su economía se basa en el pastoreo y en la agricultura. Son un pueblo autosuficiente que, por lo tanto, se alimenta sólo de lo que la tierra de su territorio les otorga y no poseen ningún tipo de relaciones de intercambio comercial ni cultural con otros pueblos.

Las mujeres son muy apreciadas por ser ellas quienes dan vida a los sabios. Pese a ello, no tienen acceso al “sistema educativo” de los Deconimba, que se encuentra reservado a los varones hijos y nietos de sabios. Dicho *sistema educativo*, si se nos es permitido llamarle así, enseña las costumbres de los Deconimba y busca capacitar a los varones para ser parte, en un futuro, del consejo de sabios (*suinegs*), que toma las decisiones más importantes del grupo, enseñándoles, principalmente, el uso de la palabra.

La educación comprende, preponderantemente, el desarrollo y manejo de la rudeza física o fuerza, y los juegos infantiles influyen en el desarrollo de la habilidad física. Sin embargo, es necesario señalar que de tal énfasis de educación se excluye a los aprendices de los *kwegulgga* y *soterulgga*, elegidos para tal fin por cada uno de las mencionadas autoridades, de acuerdo con las interpretaciones de los sueños. Como mínimo se escoge uno por año y como máximo tres. El sucesor de dichas autoridades de la comunidad es escogido por mayorazgo, porque según los Deconimba la experiencia y la vejez son signos de confianza, respeto y sabiduría.

La iniciación a la pubertad, para el hijo varón, comienza con relaciones sexuales con todas y cada una de las hermanas de la madre, mientras que para la mujer hija, empieza con el rito del fuego, que comprende la realización de adornos, signos y señales en los senos de la iniciada con un metal caliente; después de esto, debe esperar sin comer hasta la opilación. Con posterioridad a dichos actos o ritos, se procede a realizar la ceremonia de reconocimiento, por parte de la autoridad familiar o doméstica de la comunidad Deconimba, de la nueva situación del integrante de su grupo; en la ceremonia se realiza un baile que describe la seducción y el acto sexual.

Los Deconimba mantienen buenas relaciones con los demás grupos indígenas con asentamiento en el país. Tan es así que hacen parte de la UPIN (Unión de Pueblos Indígenas del Norte) y de la CIX (Confederación Indígena del país XYZ).

IV. PROTECCIÓN LEGAL EN XYZ DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La legislación sobre pueblos indígenas en XYZ es algo más que precaria. Sólo encontramos una enmienda cons-

titucional que no ha encontrado desarrollo por parte del cuerpo legislativo. Pese a lo anterior, no se ha considerado necesario crear más instrumentos jurídicos que regulen lo relacionado con los pueblos indígenas, por entender que, dado el valor otorgado por la Constitución Política a los tratados, éstos se encuentran incorporados en el cuerpo de la Constitución y la protección en ellos consagrada es suficiente a la hora de garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

V. HECHOS DEL CASO

El actual presidente, Samuel Pérez, en época de campaña planteó cuatro programas que serían el eje central de su gobierno. Tras haber sido elegido, su gobierno comenzó a funcionar el 1.º de enero de 2001. Cumpliendo con sus promesas políticas, el gobierno que acababa de iniciarse expidió los decretos 050, 051, 052 y 053 de 2001, cada uno de los cuales ponía en funcionamiento los programas centrales del gobierno de Pérez.

El Decreto 052 de 2001 se encargó de regular lo relacionado con el programa “Para acabar el analfabetismo y la pobreza”, mediante el cual se pretendía dotar a los sectores más olvidados y alejados de la población de XYZ, a través de la educación y de la capacitación, de las herramientas necesarias para participar de la distribución de la riqueza, lo que conllevaría una mejora en el nivel y la calidad de vida de todos los habitantes del país. Para lograrlo, dicho programa tendría dos fases de ejecución, a saber:

Primera fase: Llevar educación básica y capacitación técnica a los sectores marginales del país.

Segunda fase: Otorgar facilidades de empleo a los nuevos capacitados.

Con miras a determinar los grupos de población con mayores niveles de analfabetismo, en el mes de febrero de 2001 el gobierno entregó a las autoridades regionales unos formularios con preguntas precisas, que buscaban establecer los sectores de la población que no poseían al menos los conocimientos básicos en la lengua española, a saber: hablar, leer y escribir.

El gobernante de la región norte, Leopoldo Giraldo, al responder tal cuestionario, estableció que en dicha región los Deconimba eran los de menor nivel en ese tipo de conocimientos.

La ejecución del programa se inició a mediados del mes de julio de 2001, y los Deconimba resultaron ser uno de los grupos que sería “educado”. En sus inicios el programa tuvo éxito, ya que los habitantes del país sentían agradecimiento por la labor emprendida por la Secretaría Social, que les permitía aprender y superarse. Sin embargo, dicho agradecimiento no era generalizado, pues ciertos sectores de la población—como el grupo indígena Deconimba—por el contrario, se sentían amenazados y atacados.

Fue así como a principios de agosto de 2001 al cabildo indígena de los Deconimba llegó a instalarse un grupo de profesores que buscaban enseñar, sobre todo a los más jóvenes, el idioma español y la religión imperante en XYZ. En un comienzo, su presencia fue bienvenida por la mayoría de los miembros de la tribu, que veían en ello la oportunidad de interactuar con el mundo occidental pero sin olvidar nunca quiénes eran los Deconimba, en qué creían y de dónde venían. Pese a ello, el transcurrir del tiempo mostró otra cosa. Al cabo de un par de años, el consejo de sabios, conformado por los cuatro ancianos más importantes de la tribu, y la autoridad espiritual o religiosa, comenzaron a darse cuenta de que sobre todo los más jóvenes estaban dejando de lado sus raíces para adoptar las costumbres occidentales: muchos ya no ha-

blaban la lengua de los Deconimba sino el español; ya no veneraban a los muertos que se convertían en dioses, sino a aquellos que lo eran para su grupo de profesores; los jóvenes aspirantes a sabios no volvieron a consumir la hoja de topín por ser nociva para la salud y por no permitírsele los profesores; dejaron de usar la vestimenta propia de su tribu, para utilizar aquella propia de los occidentales; algunos dejaron su tribu para buscar nuevas oportunidades en la “civilización”; así mismo, se introdujo el matrimonio monogámico entre los Deconimba. Todo ello causó gran preocupación a los más ancianos y a la autoridad espiritual o religiosa, que veían cómo, al perderse poco a poco la esencia de los Deconimba, se atentaba contra la vida del grupo indígena.

VI. ACCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

El 23 de septiembre de 2003, preocupados por la situación generada en el seno de la tribu tras la llegada de los profesores occidentales, el consejo de sabios de los Deconimba decidió dirigir una petición escrita al gobierno del presidente Samuel Pérez, pidiendo por medio de la misma la suspensión de la ejecución del programa “Para acabar el analfabetismo y la pobreza” dentro de la comunidad indígena. Tal petición fue respondida por el señor Jorge López, secretario social, el 8 de octubre del mismo año, en los siguientes términos:

Lamentamos informarles que no es posible acceder a la petición por ustedes presentada ante nosotros, ya que el programa “Para acabar el analfabetismo y la pobreza” es parte integrante de los cuatro ejes fundamentales del gobierno del actual presidente de nuestra República, el señor Samuel Pérez, lo que nos lleva a afirmar que cualquier traumatismo que pueda llegar a presentarse en la

ejecución de tales programas conduciría, por un lado, a la pérdida de credibilidad de nuestro gobernante y por otro lado –lo que es más grave– impediría que nuestro gobierno desempeñara de la mejor manera la labor social con la que se encuentra comprometido. Además, es necesario tener presente que el trabajo que nos encontramos desarrollando dentro de dicho grupo indígena busca exclusivamente mejorar la calidad de vida de sus miembros y, en lo posible, dotarlos de las herramientas necesarias para competir no sólo dentro del mercado laboral sino, de igual manera, en el empresarial.

Ante la negativa del gobierno, el consejo de sabios decidió acudir ante las autoridades judiciales. En virtud de lo anterior, el 14 de octubre de 2003, el grupo indígena Deconimba demandó ante la jurisdicción administrativa la legalidad del Decreto 052 de 2001, por atentar contra la vida del grupo indígena, al desconocer la diversidad étnica y cultural del país. Dicha demanda fue admitida y tramitada por el juez administrativo de Curre, departamento de la región norte. La decisión, dentro de dicho proceso, fue denegar las pretensiones del grupo indígena Deconimba, por las siguientes consideraciones:

1. No es posible considerar que el Decreto 052 de 2001, que desarrolla y regula el programa “Para acabar el analfabetismo y la pobreza” sea ilegal, ya que por medio de éste sólo se busca lograr el bienestar común de los habitantes de nuestro país.
2. Aunque el grupo indígena Deconimba se siente afectado, es necesario precisar que la ejecución del programa dentro de su comunidad redundará en una gran cantidad de beneficios para cada uno de sus miembros y por ende para el grupo y el país.

3. Parar o limitar la ejecución del programa contenido en el decreto objeto de la presente demanda conllevaría un retroceso de la labor iniciada, con gran éxito, por el actual gobierno, lo que afectaría a todos los habitantes del territorio nacional.

La anterior decisión fue apelada por los Deconimba, lo que llevó al Tribunal Administrativo de la región norte a conocer el caso. La medida adoptada por este alto tribunal fue confirmar, en todos y cada uno de los puntos, la decisión adoptada por el juez de Curre.

Debido a la desprotección a la que se enfrentaron los Deconimba tras la decisión adoptada por la jurisdicción administrativa, el grupo decidió acudir ante la Cámara de lo Constitucional, órgano máximo encargado de velar por el cumplimiento de las normas de carácter constitucional, y de salvaguardar los derechos fundamentales de los habitantes de XYZ. Por lo anterior, instauraron un recurso de amparo, pidiendo la protección al derecho fundamental a la vida del grupo indígena. Tal recurso fue tramitado y resuelto dentro de los términos de ley, pero negando la protección solicitada por la comunidad indígena Deconimba, pues la Cámara consideró que en el presente caso no se ponía en peligro la vida de ninguno de los miembros de la comunidad indígena, ya que el programa no afectaba su salud, bienestar o integridad física. Además de lo anterior, la Cámara aclaró que cuando se solicita la protección ante la afectación o puesta en peligro del derecho a la vida, es cada persona –individualmente considerada– quien legítimamente puede acudir al recurso de amparo, pues la vida sólo se predica de la persona humana, no de las colectividades. De igual manera, la Cámara precisó que aunque hay unos derechos predicables de ciertos grupos, la vida no es uno de ellos. Además, los derechos de las colectividades

–consideró la Cámara– son susceptibles de protección por medios diferentes al recurso de amparo, tales como la vía judicial.

VII. TRATAMIENTO ANTE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Los peticionarios (pueblo Deconimba) decidieron poner el caso en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando que el país xyz ha violado su derecho a la vida como comunidad indígena, al no haber respetado:

– Convención Americana sobre los Derechos Humanos: artículo 1.º (consagra el deber de los Estados de respetar las libertades y derechos que se consagran en la convención); artículo 4.º (consagra el derecho a la vida); artículo 5.º (consagra el derecho a la integridad física, *psíquica y moral*); artículo 11 (consagra la dignidad); artículo 12 (consagra la libertad de conciencia y de religión); y artículo 13 (consagra la libertad de pensamiento y expresión).

– Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: artículo 1.º (que consagra el derecho a la vida); y artículo 3.º (establece que toda persona es libre de profesar alguna creencia religiosa y de practicarla).

– Protocolo de San Salvador: artículo 13 (derecho a la educación, conforme a la dignidad de las personas, respetando los derechos humanos y el *pluralismo*).

– Convenio 169 de la OIT: establece la obligación de consultar a las comunidades indígenas antes de tomar determinaciones que las afecten.

Los Deconimba consideran que la violación de todas estas normas se puede resumir en el desconocimiento de su *derecho a la vida colectiva*; es decir, consideran que el Estado xyz está atentando contra el *derecho fundamental a la vida de la comunidad indígena*.

Entienden los Deconimba que tal derecho está integrado principalmente por los usos y costumbres que gobiernan su existencia, pues, en su decir, éstos son “la sangre que les permite seguir vivos como indígenas”.

Consideran igualmente los Deconimba que el indígena, en la gran mayoría de los eventos y como sucede en el presente caso, no puede ser mirado de manera aislada, pues es precisamente su pertenencia a un grupo (comunidad indígena Deconimba) lo que les permite sentirse tales. Por lo tanto, hay eventos en los que no se vulnera al indígena individualmente considerado, sino que se atenta directamente contra la comunidad indígena, entendida ésta como un *sujeto de derechos colectivos*, y no como la agrupación de varios individuos. De allí que en el presente caso se esté atentando de manera directa y grave contra la vida de la comunidad, más que contra la vida de sus miembros individualmente considerados.

La Comisión aceptó el caso y citó a las dos partes en litigio para lograr un acuerdo amistoso. Este intento fracasó, pues el Estado alega no desconocer derechos de los individuos del pueblo Deconimba, y mucho menos del pueblo en sí mismo considerado, mientras el Consejo de Sabios de los Deconimba insiste en el grave perjuicio que les está causando el desarrollo del programa del presidente, pues han perdido su identidad, que, en últimas, es lo único que tienen.

Por lo anterior, el estudio del caso siguió adelante en el seno de la Comisión, que emitió un informe de fondo en el que consideró lo siguiente:

– Las comunidades indígenas son sujetos colectivos de derechos, y por esto de ellas son predicables derechos humanos y derechos fundamentales.

– Las comunidades indígenas son titulares del derecho a la vida (por algunos entendido como derecho a la sub-

sistencia), que se viola no sólo cuando se atenta contra la vida biológica de sus miembros, sino, sobre todo, cuando otros ignoran sus costumbres y creencias, pues son éstas el sustento de su vida colectiva.

– Por lo tanto, se ordena al gobernante del país xyz, Samuel Pérez, abstenerse de seguir con la ejecución del programa “Contra el analfabetismo”, en cualquier territorio indígena del país, y se le ordena de igual manera adoptar en el término de sesenta (60) días las medidas pertinentes para remediar el daño causado, medidas tendientes a preservar la cultura del pueblo Deconimba, y el retorno de sus integrantes al mismo.

ENTREVISTAS

Número de entrevista: 22

Nombre del entrevistador: DERMAN VÁSQUEZ ALEJO

Fecha: 16 de septiembre de 2004

Hora: 2:54 p.m. a 5:15 p.m.

Lugar: Bogotá (Corte Constitucional)

Nombre del entrevistado: RODRIGO UPRIMNY YEPES
(magistrado auxiliar de la Corte Constitucional)

Institución: Corte Constitucional

Presentación: Soy DERMAN VÁSQUEZ, investigador del Centro de Investigación de Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

Comentario general del tema por estudiar. Estamos analizando el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas, frente a la normatividad internacional y nacional.

Metodología:

Se desarrollará por medio de un diálogo. Así mismo, se realizarán las preguntas adicionales necesarias para completar el cuestionario básico.

Ambientación:

Entrevistador: ¿Que le parece si primero empezamos con una presentación acerca de usted?

Entrevistado: Soy RODRIGO UPRIMNY, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y profesor de la Universidad Nacional. He sido profesor en los campos del derecho constitucional, derechos humanos y teoría del Estado.

Cuestionario

– *Núcleo del tema:*

1. ¿Qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

– Entiendo por Derecho Internacional de los Derechos Humanos la normatividad que existe en tratados, y no sólo en tratados sino también en algunos instrumentos que son llamados *softlaw*, como: resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, informes de los relatores internacionales de Naciones Unidas –como los del relator contra la tortura o los de grupos especializados–, y toda la normatividad incluida en esos tratados y contenida en estos instrumentos de *softlaw* que reconocen derechos humanos y establecen mecanismos de protección, para los mismos, en el ámbito internacional.

2. ¿Qué debe entenderse por derechos colectivos en un Estado pluricultural y multiétnico?

