

Primera Competencia de Derecho Constitucional
“Constitucionalismo Transformador”

Caso Hipotético 2020

Los Embaimas vs. República Independiente de Macondo

Contexto general

1. La República Independiente de Macondo es un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que cuenta con una población de cincuenta millones de habitantes y un territorio de 1.142 millones km², divididos en 32 provincias.
2. El último proceso constituyente tuvo lugar hace treinta años. Desde entonces, Macondo cuenta con un modelo presidencialista (Rama Ejecutiva). El Congreso de la República es bicameral compuesto por el Senado y la Cámara de Representantes (Rama Legislativa). Tiene dos altas Cortes: la Suprema Corte de Macondo y el Tribunal Constitucional Nacional (Rama Judicial).
3. Los pilares de la Constitución de Macondo son la democracia, la participación, el pluralismo, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Los fines del Estado macondiano son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad del ordenamiento constitucional y legal, facilitar la participación ciudadana en todos los asuntos que les afecten, defender la soberanía nacional y asegurar un orden justo y pacífico.
4. El artículo 16 de la Carta Política señala que: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación macondiana”. Macondo es un Estado laico donde, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución, “se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.
5. La República de Macondo es mayoritariamente católica. De antaño, la Iglesia Católica ha estado inmersa en diversos asuntos estatales como la prestación de servicios de salud y la educación, y también es una fuerza política importante cuyo posicionamiento en los debates públicos tiene cada vez mayor relevancia. En los últimos años, varias iglesias evangélicas y protestantes han sumado esfuerzos para alcanzar una mayor participación política, tanto así que en la actualidad sus movimientos y partidos ocupan varios escaños en el Congreso.
6. El Tribunal Constitucional Nacional es el guardián de la Constitución de Macondo, sus funciones son: el control de constitucionalidad de las leyes, la revisión de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y la revisión del recurso de amparo. El recurso de amparo es uno de los mecanismos con los que cuentan los ciudadanos para proteger sus derechos fundamentales. El Tribunal se encarga de elegir, de todos los expedientes de amparo remitidos por los juzgados, tribunales o altas cortes, aquellos serán objeto de revisión.

7. Macondo es un Estado dualista, los tratados internacionales luego de surtir el proceso constitucional y legal para su ingreso al ordenamiento jurídico, se entienden normativamente integrados a la Constitución. El Estado macondiano ha suscrito varios tratados internacionales (ver anexo I) con el fin de crear un sistema normativo coherente con las dinámicas globales.
8. A pesar de la aparente estabilidad institucional, Macondo atraviesa una grave crisis política, que se ve agravada por los levantamientos armados que han tenido lugar desde mediados de los años sesenta y que han conducido a un conflicto armado interno de más de sesenta años. En la actualidad, en territorio macondiano coexisten fuerzas guerrilleras y delincuencia común organizada que se enfrentan constantemente con las fuerzas militares y policiales.
9. El territorio macondiano cuenta con grandes extensiones de bosques naturales (56.72% del territorio), recursos hídricos y minerales. Por esta razón ha sido calificado como el segundo país del mundo con mayores reservas hídricas y el primer país con mayor cantidad de páramos en el mundo. El art. 10 constitucional obliga al Estado y a las personas a proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.
10. En la República de Macondo coexisten 115 pueblos indígenas. La población indígena es equivalente al 4,4% del total nacional y se encuentra en 28 de las 32 provincias, la mayoría de estos pueblos habitan en zonas montañosas y otro tanto en zonas selváticas.
11. De ahí que, el ordenamiento jurídico macondiano reconozca que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se haga sin desmedro de la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las comunidades afectadas. Por esta razón existe un régimen de consulta previa.

El caso de Tupac y Maláca

12. Tupac nació en 1999 en el seno de la comunidad indígena Embaima. Una comunidad ancestral ubicada al occidente de la selva amazónica y cuya cosmovisión se caracteriza por rendir culto al cosmos, a los dioses y a los antepasados, por medio de ofrendas ceremoniales y prácticas rituales.
13. Los Embaimas creen en la verdad divina que revelan los astros a través de la madre naturaleza, sus estaciones, flora y fauna. Los Embaimas son reconocidos por ser magníficos agricultores. De hecho, en las comunidades aledañas los describen como aquellos “indios que recibieron el mejor regalo de la madre naturaleza: las tierras más fértiles del Amazonas. Ellos botan una pepa de cualquier fruta y crece el más frondoso de los árboles”.
14. No obstante, uno de los obstáculos naturales que enfrentan los Embaimas consiste en que, durante aproximadamente 8 meses del año, el único camino que los conecta con la ciudad capital más cercana y con otras comunidades aledañas se inunda a tal punto que cualquier tipo de transporte de carga y de pasajeros es imposible, cuestión que se agrava con los rudimentarios medios de transporte que poseen.

15. Los principales problemas derivados del aumento del