– Creo que la noción de derechos colectivos es ambigua porque puede referirse a dos cosas distintas. Puede referirse a derechos como el medio ambiente cuyo carácter se

asemeja al de bienes –lo que llamarían intereses difusos en algunas terminologías jurídicas– es decir, bienes que sólo se pueden gozar colectivamente, pero en el sentido de que mi vecino y yo disfrutemos del medio ambiente puro: o todos gozamos del medio ambiente o nadie goza de él. Algo semejante sucede con la seguridad pública y con la defensa nacional: son lo que llamarían los economistas bienes públicos, a los que se les atribuye una titularidad colectiva pero que en el fondo están referidos a derechos de los individuos, no a derechos de colectividades. La otra noción es la atribución a colectividades de personalidad jurídica para darles titularidad de derechos –lo que algunos llaman derechos de grupo, o derechos especiales de ciudadanía, en la terminología del filósofo canadiense KYMLICKA–; o sea, derechos especiales de grupo, tales como a la identidad lingüística, al autogobierno, a la representación especial de las comunidades indígenas. En la Constitución colombiana están los dos englobados bajo la figura de derechos colectivos: de un lado, intereses difusos como el medio ambiente; del otro lado, derechos especiales de grupo, como los de las comunidades indígenas.

3. ¿Conoce usted alguna normatividad internacional y nacional que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas? En caso afirmativo, enúncielas.

– A nivel nacional hay bastantes. Obviamente está la Constitución, que da derechos especiales de grupo y protege el carácter multiétnico de la nación colombiana, y por consiguiente, protege tanto los territorios de los grupos indígenas como su existencia; está además toda la jurisprudencia de la Corte en desarrollo de esos principios. También hay la ley especial –no recuerdo el

número— de las comunidades negras, que le da derechos especiales de grupo para proteger a esas comunidades. Igualmente, está la protección constitucional especial a la comunidad raizal de San Andrés y Providencia, y el decreto y la ley que regulan los derechos especiales de esa comunidad raizal.

A nivel internacional puedo citar el Convenio de la OIT de naciones y pueblos indígenas —tampoco recuerdo el número, creo que es el 169— que también protege a las comunidades indígenas.

4. ¿Conoce alguna jurisprudencia internacional y nacional que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas? En caso afirmativo, enúnciela(s).

— A nivel nacional está toda la jurisprudencia de la Corte, que es demasiado amplia para citarla aquí. Esta jurisprudencia ha protegido, de un lado, la inviolabilidad de los territorios indígenas; de otro, el derecho a la existencia de las comunidades indígenas, de su no desaparición, la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, etc.

A nivel internacional no conozco mucho. Se que existe una —no la he leído— pero es sentencia de la Corte Interamericana, referida a la comunidad de los Misquitos, creo que es en Nicaragua. Eso es lo que yo conozco. No sé de otras, pero seguramente las hay.

5. ¿Cuál debe ser la concepción de la vida y su respeto, dentro de un Estado pluricultural y multiétnico?

— Ésa es una pregunta muy difícil, pero lo que yo creo es que en un Estado multiétnico y pluricultural, la concepción de vida debe acercarse a la que desarrolló la Corte Constitucional en la sentencia sobre eutanasia,

que, precisamente, trató de defender la idea de que uno debe articular la visión de la vida al reconocimiento del pluralismo, y por consiguiente, puede haber distintos entendimientos sobre hasta dónde llega el carácter sacro de la vida. Por esa razón, uno no podía imponer una sola visión de vida, y, así, no podía haber eutanasia porque eso rompía, precisamente, el pluriculturalismo. Ésas son las razones para que la Corte allí defendiera la idea de unos mínimos; es decir, que en una sociedad multicultural lo que debe estar consagrado en las normas son unos mínimos que permitan, precisamente, la coexistencia de visiones distintas y no concepciones máximas, porque éstas obligarían a que una de las visiones fuera la dominante. Entonces, en una sociedad multicultural, yo creo, debe haber una concepción de mínimos. Ésta es más o menos la idea de RAWLS cuando habla de que en una sociedad pluralista radical, como las contemporáneas, debe haber consensos intercruzados, mediante los cuales logren entenderse todas las visiones del mundo y se llegue a un consenso básico. Por fuera de ese consenso, que es el mínimo, las concepciones máximas—es decir, las concepciones individuales, las concepciones particulares de los grupos— no deben estar consagradas en normas jurídicas con carácter obligatorio, porque rompen el pluralismo.

6. ¿Qué debe entenderse por dignidad humana en un Estado pluricultural y multiétnico?

— Esta pregunta está muy asociada a la anterior. Creo que en un Estado pluricultural y multiétnico, la concepción de dignidad humana debe ser más cercana a la idea kantiana de autonomía y de no instrumentalidad, que a otras nociones que asocian la idea de dignidad humana a la de perfectibilidad, por ejemplo la de las concepciones

tomistas. Es decir, uno debe reconocer como dignidad humana la idea de que las personas y los grupos humanos no deben ser instrumentalizados, que son libres y tienen autonomía, y que deben tener unas condiciones básicas materiales que les permitan vivir dignamente. No se trata de que deban reunir ciertos estándares de perfectibilidad porque eso impondría una concepción de un mundo sobre otro. Un segundo elemento que puede ser interesante en la concepción de dignidad humana en una sociedad multiétnica es la idea que ha desarrollado el profesor BOAVENTURA SANTOS en varios de sus textos, acerca de lo que él llama una hermenéutica diatópica. El nombre es complicado pero uno puede intentar comprenderlo de manera sencilla, y es que en una sociedad pluricultural y multiétnica hay que reconocer que las distintas culturas tienen diferentes ideas de dignidad; y que la idea de dignidad que surja –aquella que sea la base de entendimiento en esa sociedad pluricultural– debe nacer precisamente de un diálogo intercultural; es decir, debe ser un constructo de un diálogo intercultural en el que las distintas culturas ofrezcan las razones de por qué consideran que algo es digno, pero estén dispuestas a ser refutadas o controvertidas por las otras culturas, y que de ese diálogo intercultural surja una visión pluricultural de la idea de dignidad.

7. ¿Conoce acerca de casos en los cuales se haya atentado o se esté atentando contra la vida de las colectividades. En caso afirmativo, ¿podría decirnos cuántos? Detállelo(s) o coméntelo(s).

– Sí. Aquí en la Corte se discutieron varios que tienen que ver con riesgos, digamos, para la existencia de las comunidades indígenas, sobre todo por grandes obras. Por ejemplo, el caso conocido de los U'was y la perforación

para buscar petróleo en su territorio, que ponía en riesgo su identidad y su existencia; o el caso de las comunidades indígenas alrededor de la represa de Urrá; o los casos de comunidades indígenas afectadas por la explotación maderera en el Chocó. Todos ellos han llegado a la Corte por caminos distintos, por vía de tutela.

7.1. En el caso de las fumigaciones con químicos que se están realizando en algunos sectores en donde viven pueblos indígenas: ¿esta clase de actos podría estar afectando la vida de estos pueblos y por qué?

– Yo creo que sí, al menos por dos razones: la primera, porque esos químicos afectan las condiciones de existencia por los efectos tóxicos que tienen; la segunda, porque en ciertas comunidades, debido al carácter sacro –creo yo aunque no soy antropólogo– del particular vínculo afectivo que sostienen estas comunidades con su tierra. Cuando ven su tierra envenenada por esas fumigaciones, creo que ese hecho puede provocar una afectación profunda en la existencia de estas comunidades.

7.2. Algunos grupos indígenas han manifestado que son convocados para realizar algunas propuestas, digamos, para un plan de desarrollo, bien sea municipal, departamental o nacional, y que, en últimas, luego no ven reflejadas en las obras sus propuestas. ¿Esto podría estar afectando el derecho a la vida de las comunidades indígenas y por qué?

– Me parece un poco excesivo, porque yo creo que uno debe reconocer que las propuestas que hagan las comunidades no son obligatoriamente vinculantes; que son propuestas y están sujetas a un debate de deliberación democrática, y que algunas pueden ser aprobadas y otras no. Las comunidades indígenas ya tienen de-

rechos especiales sobre sus territorios y lo que se debe salvaguardar son esos derechos, ya que el hecho de que no se les respeten sí podría tener implicaciones graves sobre la existencia de estas comunidades. Pero, respecto al punto, repito, me parecería excesivo considerar que todo lo que venga de una comunidad indígena tiene que ser aceptado.

7.3. En el caso de la consulta previa, se ha dicho por algunos que no tiene un carácter vinculante u obligatorio. Entonces, bajo este esquema, ¿para qué sirve esa consulta?

– Bueno, hay un debate, digamos, no muy claro, acerca del carácter vinculante o no de la consulta previa. La tesis dominante sostiene que no es vinculante pero otras tesis sostienen que existe cierto grado de vinculación.

Mi posición es que ese carácter depende del tipo de consulta. Puede haber elementos en una consulta que son vinculantes y otros no, pero el hecho de que una consulta no sea vinculante, no la hace inocua ¿Por qué? Porque precisamente ayuda a la autoridad que va a tomar la posición a tener mayor información: el sentido de que yo me obligue a consultar antes de tomar una decisión es que me someto, no a aceptar sino a tener en cuenta la información y la perspectiva de la persona consultada. Eso puede alterar una decisión, digamos, en una buena sociedad democrática: cuando una autoridad consulta, puede pensar que va a hacer A pero después de la consulta, dice: lo mejor es hacer B. Entonces, por eso, el hecho de que una consulta no sea vinculante no la hace inocua.

7.4. ¿En qué casos la consulta podría ser vinculante?

– Por ejemplo, yo creo que en el caso de los U'wa debía entenderse que la consulta tenía ese carácter porque se

relacionaba con una afectación directa de su territorio, pero ésa no es una opinión unánime.

7.5. En la cultura Wayúu, cuando hay una ofensa grave, como un homicidio, puede buscarse una indemnización o pago por la ofensa, por medio del palabrero. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo se presenta un conflicto o incluso la guerra, que podría terminarse al dar muerte a quien ha ofendido inicialmente a la familia. En este tipo de caso, ¿cómo podríamos conciliar el derecho a la vida individual del sujeto-victimario con el derecho a la vida colectiva por el respeto a la identidad, tradiciones y costumbres de los Wayúu?

– Es un tema muy complejo. Yo comparto la jurisprudencia de la Corte, que en estos temas ha dado una amplia autonomía a las comunidades indígenas, pero ha establecido unos límites. Esos límites son una serie de mínimos universalizables que la Corte consideró que se encontraban en los derechos intangibles e inderogables contenidos en los pactos internacionales sobre derechos humanos. Se trata de aquellos derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en estados de excepción; es decir, que la administración de justicia indígena tendría que respetar esos derechos. Dentro de esos derechos estaría la protección de la vida, y por consiguiente, ligada a esa protección, entraría la prohibición de la pena de muerte. Pienso que el respeto a las comunidades indígenas no significa que todas sus prácticas sean admisibles y no sean criticables, e incluso limitables. La razón es que la comunidad indígena se inserta en una sociedad más amplia y tiene que haber unos mínimos universalizables que permitan la coexistencia de las distintas comunidades. A mí me parece que en una sociedad que ha proclamado la no pena de muerte, no se podría permitir que las comunidades indígenas sí la apliquen.

8. ¿De qué manera se expresa el principio de la autodeterminación de los pueblos en un Estado pluricultural y multiétnico?

– Yo creo que no hay un principio de autodeterminación en un Estado pluricultural y multiétnico. Lo que hay es un respeto a la autonomía, que es distinto, porque el principio de autodeterminación implicaría que las comunidades indígenas son pueblos que tienen derecho a constituir sus propios Estados. Pero si uno se va por la vía de que cada etnia, cada cultura, cada pueblo tiene derecho a constituir su propio Estado, pues precisamente uno está yendo en contra de construir unidades étnicas y pluriculturales. Son muy pocos los Estados homogéneos desde el punto de vista cultural y si uno creyera que únicamente puede haber Estados de ese tipo, uno estaría generando una potencialidad de conflictos de secesión en todos los países del mundo. Por esa razón, yo no creo que haya un derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el sentido duro de la palabra, que es el derecho a constituir su propio Estado; lo que hay es un reconocimiento, una autonomía suficiente para la protección y la persistencia de su cultura, pero no se trata de una autodeterminación en el sentido fuerte de la palabra, porque precisamente esos pueblos coexisten en un Estado nacional más amplio, que es multiétnico y pluricultural.

9. ¿De qué manera se expresa y se respeta el principio de la diversidad étnica y cultural en un Estado multiétnico y pluricultural?

– Puede haber muchos mecanismos pero uno de los más desarrollados –precisamente siguiendo a KYMLICKA, y yo creo que la Constitución de 1991 optó por ese modelo– es el derecho del reconocimiento de derechos especiales de

grupo. El primero es la no persecución, obviamente, pero el segundo es el reconocimiento de los derechos especiales de grupo, es decir, el reconocer a ciertas comunidades que además de los derechos generales que tienen todos los colombianos, para proteger su especificidad cultural se les reconoce ciertos derechos especiales ¿Cuáles pueden ser esos derechos especiales? En primer lugar, el derecho al uso de su propia lengua, al manejo de sus propias costumbres; en segundo término, ciertos derechos de autonomía en ciertos territorios, por ejemplo el derecho a tener su propia justicia; y tercero, ciertos derechos especiales de representación política para que sus voces sean oídas mejor en el Parlamento a pesar de ser minoría, lo que también se reconoce con las circunscripciones especiales de minoría que prevé la Constitución.

– *Caso hipotético:*

10. ¿Podría considerarse como una vulneración al derecho a la subsistencia de los grupos indígenas el introducir en su seno tradiciones y costumbres que les son extrañas?

– Es un tema particularmente difícil. Yo creo que ciertas prácticas culturales legítimas en la sociedad nacional, por ejemplo la libertad religiosa, sí pueden erosionar las posibilidades de existencia de ciertas comunidades. Es obvio que la libertad religiosa es un elemento esencial de una sociedad democrática; sin embargo, el introducir en el seno de una comunidad indígena la libertad religiosa radical como un derecho de los miembros de la comunidad puede, digamos, afectar valores esenciales que giren en torno a lo religioso. En esa medida, yo creo que es válida la solución que la Corte Constitucional intentó dar a ese tema, en la sentencia sobre los arhuacos, de admitir que ciertos derechos y libertades que no pueden ser

restringidos en la sociedad nacional sí pueden serlo en el ámbito de la comunidad indígena, en la medida en que la persona que no quiera ver restringidos esos derechos tiene la opción, en todo caso, de salirse de la comunidad indígena y entrar a vivir en la sociedad colombiana en general. Entonces, no hay una anulación de la libertad religiosa sino más bien una restricción, en el sentido de que si usted quiere vivir en esa comunidad indígena y gozar de las prerrogativas que ella le da, eso implica ciertas cargas y limitaciones de sus derechos, y dentro de ellas estaría la de limitar la libertad religiosa en forma que sería inaceptable para el conjunto de colombianos. No obstante, yo creo que esa tesis es válida pero peligrosa, y además, que hay que manejarla con mucho cuidado porque puede llevar a la introducción, en la comunidad indígena, de prácticas de un extremo autoritarismo, que podrían ser no cuestionables por vía de decir que esto afectaría la especificidad de la comunidad indígena. Entonces, yo creo que hay que buscar un equilibrio y pienso que la sentencia sobre los arhuacos lo logra.

11. En caso de ser el gobierno el encargado de introducir dichas tradiciones y costumbres, ¿sería éste responsable de ello? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿hasta dónde llegaría su responsabilidad?

– El Estado tiene no sólo el derecho sino el deber de suministrar ciertos servicios a las comunidades indígenas, por ejemplo, educación, salud, servicios públicos domiciliarios. Pero para que la introducción de esos elementos no altere a tal punto la identidad de la comunidad indígena que pueda poner en riesgo su existencia, tiene que hacerse a través de diálogos interculturales, por medio de mecanismos participativos que se basen en el respeto de la diversidad cultural de la comunidad indígena. En

todo caso, las comunidades indígenas tienen derecho a existir, tienen derecho incluso a dejar de ser comunidades indígenas; es decir, si una comunidad indígena decide, por desarrollos progresivos y de la forma más autónoma posible, abandonar poco a poco sus costumbres y sus usos, pues nada se puede objetar. El problema es cuando ese abandono resulta de la imposición, abierta o tácita, de valores extraños a esa comunidad.

12. Teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, el sistema jurídico, el esquema familiar y la educación de los grupos indígenas difieren de los que se evidencian en la sociedad mayoritaria, al tratar de imponer las costumbres de ésta sobre las de aquéllos, ¿se vulneran algunos derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para los integrantes de dicho grupo? ¿Cuáles y por qué?

– Se podrían vulnerar algunos de los derechos reconocidos por el convenio de la OIT sobre pueblos indígenas, que precisamente establece que debe haber un respeto hacia la especificidad cultural de estas comunidades. Esto me remite a la respuesta anterior, pues el Estado debe suministrar esos servicios dentro de formas de diálogo, participación y respeto de la especificidad de estas comunidades, pero reconociendo que dentro de esa interacción puede surgir el hecho de que la propia comunidad vaya abandonando algunos de sus valores tradicionales.

13. En caso de prohibírsele a un grupo indígena el uso de sustancias o de plantas de carácter curativo –prohibición que pueda llevarla a afectar sus derechos a la identidad, a la dignidad humana y a la salud–, ¿qué recursos le quedan a dicha comunidad para tratar sus dolencias o males? ¿Cuáles serían las consecuencias de esa prohibición?

– Aquí no tengo una respuesta muy clara. Se supone que de todos modos la comunidad puede acceder a otras prácticas médicas no tradicionales para solucionar sus males. La introducción de prácticas de la medicina occidental y la prohibición de algunas de la comunidad no implica la prohibición de otras prácticas médicas tradicionales de otras comunidades. Entonces, posiblemente –pero en eso no soy experto– la comunidad podría encontrar salida en otras prácticas tradicionales. Obviamente allí de nuevo se inscribe el tema del respeto a la especificidad de esas prácticas dentro de los límites de esos consensos entrecruzados básicos, constituidos por los mínimos que permiten la coexistencia en las distintas comunidades.

14. ¿En qué casos se desconoce el principio de la diversidad étnica y cultural respecto de un grupo indígena?

– En aquellos que ya señalé antes, por ejemplo, cuando estas comunidades realizan prácticas contrarias a los principios mínimos de derechos humanos, que la Corte extractó de los derechos inderogables de los pactos internacionales.

15. ¿En qué casos se vulnera el principio de la autodeterminación de los pueblos indígenas (o si lo prefiere, de autonomía)?

– Sí, yo lo entiendo como el principio de autonomía. Yo creo que se vulnera cuando hay una injerencia injustificada en sus usos y costumbres y, aunque suene tautológico, en los derechos de gobierno reconocidos. Porque hay injerencias que son legítimas; por ejemplo, un caso importante –en el que yo creo que la injerencia de la sociedad mayor era legítima– el caso de los mellizos, me parece que era de la comunidad U'wa. Según sus tradiciones, no deben existir mellizos; entonces, cuando nacen, los llevan al

monte para dejarlos morir. Yo creo que eso es algo que, aunque sea muy importante en su cosmovisión, resulta incompatible con valores mínimos de coexistencia de las comunidades. Yo pienso que allí habría una injerencia válida en la autonomía de estas comunidades, ligada un poco al principio de proporcionalidad en materia constitucional. En este caso existe una tensión entre, de un lado, el grado de autonomía de las comunidades y, del otro, el respeto de ciertos valores fundamentales nacionales y la necesidad de una cohesión nacional. Entonces, a mi juicio, habría una injerencia legítima cuando haya elementos de derechos fundamentales o necesidades de cohesión nacional que justifiquen limitar la autonomía de las comunidades.

15.1. ¿Cómo haría usted para equilibrar o armonizar el etnocentrismo y el paternalismo?

– Yo creo que la fórmula que han propuesto algunos y que yo comparto es ésta del diálogo intercultural; es decir, no asumiendo que todo lo que hace otra comunidad, así sea indígena, es bueno, sino atreviéndose a criticar desde nuestra cultura lo que hacen las otras. Al fin y al cabo, hay que hacerlo desde la cultura de uno porque es ella la que le da a uno sus valores; sin embargo, se debe admitir de antemano que es una crítica sujeta al debate de la otra comunidad. Un ejemplo sencillo puede ser el siguiente, relatado en un artículo que escribí acerca de las prácticas punitivas. Hace muchos años, hablaba yo con un abogado de una comunidad indígena y estábamos discutiendo cuáles eran los límites de la jurisdicción indígena. Mucho antes de que existieran sentencias de la Corte, él me dijo que si yo consideraba que el cepe era un castigo admisible; yo le dije que no porque el cepe implicaba un castigo físico y este tipo de prácticas, conforme a los pactos

sobre derechos humanos, eran inadmisibles. Entonces se rio un poco y me dijo: “¡A usted le parece más humano mandar 20 años a la cárcel a un indígena!”. Yo me tuve que quedar callado porque obviamente él tenía razón. Ése es un caso de diálogo intercultural, porque la sociedad occidental quizás se empeñe en mostrar que ciertos castigos indígenas pueden ser excesivos y crueles, pero a su vez la cosmovisión indígena puede mostrar la irracionalidad de ciertos sistemas punitivos occidentales, como la prisión. Así, de ese diálogo intercultural puede nacer, sin paternalismos y sin etnocentrismos, una visión más adecuada de lo que podría ser un sistema punitivo.

15.2. ¿Cómo hacer para establecer la coordinación de jurisdicciones especiales si no se ha dado un fortalecimiento de dichas jurisdicciones?

– Hay unos principios básicos que yo creo que la Corte ha ido decantando y están consignados en varias de sus jurisprudencias. Lo que yo creo que podría hacerse es intentar esa coordinación a partir de esos principios básicos. A partir de esa coordinación podrían fortalecerse recíprocamente las distintas jurisdicciones, nacional e indígena; no hay que esperar a que las dos estén fortalecidas para intentar coordinarlas, puesto que ya hay unos elementos y principios básicos que pueden favorecer una coordinación; la idea sería, precisamente, que gracias a ella salieran fortalecidas estas jurisdicciones.

15.3. En el caso de Ati Quigua, en el que se puso en tela de juicio su curul en el Concejo, ella afirma que en su comunidad ya cumplió la mayoría de edad, ¿cómo analizaría y trataría esta situación?

– Yo no he estudiado en detalle el caso. La Constitución sí establece unos principios muy estrictos respecto

a la edad para ser parlamentario. Habría que entrar a estudiar si uno puede exceptuar de estos requisitos a un miembro de una comunidad indígena. Creo que habría que analizar en detalle el caso para determinar si realmente puede uno exceptuar a los indígenas de esos requisitos de edad que trae la Constitución en materia de acceso al Congreso.

15.4. ¿Allí podría también utilizarse el diálogo intercultural?

– Podría utilizarse, pero siempre hay unos límites porque no es posible entrar –y esto lo digo irónicamente– a un diálogo intercultural a ver si dos son dos y que la comunidad diga que, para ellos, dos son cuatro. En ese caso no habría límites objetivos al significado de los términos y no se podría construir una regulación nacional. Tocaría entrar a analizar más en detalle, interpretar, si de ese requisito de los 25 o 30 años de edad para ser miembro de una corporación pública que trae la Constitución, puede uno exceptuar a las jurisdicciones indígenas.

Lo que es interesante, tengo entendido, es que quienes impugnaron esta elección eran indígenas. Digamos entonces que en este caso no se trata tanto de un conflicto de blancos contra indígenas, sino más bien de un conflicto entre indígenas. Entonces, uno podría preguntarse: si unos grupos indígenas dicen que la candidata al Concejo no cumple el requisito, pues tampoco es tan claro si lo cumplió, aunque ella en su comunidad ya sea considerada como mayor. Estoy casi seguro de que aquí había un conflicto entre grupos indígenas por definir quién accedía a la curul para esta circunscripción especial.

Número de entrevista: 2

Nombre de los entrevistadores: JOHANNA CIFUENTES y
DERMAN VÁSQUEZ.

Fecha: 27 de agosto de 2004

Hora: 10:15 a.m.

Lugar: Bogotá

Nombre de la entrevistada: PILAR RUEDA
(antropóloga).

Institución: OXFAM G. B.

Presentación: Somos JOHANNA CIFUENTES y DERMÁN VÁSQUEZ, investigadores del Centro de Investigación de Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

Comentario general del tema por estudiar: Estamos analizando el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas, frente a la normatividad internacional y nacional.

Metodología:

Se desarrollará por medio de un diálogo. Así mismo, se realizarán las preguntas adicionales necesarias para completar el cuestionario básico.

Ambientación:

Entrevistadores: ¿Qué cargo tiene en esta entidad?

Entrevistada: Yo soy la oficial de incidencia y comunicaciones.

Entrevistadores: ¿Podría hablarnos de su perfil profesional?

Entrevistada: Soy antropóloga con un máster en estudios internacionales; soy profesora en la Universidad de La Salle de antropología social y cultural, y soy asesora de organizaciones de mujeres de los pueblos indígenas.

Cuestionario

– *Núcleo del tema*

1. ¿Qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

– Es el marco normativo que ha sido aprobado por todos los Estados, para garantizar unos estándares mínimos de respeto a los derechos fundamentales de todas las personas.

2. ¿Qué debe entenderse por derechos colectivos en un Estado multiétnico y pluricultural?

– Derechos colectivos son aquellos que garantizan o que están orientados a garantizar, por ejemplo, la sobrevivencia de grupos étnicos, pero además, el respeto a las tradiciones que tienen estos grupos.

3. ¿Conoce usted alguna normatividad internacional y nacional que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas? En caso afirmativo, enúnciela.

– Lo que conozco específicamente sobre ese tema es el Convenio 169 de la OIT, que, aunque está muy enfocado hacia temas de migración y derechos laborales, es el único que uno ha visto que tiene que ver con pueblos indígenas. Sin embargo, creo que hay que ser un poco condescendiente con los instrumentos de protección de derechos humanos, porque los otros –la convención

contra el genocidio, la convención contra la tortura, todos esos otros instrumentos– aunque no están rotulados “para los pueblos indígenas”, son instrumentos que deben ser utilizados por pueblos indígenas o por cualquier grupo étnico.

3.1. O sea que deben extenderse, ampliarse, para poder interpretarlos...

– Yo no sé si ampliarlos. Creo que hay una falla de quienes han hecho uso de los instrumentos y de quienes los critican, y consiste en no darse cuenta de que ellos han sido construidos sobre la premisa amplia de que cualquier persona pueda hacer uso de ellos. Entonces, cuando uno mira, por ejemplo, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, dice que es una convención que busca superar todos los factores culturales, políticos, etc. que perpetúan la discriminación contra ellas, y define claramente que discriminación es un trato desigual en condiciones iguales. Claro, uno tendría que decir que para las mujeres indígenas la discriminación es doble: uno por ser mujer, dos por ser indígena. Yo debo confesar que soy una fanática de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y creo que ha habido una crítica muy fuerte, sobre todo desde posiciones más relativistas (en términos de relativismo cultural), pero yo creo que esos instrumentos tienen el espíritu de lo que, tanto en las comunidades indígenas como en el mundo, se ha construido, se ha consolidado: el tema de los mínimos. Por ejemplo, la violencia o los tratos crueles: no hay una cultura que los tenga claramente establecidos y elija que esto o aquello es lo válido. Entonces, finalmente, los mínimos sirven como principios básicos del ser humano. El tema de la dignidad humana, por ejemplo, tiene

estándares diferentes o por lo menos está definido de maneras diferentes; pero la dignidad humana –tener un trato digno como ser humano– yo no creo que lo discuta ningún grupo cultural. Por el contrario, la lucha contra la discriminación que hacen los pueblos indígenas es una reivindicación para que sean tratados dignamente, como seres humanos, y es así de válida.

4. ¿Conoce usted jurisprudencia internacional y nacional que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas? En caso afirmativo, enúnciela(s).

– Convenio 169 de la OIT. No he visto más normatividad internacional sobre eso. Ahora hay más trabajo alrededor de temas ambientales, que parecen ser con los que más se vinculan otros convenios. Pero no conozco más. Creo que habría que hacer más desarrollos, no crear nuevos instrumentos. Creo que el reto es también apropiarse de los que existen.

5. ¿Cuál debe ser la concepción de la vida y su respeto dentro de un Estado pluricultural y multiétnico?

– Es una pregunta muy complicada. Yo creo que la concepción de vida, por supuesto hablando desde la perspectiva colombiana, finalmente es el derecho a la vida, o sea, cómo un Estado debe garantizar eso. Creo que en el caso colombiano esto empieza por reconocer que hay un problema de violencia política, que es lo que más afecta el derecho a la vida. Éste es, para mí, el hecho fundamental; es decir, que haya garantías para que la gente no sea asesinada, ni desaparecida, ni torturada, ni desplazada, ni exiliada porque piensa diferente, o porque de alguna manera intenta enfrentar, como en cualquier democracia, situaciones que no comparte. Pero además creo que hay

otros elementos que deben ser tenidos en cuenta, y también lo dice el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: que todas las generaciones ya definidas de instrumentos son interdependientes e indivisibles. Esto significa que los derechos sociales, económicos y culturales hacen parte de ese concepto de garantizar el derecho a la vida; en otras palabras, condiciones básicas para no morir de hambre, condiciones básicas para tener dónde vivir, etc. Ahora bien, aquí hay grandes diferencias y una tensión enorme respecto a cómo se definen, cómo cada uno de los grupos sociales resuelve sus necesidades básicas. Y creo que ahí es donde los grupos indígenas tienen un punto de ruptura con la cultura hegemónica. Esto significa que los grupos indígenas, durante años y como parte esencial de su vida, han reivindicado que ellos tienen una forma de producir y de resolver lo que necesitan para vivir, y que esa forma debe ser reconocida. ¿Cómo debe darse ese respeto dentro de un Estado pluricultural y multiétnico, definido así por la nueva Constitución colombiana? Pues sencillamente, primero, garantizando la participación de las comunidades indígenas en los proyectos de desarrollo, y no solamente reduciéndolo a las consultas, que están ya reglamentadas –porque las consultas están sobre todo definidas en torno a proyectos más macro, proyectos económicos que afectan territorios– sino extendiéndola a todo. Los grupos indígenas tienen resguardos y están ubicados en sitios geográficamente definidos. Ahí hay procesos de definición de desarrollo, qué presupuesto se destina, etc., y esto tiene que ser discutido con los pueblos indígenas: que si es bueno, que si es malo, que si es lo tradicional o no, etc. Yo no creo en esa discusión. Yo sí creo en los diálogos interculturales y en que la cultura no es estática: las culturas se transforman permanentemente. Lo fundamental para mí es la posibilidad de que

interlocuten los pueblos indígenas con las sociedades no indígenas, como la vía fundamental para garantizar que la concepción de vida, de desarrollo, etc., que ellos tienen quede incorporada en planes de desarrollo. Ése sería el punto.

En segundo lugar, otra forma de mostrar respeto es que el gobierno adopte una actitud menos discriminatoria con los pueblos indígenas. ¿Qué ve uno? Pues por ejemplo uno de los temas graves con los pueblos indígenas es el de la salud. ¿Cuál es el presupuesto que se destina para atender las enfermedades específicas? Así haya, y por supuesto la hay, medicina tradicional, hay casos que no responden a ese tipo de medicina. Y eso significaría tener buenos médicos, que sean respetuosos, que no sean discriminatorios, que atiendan sin distinciones a la población indígena, etc. Adicionalmente yo siento—por lo menos en delitos de violencia sexual contra mujeres indígenas—que es increíble el tratamiento que le da cualquier servidor público. Más de un maestro, por ejemplo, se ha dado cuenta de que una niña indígena es violada, y a pesar de tener la obligación de denunciarlo, nunca lo hace. Otro caso es el de las defensorías del pueblo: muchas se han escondido en el cuento de que se trata de otra cultura, y conocen casos de violencia sexual y no dicen nada. En resumen, hay una actitud muy cómoda de decir que como los indígenas son otra cultura, que el asunto lo resuelvan entre ellos, y esto en el fondo es un desprecio que tiene que ver con que el Estado está obligado a proveer a todos sus ciudadanos y ciudadanas garantías básicas, para que vivan en condiciones de dignidad, lo que implica no violencia, entre otros. En el caso de las comunidades indígenas, el Estado no lo garantiza, primero, al no dotarlas de suficientes recursos y al excluirlas en la toma de decisiones; y, segundo, al no actuar cuando tiene la

obligación de hacerlo, escondiéndose tras el argumento de que se trata de pueblos con sus propias tradiciones. Para mí, entonces, la fórmula del respeto sería: mayor participación y una actitud mucho más coherente para exigir el respeto a los derechos de esas poblaciones, inclusive dentro de su propio grupo.

6. ¿Qué debe entenderse por dignidad humana en un Estado pluricultural y multiétnico?

– Para mí, el concepto de dignidad humana es el más poderoso, en términos de lo que pueden lograr los instrumentos internacionales y nacionales de protección de derechos humanos, porque, en mi opinión, ése es el concepto que garantizaría un trato igualitario y no discriminatorio, en las mismas circunstancias, al tiempo que entiende que cada quien es diferente. ¿Qué quiero decir con esto? Dignidad humana es el reconocimiento de que cada persona –indígena, negra, blanca, pobre, rica, etc.– tiene derechos y debe ser tratada de la misma manera, y sobre todo, desde la perspectiva del Estado. Esto, por supuesto, implica que se deben definir estándares de calidad de vida, con respeto a lo que las mismas comunidades definen como calidad de vida. En otras palabras, que se debe garantizar que las comunidades que han sido excluidas y están en mayores condiciones de vulnerabilidad, como consecuencia de la discriminación y la exclusión, deben tener una atención más adecuada. Ahí el tema de acciones positivas es fundamental: ¿cómo pagar esa deuda histórica con comunidades para restablecer su dignidad humana? Que los indígenas por ser indígenas no tengan que dormir en pisos de tierra, que finalmente ellos puedan definir tener viviendas adecuadas, que el hacinamiento no es parte de las tradiciones indígenas, que el acceso a la tierra es fundamental para

la sobrevivencia de los pueblos étnicos y debe ser un compromiso del Estado. Todo esto está relacionado con dignidad humana, que, como decía inicialmente, para mí es el concepto que garantiza la no discriminación.

7. ¿Conoce acerca de casos en los cuales se haya atentado o se esté atentando contra la vida de las colectividades?; en caso afirmativo, ¿podría decirnos cuántos? Detállelo(s) o coméntelo(s).

– Conozco los más famosos: el de la exploración sísmica para la búsqueda de petróleo en el territorio de los U'wa, que finalmente fue un proceso que no tuvo en cuenta o que manipuló claramente los procedimientos que se deben seguir para la toma de decisiones frente a esos casos, es un tema que, digamos, movió mucho la discusión entre la necesidad nacional y la necesidad de los pueblos indígenas. Es un caso que además tuvo connotaciones internacionales, porque despertó la solidaridad de pueblos indígenas norteamericanos; después vino el asesinato por parte de las FARC de los indigenistas estadounidenses que estaban apoyando a este pueblo. Este caso sigue sin resolverse, y los gobiernos han querido venderle a la opinión pública que son muy pocos los indígenas U'wa y que ahí hay un gran potencial para mejorar la economía nacional.

El otro es uno de los casos más fuertes que han ocurrido desde los 80, el de los indígenas Zenú en Córdoba, y de todos los atentados que han sufrido; de todo lo que han tenido que enfrentar por la represa de Urrá, del desplazamiento del que han sido víctimas, los ataques por parte de los paramilitares, el asesinato de sus líderes. El pueblo Zenú es uno de los más afectados porque su caso se volvió permanente y sistemático, y finalmente porque si hay personas que tienen una actitud discriminatoria y

de desprecio por los indígenas son los actores armados. Para los paramilitares los indígenas son, yo creo, como animales. Cuando uno mira Córdoba cómo está de dividido, entiende también qué mentalidad hay ahí, cómo se desarrolla la ganadería sobre la tierra de gente que ha vivido tradicionalmente, como los indígenas Zenú.

Otro caso reciente es el de los Wayúu en la Guajira, del desplazamiento del que fueron víctimas por parte de los grupos paramilitares y la disputa que hubo por controlar el contrabando de gasolina, temas que siguen ahí sin resolverse.

En el Chocó, por supuesto, hay otro caso hace años y no sé cómo sigue: es el de una población indígena; el caso era terrible porque –recuerdo que me impresionó tanto– es un grupo muy pequeño, que ha sido cada vez más y más arrinconado hacia zonas donde no tienen la posibilidad de cultivar ni de desarrollarse. Sobre ellos pesa toda la expansión del colonialismo, de la ganadería, de los temas de petróleo, y por supuesto, la presión de grupos armados. Hubo un episodio que me impresionó sobremanera: estábamos en reunión con un médico de la Red de Solidaridad, que contó que fue a hacer un examen, y al levantarle el brazo a un niño indígena, se le fracturó. Eran indígenas que sólo comían sandía, porque no tenían nada más que comer. Y eso es un atentado: se están muriendo de hambre. Eso también pasa con los indígenas de la zona de Arauca, con su elevado nivel de alcoholismo –ahí hay U'wa también–. Esa adicción tiene que ver con la mezcla entre lo que genera la explotación petrolera, cómo cambia regionalmente todo el tema económico, qué nuevos actores surgen. El alcohol se les ha metido mucho a los indígenas de esta zona, primero porque los van arrinconando y no tienen dónde producir y, segundo, porque en la medida en que esos departamentos se van

desarrollando generan mayores conflictos sociales y todo el mundo los va arrinconando: los actores armados, el gobierno, las petroleras; es decir, cuanto más se deteriora la situación del país, más se daña la de los indígenas. Y yo creo que, finalmente, también se les presta menos atención, porque se asume que hay cosas tan graves que éstas pueden seguir esperando... Si han esperado tantos años, pues ¡que sigan esperando! Éste es un país muy discriminador, realmente, desde todas las perspectivas, aunque no lo asume claramente.

En Córdoba nos contaban ahora que, por ejemplo, hay un control absoluto de los paramilitares, y los indígenas están en lo que se llama, comunidades encajonadas, que es la nueva modalidad que está desarrollándose en el país; es decir, comunidades a las que los actores armados les impiden desplazarse y eso significa que están en un sitio, y esos actores empiezan a tener mayor control sobre su vida. En Córdoba, por ejemplo, una de las formas de control que surgió, con el argumento de que así se limita la acción de la guerrilla, es la de los alimentos, por la cual cada familia tiene derecho a destinar sólo \$40.000 pesos mensuales para alimentación, aunque sean familias de 10 personas. Ya se han denunciado muertes de niños y mujeres, porque también hay un control muy fuerte sobre la entrada de medicamentos: las misiones médicas no están pudiendo entrar. Ésto está pasando en Córdoba, en Santander y en Chocó también, donde ha sido permanente, pero hay denuncias en este momento de que las comunidades están siendo sitiadas. Un país tiene que preocuparse cuando hay un desplazamiento fuerte de indígenas, porque eso demuestra que la situación está imposible, porque los indígenas son menos dados a moverse de su tierra.

7.1. Las fumigaciones que se están haciendo en la Sierra Nevada, ¿podrían ser un ejemplo de atentados contra los pueblos indígenas?

– Sí, y también lo que hicieron en el Putumayo. Creo que, primero, esas fumigaciones habría que consultarlas porque es su territorio realmente y, segundo, los efectos que tienen esas acciones sobre el medio ambiente, sobre la posibilidad de garantizar seguridad alimentaria y sobre la salud de esos pueblos indígenas no se van a ver ahora: se van a ver en un futuro y la cosa es gravísima, porque es una situación nueva para los pueblos indígenas y no tienen mecanismos para enfrentarla. En Putumayo hay evidencias de que las dosis de glifosato que se usaron están prohibidas internacionalmente. Ésos son ecosistemas muy frágiles; Putumayo es selva húmeda tropical y quemaron grandes extensiones, que yo no estoy segura que algún día se recuperen. ¿Eso qué significa? Pues que gran cantidad de pueblos indígenas pierden la base mínima para su subsistencia, con el agravante de que los gobiernos no prevén eso y ni siquiera tienen un plan de contingencia para atención de las víctimas de las fumigaciones.

7.2. Los Wayúu tienen un sistema en el que cuando hay daño contra una comunidad, como ocurre cuando le dan muerte a uno de sus miembros, se afecta a todo su grupo familiar y está establecida una especie de reparación, pero cuando ésta no se produce, se desata una guerra que puede durar varios años. ¿Cuál sería la solución equilibrada entre respetar la vida de la persona y respetar la vida de los Wayúu, de la colectividad –porque ésa es una costumbre, una tradición–?, ¿cómo podríamos llegar a conciliar esta cultura con lo que nosotros llamamos respeto a la vida y a la dignidad?

– Son dos cosas. El sistema tradicional de resolución de conflictos de los Wayúu fue creado y establecido a partir de las necesidades propias e internas del grupo, como la de garantizar que se pagaran las ofensas y la de establecer mecanismos de control para que la comunidad pudiera sobrevivir. Un sistema semejante lo tienen todos los grupos indígenas. Hay que decir que el sistema de control social de los Wayúu resulta muy atractivo para mucha gente porque es con pagos, pero genera muchos cuestionamientos desde cualquier lógica, aún desde las indígenas. Esta crítica no es gratuita. Concretamente respecto a los Wayúu –y yo no podría decir si el sistema estaba desarrollado desde antes de que llegaran los españoles– sí da la sensación de que su vida ha estado siempre muy articulada a su práctica de contrabando. Los Wayúu lograron desarrollar históricamente –yo creo que desde hace mucho tiempo– una práctica de contrabando por su ubicación y porque, además, es una zona en la que no se produce nada: todo hay que traerlo realmente a través del comercio. Yo miraría entonces estos sistemas [de pago] en dos niveles y creo que funcionan en la medida en que pueden recoger, y recogen, los delitos que se pueden presentar: ahí creo que funcionan. ¿Pero cuál es la situación ahora? Lo que actualmente pasa es que hay nuevos delitos que se han ido generando a partir de los viajes de muchos Wayúu fuera de la Guajira, de la incorporación de la plata que dio la marihuana. Es decir, hay toda una nueva interrelación con otra cultura y con otra forma de comercio que no trae solamente plata, sino también una práctica muy fuerte en términos de impunidad y de castigo. Esta nueva relación se impuso entre los Wayúu en la época de la marihuana, porque el sistema de pago funciona o tiene sentido en una sociedad más o menos igualitaria, en la que todos están en

condiciones semejantes de pagar. Pero el sistema pierde fuerza cuando empieza a haber cambios en unos sectores de la sociedad. Por ejemplo, quienes se mezclaron con el comercio de la marihuana o luego con el contrabando de gasolina empiezan a poder hacer lo que quieran, y luego van y compran cien chivos y pagan, y eso va deteriorando el concepto de pago, que tradicionalmente era bueno e interesante. Yo tengo que confesar mis prevenciones porque, por ejemplo, durante un taller con mujeres Wayúu estuvo una mujer palabrera que reivindica lo tradicional. En determinado momento, empezamos a hablar del tema de violencia contra las mujeres y ella me dijo: “Bueno, realmente hay violencia sexual y por ejemplo yo tuve que pagar un millón de pesos hace 6 meses porque mi hijo violó a una muchacha y la dejó embarazada”. A ella le parecía que con eso ya se había resuelto el problema y resulta que yo me preguntaba si un millón de pesos podría ser la solución, y si eso no afecta de todas maneras también la estructura Wayúu. Porque una mujer que es embarazada, que tiene un hijo por fuera cuyo papá ya pagó, también va a tener problemas para mantener la tradición de la forma como se consigue marido. Entonces uno no puede pensar que esos sistemas van a seguir funcionando si no incorporan lo nuevo que está pasando, que es justamente que la comunidad Wayúu ha sido muy afectada por recursos provenientes del narcotráfico y del contrabando de gasolina, que a su vez han generado una lógica muy fuerte de arbitrariedad, que en últimas afecta a quienes menos pueden pagar. Eso en cuanto a lo interno y quiero terminar siendo un poco más radical: yo creo que, por ejemplo, el tema de la violencia sexual debería tratarse de otra manera; me parece que los efectos que tiene la violencia sexual sobre las mujeres cada vez son más reconocidos, bien sea que se trate de mujeres indí-

genas o no, y eso significa que para una mujer violada y que queda embarazada, no sé si un millón de pesos le sirva para resolver su vida.

Pero lo otro es el tema de lo externo, que es lo que está pasando ahora. Los sistemas tradicionales, por supuesto, se pueden extender para tratar de enfrentar todos los problemas, pero han resultado limitados. ¿Qué pasó con la llegada de los paramilitares, por ejemplo? Pues los paramilitares llegaron y entraron atropellando a todo el mundo: la primera vez mataron a una mujer y a un niño, y los Wayúu respondieron y mataron a dos de ellos y dijeron: "Manden más". Pues les mandaron más, y mataron como a 40 Wayúu y los indígenas ya no pudieron responder porque quedaron frente a un ejército que tiene otra lógica, que tiene la decisión de apropiarse del contrabando de gasolina, que tiene la decisión de controlar social y políticamente esa comunidad y al que no le interesa negociar, y menos aún entender esa dinámica. Entonces ¿qué puede hacer un sistema tradicional frente a eso? Allí es donde yo creo que el Estado debe entrar a garantizar que ese actor armado, que entró y está imponiéndose, salga; que sea el Estado el que lo enfrente, y eso lo reconocen los Embera. Cuando los Embera vienen y le piden al Estado que enfrente a los actores del conflicto armado, están reconociendo que el Estado tiene un papel. Están reconociendo eso porque los Embera, por ejemplo en el Chocó, dicen: "nosotros no queremos que ni la guerrilla ni los paramilitares se conviertan en nuestras autoridades; tenemos autoridades tradicionales". Pero mientras esos grupos armados lleguen en grupos grandes y decidan que ésa es la ley, ¿qué sistema tradicional se les va a enfrentar?

7.3. ¿Cómo podría observar el Estado o el sistema occidental, el de nosotros, el desborde de venganza para reparar una ofensa, que se da entre los Wayúu?

– Yo creo que la Corte Constitucional en eso fue sabia. La Corte dijo claramente que aceptaba el fuero indígena, siempre y cuando no violara principios constitucionales, que son para todo el mundo. El debido proceso lo tienen los pueblos indígenas y lo pueden demostrar; el derecho a la defensa también lo tienen los pueblos indígenas y por supuesto el derecho a la vida. Yo creo que estos sistemas tradicionales, de manera semejante a lo que uno ve también con los musulmanes, funcionaron y tuvieron mucha fuerza como sistemas preventivos. O sea, yo estoy segura de que los Wayúu no establecieron el sistema de venganza, un sistema de control social, con una lógica de solamente estar dispuestos a matar. Es más una cosa de advertencia: no me haga daño porque yo se lo devuelvo. Y durante años no hubo muertos. El sistema empieza a volverse problema cuando entran factores que desestabilizan; por ejemplo El Cerrejón, la bonanza de la marihuana y el comercio de gasolina, porque ahí se rompe la lógica. Los Wayúu pasan de ser los que tienen acceso al dinero a convertirse, gracias a otra lógica, en los que hacen lo que quieren. Yo creo que ahí el Estado tiene que intervenir, y es su obligación, porque en últimas, como en cualquier comunidad, en la Wayúu hay relaciones de poder y finalmente, para mí, lo que tiene que ver con el sistema de protección de derechos humanos es cómo se previene la arbitrariedad. Entonces, aun dentro del sistema tradicional, no debe darse abuso ni arbitrariedad del poder. Y en este caso, ¿de quién es el poder? De las familias, pero si una familia tiene mucha plata y la otra no tiene, ¿quién media? Y eso lo están sintiendo los Wayúu. Yo sí creo que el Estado debe tener un papel como garante,

sobre todo en ese tipo de casos: no puede permitir que se desborden. Hay delitos, por ejemplo, debidos a problemas de tierras, para los que yo creo que los Wayúu aún tienen la fuerza y el poder de resolverlos, lo cual además los fortalece culturalmente, pero hay otros para los que yo creo que no. Uno de esos es el de la violencia sexual y para mí éste es un caso que tiene que ser visto desde fuera. Otro es el tema de los homicidios, y uno más es el tema de relaciones interétnicas, porque también hay grupos que han sido absolutamente agresivos con otros, y eso puede configurar genocidio en algún momento.

7.4. Entonces, ¿los límites podrían ser los constitucionales, los derechos fundamentales, los derechos humanos y no llegar al etnocentrismo?

– Por ejemplo, una de las cosas que yo siento muy complicada de las comunidades indígenas es la concentración de poderes. Usted encuentra que los gobernadores, que la autoridad religiosa, etc., casi todo se concentra en una sola persona, en una sola familia, y yo creo que la forma que hemos adoptado en la modernidad es mucho mejor, realmente. Ahora, los indígenas lo saben, no son bobos, los indígenas se acoplan también a eso. Y en esas comunidades como en otras hay abuso del poder. Yo conocí el caso de una mujer indígena del Cauca violada por un gobernador del cabildo, a quien la callaron porque sencillamente se trataba del gobernador. Entonces yo creo que sí tienen que existir límites porque estos pueblos indígenas no están solos y aislados; están cada vez más y más afectados por lo que la misma sociedad va desarrollando: más plata, más poder, más corrupción. Y si todo eso se recoge y se incorpora en las comunidades, pues también es importante que lo bueno que tiene esta sociedad también se incorpore. Por ejemplo, nosotros supimos que en el Chocó, aunque

no es tan frecuente, hubo casos de mutilación genital femenina como en África, que tienen que prohibirse. En otras palabras, el derecho de las personas a gozar de su integridad física no puede pasar por la arbitrariedad de un gobernador. Si a una comunidad se le ocurriera hacer sacrificios de niños, yo creo que nadie lo aceptaría. Por consiguiente, hay cosas básicas, y las mismas comunidades las reivindican. Cuando uno dice: "Bueno, a ustedes no les gustan los derechos humanos porque son occidentales, pero vengan les explico qué dicen los derechos humanos: derecho a la vida... ¿Ustedes creen en eso? Sí. Pues eso es lo que dice acá; nadie puede ser desaparecido forzosamente... ¿Ustedes creen? Sí". Aun más: JAIME GARZÓN hizo una cosa muy linda una vez, que fue hacer la traducción de la Constitución a lenguas indígenas. Uno de los aspectos que él trabajó fue el de las definiciones de conceptos con los Wayúu. Yo no me acuerdo bien si eran los Arhuacos los que definían desaparición forzada como el delito que causa daño no sólo en quien se va sino en todos los que lo van a extrañar, que no sólo son una generación, sino tres más. Por supuesto, cuando uno les dice qué significa que a alguien lo desaparezcan, pues para mí, no sólo es la familia más inmediata, sino también los sobrinos, etc. Ellos lo tienen claro, están en contra de esos delitos también. Respecto a la tortura, si es que son víctimas de ella, ellos saben qué significa. Nadie debe ser torturado, por supuesto que nadie debe ser torturado. Allí hay discusión sobre el cepo, de si es tortura o no, y cada vez más los indígenas lo están replanteando; el cepo, además, ni siquiera es de ellos, lo trajeron de fuera. Entonces, ¿dónde empieza la tradición y dónde se incorpora lo nuevo? Es una discusión que hay. Es más simbólico lo que hicieron los del Cauca de hacer bañar a PIÑACUÉ en el río. Pero el cepo es claramente tortura. O los latigazos...

7.5. ¿Cree usted que algunas tradiciones punitivas indígenas, como el cepo, han dejado de serlo, para convertirse, más bien, en símbolos?

– No. Yo creo dos cosas. La primera, que las comunidades indígenas tienen retos que han ido enfrentando; por esa razón, sus sistemas de control se tienen que ir adecuando a lo que realmente está pasando, y eso es importante, y muchos indígenas y líderes lo entienden. Esa adecuación significa que habría que incorporar nuevos delitos y nuevas formas de castigo, y por supuesto reconocer que el cepo no es lo mejor, como ya lo están haciendo. Porque además los indígenas –no sólo los líderes sino la comunidad en general– están teniendo conciencia de ciudadanía y de derechos. Por eso en el Cauca hay indígenas que se niegan [a aceptar ese tipo de castigos] y generan un debate como indígenas, y como ciudadanos indígenas tienen derecho a decir: “No quiero que me azoten porque la Constitución dice que ése no debe ser un castigo”. Y un indígena tiene derecho a rebelarse frente a las autoridades y decir “No, lo siento”. Y ése es un debate interesante planteado desde el lado indígena. Y la Corte dijo: “No hay azotes, busquen otra forma de castigo”. Y al cabildo y a la gobernación les tocó empezar a dar la discusión, porque fue un indígena quien planteó el debate.

7.6. Usted nos habló de que hay que dejar participar a las comunidades y a los pueblos, pero ellos se quejan de que, aunque participan, al final, cuando ya se concreta el plan de gobierno o el plan de desarrollo, no ven que sus propuestas queden incorporadas. Entonces, ¿no dejarlos participar podría ser una forma de extinción de estos grupos étnicos?

– Claro que sí, pero es que el punto de la gran pelea, no sólo frente a los indígenas sino a la sociedad colombiana,

es ¿qué es participación? Necesariamente tiene que significar poder objetar las decisiones, tener algo de poder frente a las decisiones que afectan mi vida. Entonces, la participación no puede ser para que el gobierno diga: “¿Usted qué piensa? Ah, bueno, muy interesante, pero no me gusta y tomo mi decisión”. No. Eso no es participación, realmente no lo es. No sólo representa un atentado contra la posibilidad de que sobrevivan los indígenas, sino que además es una ratificación de la discriminación. Es así de claro y es anticonstitucional.

8. ¿De qué manera se expresa el principio de la autodeterminación de los pueblos en un Estado pluricultural y multiétnico?

– Yo creo que tiene que ser expresado –y ése es uno de los grandes logros de la Constitución– en el ordenamiento jurídico del país. Tiene que estar, tiene que ser visible. Lo que no se nombra no existe. Yo creo que ahí fue importante que se reconociera que Colombia es un país multiétnico y pluricultural. Eso está bien y pienso que ese concepto debe además reconocerse en términos de leyes que desarrollen más la Constitución. Me parece que también tendría que expresarse en –como lo decía antes– la participación de todos estos grupos en las decisiones que los afectan. Y tiene también que manifestarse en un reconocimiento, no sólo legal, sino también social, de que existen pueblos indígenas y que tienen un valor mucho mayor del que la sociedad colombiana les asigna actualmente. Eso implica que hay que hacer un trabajo fuerte en educación, que se tiene que superar el concepto de que ser indio es ser bruto y animal, que tiene que haber una mayor promoción de la diversidad como una forma de enriquecimiento nacional.

9. ¿De qué manera se expresa y cómo se protege el principio de la diversidad étnica y cultural en un Estado pluricultural y multiétnico?

– Primero, en el ordenamiento jurídico; creo que tiene que haber una revisión que garantice que en todo esté presente ese tema. Es decir, no puede reducirse solamente a hablar de indígenas o a tener una oficina para indígenas. Esto tiene que ver con presupuestos y políticas claras, políticas de promoción y de respeto de la diversidad, sobre todo respecto a temas fundamentales para ellos: acceso a la tierra, seguridad, protección, educación étnica, salud; eso tiene que estar, tiene que evidenciarse en un presupuesto y en políticas, porque lo más cómodo ha sido decir: “Ah, bueno, allá están ellos y que ellos lo resuelvan”. Y ellos tienen transferencias, claro; ése fue otro logro de la Constitución: las transferencias a los pueblos indígenas, aunque no alcanzan para nada. La actitud que se asume es más o menos la de: “Vean, les damos una plata y miren a ver qué hacen con eso”. No. Tiene que haber una decisión de proteger a los pueblos indígenas.

9.1. El tema de la consulta, como se ha manejado, aparentemente no es vinculante. Entonces, ¿cómo podrían los pueblos indígenas reivindicar sus derechos si realmente la sociedad mayoritaria los está dejando a un lado?

– Yo creo que hay que trabajar para que esa consulta sea vinculante. Valdría la pena que se promueva un trabajo fuerte en torno a eso, que se establezcan claramente obligaciones frente a la consulta, y que haya la posibilidad de la autodeterminación. Ahora, la autodeterminación es un concepto fuerte que el Estado no está dispuesto a aceptar. Entonces, para mí, la única posibilidad es generar mayores niveles de conciencia en la sociedad colombiana. Si los

pueblos indígenas logran mayor apoyo en esos temas, es posible lograrlo. Hace como ocho años, se estaba buscando la forma de hacer que la consulta fuera vinculante, y casi hay plebiscito en torno a eso. Yo creo que hay que hacerlo; es que si no, no tiene sentido. Además pienso que se deben desarrollar mecanismos internacionales para defender ese carácter. Hace poco Naciones Unidas nombró un relator para pueblos indígenas, que tiene que entregar un informe sobre cuál es la situación. Yo creo que una de las discusiones que va a tratar es la de las consultas, y qué obligatoriedad tienen para los Estados.

– *Caso hipotético*

10. ¿Podría considerarse como una vulneración al derecho a la subsistencia de los grupos indígenas el introducirles tradiciones y costumbres que les son extrañas?

– Para mí ésa es una pregunta muy difícil, porque yo creo que hay una incorporación permanente de tradiciones y costumbres en los pueblos indígenas. Cuando vi la pregunta, no entendía si lo están tomando más por el tema político, de elecciones...

10.1. Aclaremos entonces: el gobierno de nuestro caso hipotético prometió, durante la campaña electoral, acabar el analfabetismo, educar a la gente. Como los grupos indígenas son más analfabetas, supuestamente, y siguiendo esas políticas, les envían profesores para que les enseñen la lengua. Después de dos o tres años, las autoridades de dicha comunidad ven afectadas sus tradiciones y costumbres, o por lo menos eso es lo que ellos dicen. Es obvio que la comunidad no puede estar en una cajita de cristal, pero respecto a ese caso, ¿uno podría decir que realmente los está afectando o no?

– En ese caso yo diría claramente que sí. Además, lo más fuerte en ese aspecto ha sido la catequización que se ha hecho de los grupos indígenas y el esfuerzo por vincularlos a la religión católica. Ahora, yo creo –y eso también lo reivindican los indígenas– que es necesario promover la etnoeducación, que les permita a ellos mismos educarse en su tradición, pero más, reconocer qué está pasando en el mundo, porque uno de los grandes problemas que tenemos ahora con todo el tema de acuerdos comerciales y ALCA es que están en juego muchísimos saberes tradicionales y el tema ambiental, y los indígenas no tienen ni idea de qué les están feriendo ahí, y tienen que tener elementos para poder opinar frente a eso. Entonces, creo que sí debe haber un proceso educativo que respete y promueva los valores tradicionales de la comunidad indígena, pero que también les permita ver hacia fuera. Por otro lado, los indígenas también han peleado la posibilidad de acceder a la universidad, y hay un programa al respecto, el programa Álvaro Orjué. Ese programa fue importante para los indígenas y este gobierno lo acabó. La educación es un aspecto fundamental para superar la pobreza; eso lo reconoce todo el mundo, también los indígenas, pero aquí hay que preguntar cuál tipo de educación.

11. En caso de ser el gobierno el encargado de introducir dichas tradiciones y costumbres, ¿sería éste responsable de ello?

– Yo creo que sí. Y más que el gobierno, es el mismo Estado, porque además está incumpliendo una de sus obligaciones, que es proteger la identidad y garantizar el respeto a las culturas y tradiciones de los pueblos indígenas.

11.1. ¿Hasta dónde llegaría su responsabilidad?

– En todo sentido. En otras palabras, si un gobierno introduce un sistema educativo con la clara orientación de cambiar costumbres y tradiciones, está cometiendo casi un genocidio, ni más ni menos. Si uno está haciendo desaparecer una cultura y lo hace intencionalmente, si no tiene en cuenta lo que las autoridades tradicionales o la misma comunidad indígena dice, pues carga con toda la responsabilidad.

12. Teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, el sistema jurídico, el esquema familiar y la educación de los grupos indígenas difieren de los que se evidencian en la sociedad mayoritaria, al tratar de imponer las costumbres de ésta sobre las de aquéllos, ¿se vulneran algunos derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para los integrantes de dicho grupo?

– Sí. Yo creo que si por ejemplo una sociedad mayoritaria está tratando de imponer un modelo a un grupo indígena, se produce un claro comportamiento discriminatorio, que estaría vulnerando el derecho a la autodeterminación, en este caso, de ese pueblo indígena. Insisto, ésa es una discusión aún muy fuerte en la legislación nacional. El principio de autodeterminación incluye muchos derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ejemplo, si uno mira que el sistema educativo que se quiere imponer a una comunidad indígena implica que los alumnos tienen que estar en la escuela de 8 a. m. a 5 p. m., que hay castigos físicos, etc., eso puede incluso configurar tortura. Ahí se estarían violando muchísimas convenciones que hablan, primero, de los derechos a la autodeterminación; segundo, de los derechos de los ciudadanos también a

escoger la identidad, el nombre, etc., porque se estaría atentando contra el derecho a la identidad, no sólo cultural sino individual como ciudadano o ciudadana, y contra el derecho a la educación.

13. En caso de prohibírsele a un grupo indígena el uso de sustancias o de plantas de carácter curativo –prohibición que puede afectar sus derechos a la identidad, a la dignidad humana y a la salud–, ¿qué recursos o tratamientos le quedan a dicha comunidad para tratar sus dolencias o males? ¿Cuáles serían las consecuencias de esa prohibición?

– Si hay que tratar dolencias o males, el único recurso que les quedaría –si hay esa prohibición, bastante absurda– sería el de la medicina occidental. Por supuesto, ¿cuál es la consecuencia? Que se pierde un saber importante. Pero además, con toda seguridad, ninguno se va a curar y muchos se van a morir, porque ni siquiera tienen acceso a la medicina occidental, lo que desconoce el Pacto DESC. ¿Qué pasa con los derechos económicos, sociales y culturales de esa comunidad, y con la salud, que es un derecho fundamental?

14. ¿En qué casos se desconoce el principio de la diversidad étnica y cultural respecto de un grupo indígena?

– Yo creo que muy fuertemente en la educación. Pienso que en la medida en que Colombia no ha asumido claramente que ése es un tema importante, no se desarrolla con respeto. Yo creo que se desconoce también en los temas de salud y de atención a los pueblos indígenas. Yo siento que, en general, los servidores públicos de hospitales, defensorías, etc., no atienden adecuadamente a los pueblos indígenas; por lo común piensan que no tienen derechos. Creo que el principio de la diversidad

también se desconoce en el tema de manejo de territorios, que es un tema fuerte, sobre todo cuando hay recursos naturales importantes. Es en los temas de desarrollo donde los indígenas han resultado más afectados. La represa de Urrá, por ejemplo; todo el tema del Chocó y la posibilidad de ampliar la Carretera Panamericana: éstos son los más fuertes. Yo creo que sobre todo en estos temas se desconoce el principio de la diversidad étnica y cultural.

15. ¿En qué casos se vulnera el principio de la autodeterminación de los pueblos indígenas?

– Para mí lo relativo a las consultas constituye uno de los temas fuertes. Yo creo que en la medida en que los gobiernos, más que consultar, preguntan y luego hacen lo que quieren, están violando el principio de la autodeterminación. Creo que también en la definición de planes y políticas de desarrollo se dejan de lado las opiniones de los pueblos indígenas. Y también en algunos temas de educación, aunque eso es relativo, porque, por ejemplo, los Arhuacos han logrado que se respete su decisión sobre qué tipo de educación quieren. Para mí, son éstos fundamentalmente.

15.1. ¿Cómo llegar a un punto, digamos, de diálogo intercultural, que no sea de dominio de una cultura sobre la otra, pero al mismo tiempo que no haya etnocentrismo ni paternalismo por parte del Estado?

– Eso es muy complicado. Digamos que en la teoría se ha avanzado mucho, porque si no existieran unas normativas y unos principios básicos, estaríamos mucho peor. Yo soy muy escéptica con los conceptos de democracia, etc., porque creo que un desarrollo real, consecuente con los principios de la democracia, sería la vía. El respeto

y la valoración –no la tolerancia– de lo que significa la diversidad son fundamentales y eso claramente tiene que ver con modelos políticos. Estamos en el peor momento y la verdad es que las tendencias a hegemonizar y a homogeneizar son grandísimas. Entonces, yo sigo apostándole a modelos políticos que sean acordes con los principios de la democracia, y que respeten la ley, y eso significa que el marco jurídico debe ser bueno y adecuado. Pero, además, debe tener procedimientos claros para que sean inclusivos, que reconozcan que hay diferencias y que hay desventajas que deben superarse. Otro tema es la educación, pero no solamente la de los pueblos indígenas: ¿qué pasa con la educación en este país?, ¿cuántos abogados saben del fuero indígena, por ejemplo?, ¿qué tantos médicos saben cuántos pueblos indígenas hay?, ¿qué tantos profesionales no tienen ni idea de cuántos indígenas hay en este país, y cómo se valora eso? Yo creo que la educación es fundamental y es el Estado quien la debe garantizar. La no discriminación también es responsabilidad del Estado y tiene que garantizarse a través de: 1. El seguimiento y sanción clara: que haya responsables de lo que ha pasado con los pueblos indígenas; que estén en la cárcel, que paguen, que haya escándalo, que se demuestre que matar indígenas es gravísimo, tanto como matar a la gente del Club El Nogal, que exactamente tiene el mismo valor para este país. Y que además se reconozca que no puede haber discriminación en la escuela. Que se valore positivamente. Mientras eso no se haga, no creo que sea posible llegar a ese diálogo intercultural.

16. ¿Conoce usted a alguien en particular que pudiera aportar a esta investigación? En caso afirmativo, ¿cómo se llama, cómo se le podría contactar y tratar inicialmente?

– Hay alguien pero tendrían que contactarlo por internet. Su nombre es CARLOS EDUARDO PERAFÁN, es colombiano y conoce y ha escrito sobre los pueblos indígenas. Es el encargado de pueblos indígenas en el Banco Interamericano de Desarrollo, que es la gente que maneja los grandes programas y proyectos para los países. Hablar con él además permitiría una mirada grande, también hacia Bolivia, Ecuador. Yo creo que si ustedes lo contactan vía internet sería posible que él les dé algo importante.

Número de entrevista: 10

Nombre de los entrevistadores: JOHANNA CIFUENTES y
DERMAN VÁSQUEZ

Fecha: 2 de septiembre de 2004

Hora: 11:10 a.m.

Lugar: Defensoría del Pueblo, División de Asuntos
Indígenas, Bogotá

Nombre del entrevistado: GABRIEL MUYUI JACANAMEJOY,
(Delegado de la Defensoría del Pueblo para Asuntos
Indígenas)

Institución: Defensoría del Pueblo

Comunidad: Inga

Etnia: Inga

Lenguas: Inga y español

Municipio: Santiago, Valle de Sibundoy

Departamento: Putumayo

Presentación: Somos JOHANNA CIFUENTES y DERMÁN VÁSQUEZ, investigadores del Centro de Investigación de Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

Comentario general del tema por estudiar: Estamos analizando el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas, frente a la normatividad internacional y nacional.

Metodología:

Se desarrollará a través de un diálogo. Así mismo, se realizarán las preguntas adicionales necesarias para completar el cuestionario básico.

Ambientación:

Entrevistadores: Háblenos de su formación y su experiencia.

Entrevistado: Antes de estar en este cargo, tuve la oportunidad de ser senador de la República durante dos periodos: 1991-1994 y 1994-1998, en nombre del Movimiento Indígena Colombiano. Previamente a mi labor como congresista me dediqué durante más de diez años a la docencia en distintas partes dentro y fuera del país. Siempre ha sido mi interés luchar y trabajar por la causa y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y de los grupos étnicos. En la docencia también estuve trabajando en Nariño, en la ciudad de Pasto. Estuve en Ipiales, luego estuve en Brasil, en Río de Janeiro, y aquí en Bogotá también. Después de esa etapa como docente, durante el año 1990 fui elegido como presidente de la ONIC. Cuando estaba en ese cargo tuve la oportunidad de trabajar en la etapa previa y en el equipo de apoyo de la Asamblea Nacional Constituyente, especialmente ayudando a los voceros indígenas en la Asamblea, muy particularmente al constituyente FRANCISCO ROJAS, que fue vocero de la ONIC. Al finalizar la Asamblea Constitu-

yente, los pueblos indígenas de Colombia me eligieron como candidato para el Senado de la República y ahí fue cuando entré a la política; también hice parte del Senado a mediados de 1998 y principios de 2001 y me dediqué a la cátedra de derechos de creación indígena, especialmente en la Universidad Nueva Granada de Bogotá y en otras instituciones. Durante todo este tiempo de trabajo, también he asistido y he participado como invitado especial, y en otros casos como conferencista, en múltiples foros internacionales relacionados con el tema de la educación propia y apropiada; varias veces fui invitado por la UNESCO en relación con temas de recursos naturales y de medio ambiente, como también con los que tienen que ver con los avances de los reconocimientos políticos y jurídicos de los pueblos indígenas.

Entrevistadores: ¿Actualmente, qué actividad realiza?

Entrevistado: Estoy dedicado de lleno a la defensa y a la promoción de los derechos humanos, y de los derechos colectivos de los grupos étnicos del país, entre ellos los pueblos indígenas. Ésa es la actividad fundamental, pero también a otra, que es de mucho interés para mí y en la que he venido participando desde hace mucho tiempo: todo lo que tiene que ver con los derechos de medio ambiente, de los recursos naturales, de los recursos genéticos. Hago parte de un grupo de expertos de los países andinos en materia de conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos, de la Comunidad Andina de Naciones.

Cuestionario

– *Núcleo del tema*

1. ¿Qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

– Es el derecho que la comunidad internacional, tanto los países que hacen parte del sistema de las Naciones Unidas, como los del sistema de la OEA, ha venido estableciendo de manera positiva, es decir, a través de normas internacionales llamadas tratados o convenios, en los que se reconoce y a la vez se protegen derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho al territorio, el derecho a tener instituciones y autoridades propias, el derecho a ser atendidos en materia de salud de manera diferenciada, el derecho a la cultura, el derecho a no ser discriminado por razones de cultura o de raza, etc. En síntesis, es todo ese compendio de normas que la comunidad internacional, los Estados Partes, han venido estableciendo para proteger lo que se conoce como derechos humanos, en el contexto mundial. Pero en los últimos tiempos se ha venido haciendo un proceso de reflexión, de análisis, en el sentido de que los derechos humanos desde la perspectiva de los pueblos indígenas son integrales, son colectivos, son indivisibles, y afortunadamente existen unos lineamientos desde el año 1993 que fueron resultado de la conferencia de las Naciones Unidas sobre derechos humanos realizada en Viena. Estos lineamientos enmarcan e incluyen esa perspectiva de los derechos humanos desde el punto de vista de los pueblos indígenas y los grupos étnicos. Esta visión es necesaria porque la Carta o Declaración Universal de Derechos Humanos en general tiene un contenido y una perspectiva individualistas. Desde estos nuevos lineamientos se producen avances y surgen unos instrumentos vinculantes, especialmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, que tiene un enfoque de integralidad, de colectivos, de indivisibles, etc.; es decir, hay unos ejes centrales que son vitales en materia de derechos humanos desde la pers-

pectiva indígena. En realidad, el derecho al territorio, el derecho a la autonomía, el derecho a la cultura, sólo es posible entenderlos e implementarlos adecuadamente si se trabajan, si se interpretan en su conjunto. En estos aspectos afortunadamente se está avanzando.

2. ¿Qué debe entenderse por derechos colectivos en un Estado multiétnico y pluricultural?

– Los derechos colectivos, desde la perspectiva de los grupos étnicos, tienen unos elementos que no necesariamente son iguales a los derechos colectivos de los que habla la Constitución colombiana en su artículo 88, que se refiere al derecho colectivo al ambiente sano, derecho colectivo a la moralidad administrativa, etc. Ése es un sentido distinto de derechos colectivos. Pero desde la perspectiva indígena y étnica hay dos elementos fundamentales que no necesariamente son tenidos en cuenta en los otros derechos colectivos: el elemento espiritual y el elemento histórico. Si no se consideran en una decisión judicial estos dos elementos, se están dejando grandes vacíos. Por ejemplo, veamos el derecho colectivo al territorio para los pueblos indígenas: el territorio tiene un sentido espiritual, un sentido histórico, que no es igual para un campesino o para una persona de una ciudad; allí radica la diferencia. Afortunadamente la Corte Constitucional de 1993, en la sentencia 380, de la que fue ponente el magistrado EDUARDO CIFUENTES, dice claramente que los derechos colectivos de los pueblos indígenas tienen elementos como los que yo comento, que tienen que tenerse en cuenta en un análisis de los derechos colectivos. Además, lo anterior quiere decir que los derechos colectivos, desde su propia consecución, desde el momento de su reconocimiento, son conocidos porque son el resultado de un proceso social, político y cultural conjunto en el que

toda la colectividad sujeto de derechos ha participado para su reconocimiento. Desde esa propia historia son colectivos; por lo tanto no le pertenecen a nadie en forma particular: le pertenecen a la comunidad. Diría la Corte en la sentencia que le comento, la 380 de 1993, que son derechos y usos que están en la cabeza y en la conciencia de todos y cada uno, y que por tanto son de todos: cada uno tiene derecho a participar de verdad en la conciencia y el pensamiento de toda la colectividad.

3. ¿Conoce usted alguna normatividad, internacional o nacional, además del Convenio 169, que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas?

– Existe también la convención contra el racismo, contra la discriminación racial, que fue aprobada por Colombia en 1982 con la Ley 21; igualmente está la convención sobre libertad biológica, que Colombia ratificó en 1995 y ahí hay unos apartes muy importantes, porque establece el reconocimiento de los derechos en términos colectivos e indica unos parámetros del procedimiento de cómo se relacionan estos derechos con otros.

3.1. Sabemos que usted conoce la Carta Africana de los Derechos Humanos. ¿Puede comentarnos de qué se trata?, ¿qué tiene de bueno y qué de ella hace parte del sistema jurídico internacional respecto al reconocimiento de las comunidades indígenas?

– Usted sabe que en el derecho internacional las declaraciones no son vinculantes: son declaraciones políticas. Si bien es cierto que se adquiere un compromiso moral o político como Estado, dentro del sistema no son vinculantes. Cualquier carta, por ejemplo la Declaración de los Derechos Humanos, se convierte en exigible por

cuanto es universal, pero jurídicamente no es vinculante. Esas declaraciones apenas son “vinculantes” en cuanto contienen elementos vitales para todo ser humano, para todo pueblo; pero no lo son en cuanto no constituyen instrumentos jurídicos, como los tratados o convenios. Y así como hay una carta sobre los derechos humanos a nivel universal, también por regiones hay cartas, declaraciones e instrumentos regionales que orientan y precisan la protección de los derechos fundamentales. Así como en América hay una carta sobre derechos humanos y una convención sobre derechos humanos, existen unos mecanismos para vigilarlos: está la comisión de derechos humanos de la OEA y la Corte Interamericana. En el mundo ocurre algo similar: comisión de derechos humanos de la ONU, Corte de la Haya, Corte Penal Internacional-Estatuto de Roma. Igual sucede en la región de África y en Europa. Hay unas cartas que son expresiones políticas y de ellas se han derivado instrumentos jurídicos de protección, teniendo en cuenta que tienen algunas particularidades diferentes de los parámetros generales que establece Naciones Unidas. Ése es el caso de la Carta de África, que incluye aspectos que no están en la Carta de Derechos Humanos de América, lo cual es obvio porque la población y la realidad de América son distintas a las de África, aunque en general los elementos centrales son iguales. Estos elementos centrales no pueden ser distintos, porque si, por ejemplo, hablamos de derechos humanos, hay aspectos que son esencialmente los mismos: el derecho a la vida y el derecho a no ser desterrado, por citar dos de ellos. Ahora bien, las cartas de las regiones del mundo –África, América, Asia, Europa, etc.– no pueden estar en contravía con las normas globales, porque hay puntos que les corresponden a todos los seres humanos del planeta.

4. ¿Conoce usted alguna jurisprudencia internacional o nacional que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas? En caso afirmativo, enúnciela(s).

– En detalle no sabría decirle, pero hay jurisprudencia de la Corte Interamericana relacionada con Nicaragua. Sobre defensa y protección de los derechos territoriales. La comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de Nicaragua, ganó la demanda después de un largo proceso y la Corte Interamericana obligó al Estado de Nicaragua a garantizar el derecho al territorio en forma integral. Para el caso de Colombia, por ejemplo, más que sentencias, ha habido pronunciamientos en los que se requiere al Estado colombiano a proteger los derechos colectivos a través del mecanismo de las medidas cautelares, y hay casos de medidas provisionales, que es el siguiente paso. Las medidas cautelares las decreta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, y de las medidas provisionales se encarga la Corte Interamericana. Ya hay varios casos en que la Corte Interamericana ha decretado medidas provisionales, relacionadas con la protección de los indígenas Kankuamo en la Sierra Nevada, y el Estado está obligado a protegerlos. Otro caso que llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el de la masacre del Nilo, en el Cauca, que ocurrió en el año 1991, y en la que mataron a más de 20 personas. El caso llegó hasta esa Corte, que le planteó al Estado colombiano conciliar a través de un diálogo entre las partes. El Estado tuvo que conciliar con los indígenas del Cauca y se llegó a un acuerdo para indemnizar todos los daños y perjuicios causados por la falta de diligencia en la protección de los derechos. Ése es otro caso interesante. Si bien es cierto que la Corte no llegó al punto de sancionar directamente, hizo sentar a la mesa a las partes y que éstas acordaran la forma de indemnizar o reparar los daños causados.

5. ¿Cuál debe ser la concepción de la vida y su respeto dentro de un Estado multiétnico y pluricultural?

– Es muy importante tener en cuenta el pluralismo jurídico. Es decir, es necesario que el Estado, la sociedad, quienes toman decisiones políticas y jurídicas entiendan la visión sobre el desarrollo, la visión o la cosmovisión sobre la vida individual y colectiva, sobre la perspectiva de los distintos grupos del país. Hay también una gran diversidad de visiones y esto implica, por supuesto, una gran visión del mundo jurídico; es decir, es necesario que en el país avancemos hacia los que se suelen llamar los diálogos-saberes, en el marco de la interculturalidad. Hay mucho trabajo por hacer. No llevar a cabo ese ejercicio implicaría una imposición, como si no tuviéramos una concepción como la de la Constitución del 91.

6. ¿Qué debe entenderse por dignidad humana en un Estado multiétnico y pluricultural?

– La dignidad humana debe partir de los principios esenciales de la cosmovisión de cada pueblo, de cada grupo humano, porque cada uno de ellos tiene unos principios sobre la vida y lo que la orienta. Los parámetros de medición sobre la dignidad no pueden ser solamente la ética y la moral cristianas; hay que tener en cuenta también la visión, y los principios éticos y morales, por ejemplo, de los Arhuacos o de los Inga. Nosotros tenemos tres principios fundamentales antiquísimos, que siempre nos los recuerdan los mayores y que se van transmitiendo de generación en generación, principios que en un sentido tienen algo de similitud con los del cristianismo aunque no son iguales. Todos ellos deben ser tenidos en cuenta cuando se habla de dignidad. Pero por otro lado también hay que decir que la dignidad humana no es solamente el aspecto externo. El hecho de que esté consagrada en un

artículo, en una norma, en la Constitución, en la ley, que diga que se respete, no significa que se esté respetando: tiene que ser real. La Corte Constitucional dijo en una sentencia que se requiere que el Estado le reconozca una personería sustantiva, es decir, que sea de carne y hueso. La diversidad implica todo eso y, si no se hace así, cae uno en aquello de decir: “Le estoy dando una vivienda digna” cuando en realidad lo estoy ubicando en una situación de hacinamiento; en vez de generar vida, estoy afectando el derecho a la vida.

7. ¿Conoce casos en los cuales se haya atentado o se esté atentando contra la vida de las colectividades? En caso afirmativo, ¿podría decirnos cuántos? Detállelo(s) o coméntelo(s).

– Sí. Creo que somos líderes en el reconocimiento normativo de los derechos. Pero desafortunadamente hay ciertas zonas en las que entre la teoría y la práctica existen grandes vacíos. Pero somos líderes. Si vamos a ver la realidad, la situación de los grupos étnicos –humanitariamente hablando– es crítica. ¿Por qué lo decimos? Por el problema de desplazamiento. El derecho está quedando vacío. Hay un problema de desterritorialización. Se está reconociendo la autonomía, que es otro derecho importante; se ha reconocido en la Constitución y en las leyes reglamentarias nacionales e internacionales; sin embargo, no se está respetando a las autoridades indígenas y a las instituciones indígenas por parte del mismo Estado y por los actores del conflicto. Es, ni más ni menos, el derecho a que los territorios indígenas o de los grupos étnicos sean inalienables. Lo peor es que hay instrumentos para sancionar: dice el Código Penal que quienes invadan los territorios de los grupos étnicos serán sancionados penalmente. Pero en este país se hace

de todo y hay muchísimos casos en que se está afectando la integridad física y cultural de los pueblos indígenas y de los grupos étnicos. Igualmente, cuando se restringen o se establecen presupuestos muy limitados que no permiten ejercer programas interculturales, también se está afectando el derecho de las comunidades.

7.1. Las fumigaciones que se hacen sobre territorios que habitan pueblos indígenas ¿estarían afectando el derecho a la vida de dichos pueblos y por qué?

– Por supuesto, y no solamente de los pueblos indígenas. El problema es que el tema no ha sido suficientemente tratado, judicialmente hablando. Hay hechos empíricos que indican cómo la fumigación ha afectado la seguridad identitaria. Se ha acabado con los cultivos lícitos. La fumigación también ha afectado la salud humana: puede llegar a producir problemas dermatológicos, gastrointestinales, respiratorios. Incluso ha habido denuncias y se han reportado muertes de niños y adultos. Por eso creo que ha sido interesante que a raíz de una acción de tutela de los pueblos indígenas de la Amazonia colombiana, coadyuvada por la Defensoría del Pueblo, la Corte Constitucional indicó al gobierno colombiano que cuando se vaya a realizar un programa de fumigación –y sobre eso hay una sentencia de octubre de 2003– se debe hacer una consulta previa. Es un mecanismo importante, para determinar –comunidad y gobierno– cómo erradicar los cultivos ilícitos. Esta sentencia fue tramitada como ella establece: hubo un acuerdo previo entre el gobierno y los indígenas de la Amazonia. Siempre que se vaya a llevar a cabo una acción para erradicar los cultivos ilícitos, debe concertarse previamente con las autoridades de los pueblos indígenas de la Amazonia.

7.2. ¿Esa consulta previa es vinculante, es obligatoria, se tiene que llegar a un acuerdo?

– Hay que leer el artículo 6.º del Convenio 169.

7.3. ¿Cómo se puede interpretar ese artículo?

– Yo no creo que se tenga que interpretar. Para mí es claro el artículo.

7.4. Cuando se dejan por fuera las propuestas que hacen los pueblos indígenas para un plan de desarrollo, ¿se podría estar atentando contra el derecho a la vida de dichos pueblos? ¿Por qué?

– De hecho la Corte Constitucional sabiamente ha dicho que la participación es un derecho fundamental, es un derecho tutelable. Para el caso de los indígenas, de los grupos étnicos, debe tener un procedimiento especial, un tratamiento especial, que se debe hacer a través de sus instituciones, sus autoridades, teniendo en cuenta los mecanismos democráticos, que no son iguales a los de cualquier otro grupo de ciudadanos. Puesto que la participación es fundamental, no garantizarla en un proceso de discusión, de decisión del plan de desarrollo municipal o nacional, simplemente está afectando un derecho fundamental. Si además hay exclusión en los programas de desarrollo, es mucho más grave. Porque no basta con que se les dé la participación a los voceros legítimos de las comunidades. Lo más importante es que, por ser un derecho fundamental, efectivamente en los programas de desarrollo local, regional, departamental o nacional, se diseñen políticas públicas y se asignen recursos efectivos para implementar esas políticas. De lo contrario puede haber una participación, pero si no se concretiza no se ha hecho nada.

7.5. En el caso de los Wayúu, cuando hay una ofensa grave como, digamos, un homicidio, los familiares afectados tienen derecho a una reparación en la cual existe un pago. Si no se llega a un acuerdo, se desata una venganza en contra del agresor y su familia. ¿Cómo haríamos para conciliar el derecho que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cobija –el derecho a la vida individual del agresor– con el derecho colectivo a las tradiciones y costumbres del pueblo Wayúu?

– Yo creo que ahí no hay ninguna incompatibilidad, porque no es cierto que los Wayúu tengan como norma “diente por diente, ojo por ojo”. Ellos tienen sus mecanismos a través de los palabreros. Por supuesto, desempeña un papel importante aquella negociación que podríamos llamar de otro nivel, es decir la conciliación, y la negociación consiste en llegar a un acuerdo para indemnizar en dinero o en especie al agredido, y éste tiene derecho a hacer exigencias y llegar a acuerdos. Normalmente, cuanto más grave sea la agresión y más tiempo pase, hay más exigencias, tanto para el valor de la indemnización como para la reparación del daño. Pero no es cierto que entonces se vaya a acabar con la vida del agresor.

7.6. No nos referíamos a eso, sino a que si no se llega a esa etapa de acuerdo, podría existir una retaliación

– Pero entonces llegamos al nivel del DIH. El tema del Derecho Internacional Humanitario no ingresa al derecho con el Protocolo de Ginebra. En los pueblos indígenas, históricamente ha habido regulaciones para los conflictos internos. Eso no es exclusivo de los Wayúu, sino también de los Inga y de los Huitotos, entre otros. Porque hay que aceptar que ha habido guerras internas, pero siempre ha existido un arreglo. Por supuesto los Wayúu tienen unas reglas. Cuando hay conflicto, por ejemplo, ellos tienen

claramente establecido que no se puede maltratar a los niños, que no se puede hacer daño a los ancianos, que no se puede ir más allá, o sea, que no se pueden tocar ciertas cosas. Sobre este punto, los Wayúu saben hasta dónde pueden llegar y hasta dónde no. ¿Qué es lo que hay que hacer? Se debe realizar un análisis comparativo, entender cuáles son los mecanismos del Derecho Internacional Humanitario, y ya, según la cultura Wayúu, cuáles son sus mecanismos en derecho. Vamos a ver que sí hay unos protocolos históricos establecidos entre todos y que los respetan. Pues tampoco es que sea una situación desordenada y que no respete nada...

8. ¿De qué manera se expresa el principio de la autodeterminación de los pueblos en un Estado pluricultural y multiétnico?

–Ningún pueblo indígena está pensando en la autodeterminación. Aquí lo que se está hablando es del derecho a la autonomía dentro de un Estado social de derecho único, que es el Estado colombiano. Lo que pasa es que dentro del Estado se exigen y se reclaman derechos que están reconocidos a unos territorios autónomos, pero sin salirse de la estructura de la nación colombiana. Esto implica que el Estado colombiano debe poco a poco ir implementando las distintas formas de planificación, las distintas formas de inversión, las distintas formas de administrar justicia, etc. Yo creo que se tiene que hablar de grupos autónomos –sin caer en lo que conocemos como federalismo porque eso es otra cosa– pero armonizados con el Estado colombiano. Este principio, en un Estado pluricultural y multiétnico, se expresa a través de políticas diversas con ejes comunes.

9. ¿De qué manera se expresa el principio de la diversidad étnica y cultural en un Estado pluricultural y multiétnico?

– De múltiples maneras. Necesariamente se tienen que implementar políticas diferenciadas en materia lingüística, educativa, económica, social, cultural, etc.; incluso en materia religiosa porque así está establecido. Pero eso implica una gran flexibilidad mental de los ciudadanos, de las sociedades y del mismo Estado. De lo contrario puede haber una buena teoría, pero no una práctica. Ese principio también implica, de la sociedad y de los grupos culturales, la diversidad hacia el otro lado. Por lo anterior, el diálogo de saberes en el marco de la interculturalidad es reciente, pues es no sólo *hacia*, sino también *desde* las comunidades indígenas. Por eso yo insisto mucho que los temas de la política y el derecho a la etnoeducación no solamente pueden ser enfocados hacia dentro –en la cultura propia– sino también hacia fuera: que la sociedad sepa cómo son las metodologías, los contenidos, que entiendan también qué cosas hay en el exterior.

– *Caso hipotético*

10. ¿Podría considerarse como una vulneración al derecho a la subsistencia de los grupos indígenas el introducir tradiciones y costumbres que les son extrañas?

– Para contestar la pregunta, quisiera hablar de la cultura del Yajé. El Yajé, químicamente hablando, es un alucinógeno; eso nadie puede discutirlo. Pero cultural y espiritualmente, durante muchos años los pueblos amazónicos lo han considerado un elemento vital para la limpieza espiritual de las personas. ¿Cómo se maneja el yajé, para que no produzca efectos dañinos? Solamente a través de los tallos. No se le puede dar cualquier tipo de

trato a un elemento tan importante. Una persona que sabe química pero no tiene conciencia y no entiende el valor espiritual y cultural de esta preparación, por supuesto va a mirar simplemente el carácter de alucinógeno, el ingrediente que lo está afectando. Pero quien conoce y se ha acercado en algún sentido a la cultura del Yajé, a los que somos de la cultura del Yajé, va a entender. Yo creo que el asunto es que haya un orden interno y externo. ¿Quién puede dominar internamente? En este caso, los Ingas. Yo normalmente tomo y más que todo participo en las sesiones de Yajé, como hábito nuestro y además personal. No creo que me esté haciendo daño; yo soy consciente: lo tomo como un alimento espiritual, como una fortaleza espiritual. Sé que químicamente tiene unos efectos; por eso tiene que tener una dosis, y conocer que solamente lo consumen los sabios. De manera que, volviendo a su pregunta, yo creo que el caso que usted me cuenta es muy similar al del Yajé, que es real. Es un asunto de conocer y ser respetuoso con las diferencias que existen en los distintos grupos humanos. El Estado, la sociedad, tienen ese derecho y ese deber. Entonces, creo que depende mucho de los valores éticos. Uno pensaría, por ejemplo, ¿qué significan para cualquier persona que no sea de la religión cristiana, el sagrario, la hostia, el vino? Quienes están en esa confesión lo entienden, lo viven y les hace bien. ¿Por qué a otra persona no le hace bien? En eso influye todo lo espiritual, diríamos en estos casos. Y el Estado, de hecho protege esas creencias, esas confesiones. Entonces, no cualquiera puede volverse católico, ni cualquiera orienta un ritual como la misa. Lo mismo pasa al interior de los pueblos indígenas, al interior de los grupos étnicos cuando se habla del uso de ciertos elementos que son vitales para ellos.

11. En caso de ser el gobierno el encargado de introducir dichas tradiciones y costumbres, ¿sería éste responsable de ello? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿hasta dónde llegaría su responsabilidad?

– En el marco de la Constitución, debe respetar la interculturalidad. Aquí vale la pena que ustedes analicen con cuidado los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional y el tema tiene que ver mucho con la parte de la religión. Al respecto hay una sentencia importante referida a los Arhuacos, muy interesante. No es que se prohíba: si tú quieres escoger, puedes hacer lo que quieras, pero dentro de tu territorio.

12. En caso de prohibírsele a un grupo indígena el uso de sustancias o de plantas de carácter curativo –prohibición que puede llevar a afectar sus derechos a la identidad, a la dignidad humana y a la salud–, ¿qué recursos o procedimientos le quedan a dicha comunidad para tratar sus dolencias o males?, ¿cuáles serían las consecuencias de esa prohibición?

– Pueden prohibirlo normativamente, pero aspectos que son históricos y culturales, así el Estado los prohíba, a no ser que les pongan un policía encima de las comunidades, van a seguir siendo usados por ellas.

13. ¿En qué casos se desconoce el principio de la diversidad étnica y cultural respecto de un grupo indígena?

– En Colombia, en muchos casos. Ya he dicho que hay una teoría interesante en la Constitución; en la jurisprudencia incluso hay doctrina y hay normas múltiples. El asunto es que, ya lo comentaba, hay desplazamiento, hay problemas de desnutrición, problemas de enfermedades, problemas de desconocimiento de las normas por parte de la autoridad. Todo eso indica que se está olvidando el derecho a la identidad de los grupos.

14. ¿Conoce usted a alguien en particular que pudiera aportar a esta investigación? En caso afirmativo, ¿cómo se llama, cómo se le podría contactar y tratar inicialmente?

–Yo les aconsejo que hablen con los de la ONIC. También pueden contactar a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior.

Número de entrevista: 13

Nombre del entrevistador: DERMAN VÁSQUEZ

Fecha: 8 de septiembre de 2004

Hora: 9:30 a.m.

Lugar: Bogotá

Nombre del entrevistado: FRANCISCO TISOY,
(Gobernador Inga)

Comunidad: Inga

Etnia: Inga

Lengua: Inga y español

Municipio: Santiago de Sibundoy

Departamento: Putumayo.

Presentación: Soy DERMAN VÁSQUEZ, investigador del Centro de Investigación de Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

Comentario general del tema por estudiar: Estamos analizando el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas, frente a la normatividad internacional y nacional.

Metodología:

Se desarrollará un diálogo. Así mismo, se realizarán las preguntas adicionales necesarias para completar el cuestionario básico.

Ambientación:

Entrevistador: ¿Podría hacernos una presentación de usted?

Entrevistado: Mi nombre es FRANCISCO TISOY. Yo soy de la comunidad indígena Inga y la represento. Soy gobernador posesionado legalmente ante la Alcaldía Mayor. Estoy representando como autoridad mayor aquí en Bogotá. Nosotros tenemos la costumbre de tener una autoridad cada año; muchas veces somos reelegidos, y puede ser por un año o dos. Ésa es nuestra autonomía, son nuestras costumbres.

Entrevistador: ¿Qué labores está desempeñando para su comunidad?

Entrevistado: Por mi comunidad estoy trabajando duro. La verdad es que la comunidad está un poquito descuidada: las instituciones no la han tenido en cuenta. Entonces ahorita estamos peleando por la cuestión de educación, la cuestión de salud, la cuestión del adulto mayor. Quiero también mirar cómo nos unimos para poder juntos trabajar. Y aquí en el Distrito, tratamos de buscar una solución para la situación de algunos Inga que desempeñan en la capital labores de vendedores ambulantes.

Cuestionario

– *Núcleo del tema*

1. ¿Qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

– Pues la verdad, para nosotros, sabemos que hay derechos, que hay leyes, toda esa cuestión del gobierno,

nacional, internacional, pero nosotros hemos visto legalmente—y por esa misma razón nosotros estamos hablando en encuentros étnicos que ya tuvimos el 28 de julio— y la verdad es que nosotros no hemos sido legalmente vistos por otros que dicen que hay ley o alguna cosa. Nosotros hemos visto que, así haya ley, como todos los indígenas no sabemos esa cuestión de ley o donde se diga que a uno lo ampare, los gobiernos se brincan por encima de uno. Dicen: “Tranquilos, nosotros los estamos protegiendo” y muchas veces nos están destruyendo. Entonces, ésa es la pelea de nosotros en la que estamos trabajando duro, para ver cómo logramos que eso de verdad se mire, se visualice. Además porque a nosotros hay muchas veces que nos invitan a un lado, a otro, nos sacan investigaciones, y cuando nos damos cuenta, nosotros no tenemos nada, ni protección ni amparo de ninguna persona, ni de ninguna entidad, y menos del gobierno.

1.1. Entonces usted dice que hay leyes pero no las aplican...

– No las aplican. Solamente es palabra, pero cuando uno ve en realidad, no hay esa seriedad.

2. ¿Qué debe entenderse por derechos colectivos en un Estado pluricultural y multiétnico?

– Un derecho colectivo, por lo menos nosotros los indígenas siempre hemos sido nativos de aquí, y nosotros somos los que verdaderamente necesitamos que haya un amparo, que haya una entrada más hacia nosotros, porque nosotros somos los que sinceramente mandamos aquí en Colombia, en nuestro territorio. Nosotros deberíamos mirar más al fondo, nosotros representamos a los indígenas, nosotros también hoy en día hemos despertado y nosotros tenemos representantes legales. Aunque no

mucho con leyes, pero a nosotros nuestras tradiciones nos amparan esa cuestión.

3. ¿Conoce usted alguna normatividad internacional o nacional que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas? En caso afirmativo, enúnciela(s).

– Pues hay una ley que nos está amparando, que es ya sobre la cuestión de los trabajos, que es la Ley 169, que ya no es sólo nacional: es internacional. Es el Convenio 169 de la OIT. Ése es el único que de pronto nos ha servido como protección, porque la verdad nos está ayudando también por lo menos a que haya como un encuentro más hacia el fondo. Por lo menos en parte nos consultan porque antes de haber ese Convenio, nosotros no mirábamos que hubiera una cosa de fondo y ellos hacían y deshacían por encima de nosotros. Ésa es la única que medio nos ayuda a mirar más al fondo. Pero el resto de cosas no ha sido posible.

4. ¿Conoce usted alguna jurisprudencia internacional y nacional que reconozca, garantice y proteja el derecho a la vida de las colectividades, específicamente de los pueblos indígenas? En caso afirmativo, enúnciela(s).

– Pues hasta el momento no.

5. ¿Cuál debe ser la concepción de la vida y su respeto dentro de un Estado multiétnico y pluricultural?

– El respeto pues eso siempre lo hemos dicho. Por lo menos que se respete a las comunidades indígenas, ayudándolas, protegiéndolas, no de pronto olvidándose y echando encima las cosas que no son. Es el caso que ahorita está sucediendo. Por lo menos muchos de los indígenas que viven ya más hacia la selva están pidiendo ayuda al

gobierno a gritos, por la cuestión de la violencia. Pero hay muchas veces que dicen: “No, eso ya la otra semana se arregla” y cuando nos damos cuenta, pasan años y años y no hay ninguna solución. Es entonces un descuido. No quiero decir que uno no esté pidiendo auxilio, sino que ellos de pronto no tienen esa voluntad de colaborar.

6. ¿Qué debe entenderse por dignidad humana en un Estado multiétnico y pluricultural?

– En mi cosmovisión, pues tener un respeto es respetar nuestros idiomas, nuestros trajes típicos, nuestra medicina tradicional. Eso es lo que a mí respecto tiene como un respeto muy grande. Yo por lo menos trabajo mucho con la medicina; por eso a mí me gustaría hablar de ese tema porque es delicado para nosotros porque, aquí por lo menos en la ciudad, nosotros estamos sobreviviendo con nuestra tradición, con nuestra medicina. Entonces eso es lo que me gustaría aclararle de ese punto.

6.1. Existe una consulta establecida en el Convenio 169 de la OIT. Según algunos, la consulta previa no tiene carácter vinculante, o sea, no es obligatoria. En otras palabras, que se puede llegar o no a un acuerdo con una autoridad tradicional o un pueblo indígena que se vea afectado con la explotación de recursos. ¿Cómo ve usted esa consulta previa, si no tiene carácter obligatorio, si ya no se tiene que llegar a un acuerdo con la comunidad afectada?

– Muchas veces en esas cuestiones es complicado. Por lo menos cuando ya hablamos de cuestión de minas. Si nosotros somos los dueños, por lo menos de los resguardos, y si nosotros no queremos, el gobierno no tiene por qué obligarnos diciendo: “Bueno, ustedes tienen, por ley, que acceder a que nosotros entremos a sacar, por ejemplo, el oro, el petróleo” o, por decir, otras cosas. Pero ahí hay

un problema: que de parte del gobierno no hay respeto. Por esa misma razón, nosotros, si queremos, aceptamos; si no queremos no aceptamos, porque miramos que eso nos perjudica. ¿Qué pasa cuando de pronto [aparece] una mina de petróleo y entran de parte del gobierno a sacar esa cuestión?, ¿qué pasa? Que, en primer lugar, dañan nuestros territorios, empieza a entrar gente desconocida. En segundo lugar, se destruyen las tierras; en tercer lugar, ya los indígenas somos manipulados, como le digo. Esas cosas son las que destruyen, de pronto, a una tribu o a una organización indígena. Eso es algo delicado, por lo menos para nosotros los indígenas.

6.2. En el caso de los químicos que está ahora el gobierno introduciendo en ciertos territorios donde habitan pueblos indígenas, ¿podrían estar afectando la vida de estos pueblos y por qué?

– Me está hablando de la cuestión de los cultivos ilícitos. Pues lógico que eso nos afecta mucho a nosotros, porque los indígenas no estamos acostumbrados a que de pronto vengan y echen químicos. Nosotros tenemos también nuestras costumbres, nosotros también por medio de la naturaleza conocemos nuestra medicina, cómo cultivar un frijol, una papa o cualquier otra cosa. Una cosa es que no haya consulta con los indígenas, y a veces sin permiso van regando lo que se llama químicos, entonces eso es lo que a veces nos destruye. Muchos indígenas somos verdaderamente delicados, somos celosos a eso. Por lo menos nosotros los indígenas, hay muchas veces que no acostumbramos ni siquiera a utilizar jabón, porque nosotros tenemos el mismo champú de la madre naturaleza, que son de pronto, las flores, las cortezas, las hojas; con eso preparamos y con eso nos bañamos. ¿Por qué? Porque nosotros no queremos destruir nuestro

cuerpo. Últimamente hemos visto que con cuestión de químicos nuestro cuerpo empieza a veces a enfermarse, o de pronto a salir enfermedades que no hemos tenido. De pronto, como un ejemplo, le dio una rasquiña, o en la piel le salió algo desconocido, por esa misma razón. Y por eso no aceptamos que se fumigue.

6.3. En el foro de grupos étnicos, algunos se quejaban porque los convocaban para hacer sus propuestas al Plan de Desarrollo, pero decían que, al final, esas propuestas no se reflejaban en el Plan. ¿Esto podría estar atentando contra la vida de esos grupos y por qué?

– Estamos hablando del plan de vida de los indígenas. O mejor, de los grupos étnicos, porque aquí hay grupos étnicos afrocolombianos, ingas, gitanos, muiscas, quechuas. La verdad, unos sí estamos en ese papel. Que se diga que podemos salir adelante y que podemos ser amparados. Pero para otros me parece que no hay suficiente reflejo de ayuda, digamos, pareja. Siempre hay un velo que está tapando el sol, entonces no se refleja parejo. Por esa misma razón, siempre los compañeros se quejaban y decían: si ellos pueden tener esto, nosotros ¿por qué no, por qué razón? Por decirlo, nosotros estamos trabajando en cuestión de educación, en cuestión de vivienda, en cuestiones de trabajo. Nosotros los indígenas no estamos enseñados, y sobre todo los Ingas, a recibir un empleo, porque nuestra tradición, nuestra costumbre, es trabajar con la medicina, y de manera independiente: siempre hemos sido independientes. Si a nosotros los Ingas nos dicen: “Bueno, está bien. A ustedes se les va a aprobar que puedan usar tranquilamente su medicina natural”. Eso para los Ingas. ¿Y para los otros grupos? A ellos les dicen: “Lo que pasa es que ustedes tienen otra costumbre, otra tradición” y se les está negando. No se mira la

ayuda parejo, como lo vienen destacando en la cuestión desarrollo plan de vida. Entonces uno mismo cae en cuenta cómo son las cosas. Por lo menos, si ustedes son 12 hermanos y si a uno le van a dar menos, ése queda como más afuerita. Ya no es como cuando uno comparte la comida por igual. Si usted va a otro lado y le dicen: “No, lo que pasa es que él es más grande, démosle un poquito más”. No debería ser así, porque a la final hasta los pequeños comen más.

6.4. En el caso de los Wayúu, no sé si usted sabe, que cuando existe una ofensa grave, como un homicidio, si no se llega a un acuerdo de pago por dicha ofensa, lo que llaman indemnización, se desata entre las familias una retaliación o guerra, en contra del agresor y de su familia. Entonces, ¿cómo se puede equilibrar en este caso el derecho a la vida de ese agresor, pero al mismo tiempo las tradiciones y costumbres de los Wayúu?

– Yo sinceramente tengo que decirle algo que usted mismo sabrá: yo soy bien claro. Nosotros, cada comunidad indígena tiene sus costumbres. No me gustaría tocar ese tema porque, la verdad, los Wayúu son una comunidad indígena, pero no conozco la costumbre de ellos. Yo respeto eso, porque no sé. El caso de nosotros es diferente. Aquí en Colombia hay como 72 u 82 razas indígenas, con diferentes lenguas y costumbres. En el caso de nosotros es muy distinto: primero se va al cabildo; si allá no se puede solucionar el problema, se acepta el acceso de una autoridad más mayor, lo que se llama la autoridad blanca, un juzgado, un juez. Y eso tiene que ser con una orden del gobernador. En el caso mío, si yo no doy autorización, ellos no tienen nada que hacer allá. Los Inga tienen una autoridad. Eso siempre se ha venido respetando de parte del juzgado, de nuestras autorida-

des blancas. También nosotros tenemos nuestras leyes y puede complicarse, pero las de perder siempre las llevan ellos, porque no conocen nuestras costumbres, nuestras tradiciones ni nuestras leyes. Yo les hablo de los Ingas. Pero sobre el tema que usted me preguntaba, yo lo dejo quieto, porque sinceramente no tengo ningún conocimiento de eso y respeto eso.

7. ¿De qué manera se expresa el principio de la autodeterminación de los pueblos en un Estado pluricultural y multiétnico?

– Siempre está el conocimiento, las costumbres, las tradiciones de cada indígena. Compartimos eso y si de pronto ustedes tienen esa costumbre, nosotros no la tenemos; ustedes trabajan así, nosotros no trabajamos así. Nos gustaría compartir. Si por lo menos, en nuestro caso, nosotros podemos curar este mal de esta forma y ustedes de otra, ¿cómo lo hacen? Siempre procuramos compartir.

7.1. O sea que la autodeterminación se expresa a través de los distintos saberes...

– Sí.

8. ¿De qué manera se expresa el principio de la diversidad étnica y cultural en un Estado pluricultural y multiétnico?, ¿cómo se respeta?

– Se debería respetar. En primer lugar, no pasándose, de pronto, la cuestión de nuestros saberes; de pronto no abusando de nuestras creencias, no burlándose. Nuestras creencias siempre han sido, desde el principio. Nosotros los Ingas somos católicos, pero también creemos en nuestra madre naturaleza, en nuestras plantas. También tenemos creencia –por lo menos cuando es para tomar

algún remedio— en el sol, en el agua. Son cositas que mucha gente a veces irrespeta. Entonces, si queremos vivir bien y respetándonos, toca ir respetando lo principal, y por último uno mismo.

– *Caso hipotético*

9. ¿Podría considerarse como una vulneración al derecho a la subsistencia de los grupos indígenas introducirles tradiciones y costumbres que les son extrañas?

– En primer lugar, siempre nos afecta. Empecemos desde el principio. Lo que es desde el profesor hasta la visita a los indígenas. En primer lugar, la lengua de nosotros siempre la hemos tenido, y si hay muchas veces que decimos que no estamos ayudando, yo creo que en partes sí y en partes no. Porque cuando entra un profesor, o una persona blanca, con mucho respeto se lo digo, ¿qué pasa? La gente aprende el español, aprende a ponerse nuevos vestuarios. Después de ahí, ya no respetan, ya no respetan su tradición, ya se van olvidando de nuestra medicina, se van olvidando de nuestra misma lengua, porque al indígena le parece que con hablar el castellano, él ya sabe todo. Eso siempre nos afecta a nosotros. Porque ya de la ciudad no sale como un indígena, sino común y corriente. ¿Qué pasa? El indígena sale a la ciudad, ya no consume la medicina que ha venido consumiendo, ya no cultiva, se va olvidando poco a poco, y ahí es cuando se va acabando también con la madre naturaleza. Eso es un efecto muy en serio. No estoy diciendo que no enseñen: sí nos enseñan, pero así mismo nos destruyen. Entonces es algo delicado. Para un visitante colono que pase, que entre al fondo, verá que existe la paz, que existe la medicina, existe la costumbre. Eso es algo delicado.

10. En caso de ser el gobierno el encargado de introducir dichas tradiciones y costumbres, ¿sería éste responsable de los resultados? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿hasta dónde llegaría su responsabilidad?

– Exactamente. El gobierno tendría que consultar y comprometerse, pero con mucha seriedad, porque eso no es cualquier juego de cartas, en el que si usted gana, bien, y si yo gano, bien. Que haya un respeto por las autoridades indígenas, principalmente, y por los indígenas que vienen. Y por los niños indígenas, principalmente, porque ellos son los afectados por ahí.

11. Teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, el sistema jurídico, el esquema familiar y la educación de los grupos indígenas difieren de los que se evidencian en las sociedades mayoritarias, al tratar de imponer las costumbres de ésta sobre las de aquéllos, ¿se vulneran algunos derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para los integrantes de dicho grupo?

– Tocaría recordar cuál es el convenio o el acuerdo que hay con las comunidades indígenas, tanto nacional como internacional. Ahí sí hablo duro, porque, la verdad, no quiero decir que los indígenas estemos solamente en Colombia. Los indígenas estamos en todo el mundo; no es algo internacional sino mundial. En mi cosmovisión, en mi medicina tradicional que yo he tomado, yo he visto que hay mucha raíz, pero sagradamente, si no trabajamos en esto duro y si ustedes no nos colaboran, para nosotros esto va a ser una cosa muy terrible. Y se acordará algún día de un indígena que le habló aquí en Bogotá. Últimamente aquí ya no hay cuestión política. Si fuera política, la plata se gana y hasta luego. Pero aquí hay es un riesgo muy grande: en eso queremos ser muy claros. Hay mucha

violencia y mucha envidia. Entonces, ¿qué pasa ahí? Por lo menos, en el caso suyo. Que usted de pronto tiene dos compañeros y mira que uno trae más y mejor, y usted dice: “Él tiene mejor; yo también tengo que procurar”. Ya no es lo que tú eres, sino que ya sientes como esa envidia, como ese orgullo de tener algo más. Las cosas no son así: eso es lo que hay que ir cambiando.

12. En caso de prohibírsele a un grupo indígena el uso de sustancias o de plantas de carácter curativo –prohibición que puede llevar a afectar sus derechos a la identidad, a la dignidad humana y a la salud, ¿qué recursos le quedan a dicha comunidad para tratar sus dolencias o males? ¿Cuáles serían las consecuencias de lo esa prohibición?

– Grave. Si se pierde eso, se iría perdiendo la vida de cada persona que verdaderamente lo necesita. Porque en este mundo hay enfermedades conocidas y desconocidas. Conocidas, las que de pronto en una clínica un especialista puede curar, a corto o a largo plazo. Pero la enfermedad desconocida no la pueden curar ni en una clínica ni un especialista, así lo lleven fuera de Colombia, a Estados Unidos, donde hay el mejor médico que se diga occidental, para no decir médico o doctor. Nosotros los indígenas somos los que, verdaderamente, con nuestra medicina tradicional –que no le menciono así de fondo– sí podemos ayudar, y que puede ser muy sencillo, de pronto sin quitar una mano ni una pierna. Si se llegara a suspender nuestra medicina, la de los indígenas, yo creo que estaríamos perdiendo muchas vidas; la gente se estaría muriendo porque no hay una solución de parte de la medicina tradicional de nosotros, de los indígenas.

13. ¿En qué casos se desconoce el principio de la diversidad étnica y cultural respecto de un grupo indígena?

– Muchas veces por falta de conocimiento se desconoce. Dicen: “¿Usted qué garantía nos da o quién nos puede decir que usted es realmente un afrocolombiano, que usted es un raizal?” Ahí hay una confusión grande entre los raizales y los *afros*, porque todo el mundo dice que los raizales son los mismos negros y, mentiras, son diferentes. Por lo menos, en nuestro caso, con los compañeros Quichuas sucede que los confunden con los indígenas Ingas y no son lo mismo; es aparte, diferente. Se conocen o se distinguen por nuestros idiomas, o también por nuestras costumbres. Y hay un reflejo diferente.

14. ¿En qué casos se vulnera el principio de la autodeterminación de los pueblos indígenas?

– Ahí ya pasaría más al fondo. La gente no reconoce por lo menos qué es indígena, sino que ya se van más allá.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en junio de 2006

Se compuso en caracteres Palatino de 11,5 puntos
y se imprimió sobre papel bond de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares
Bogotá, Colombia

Externado
120 años de educación para la libertad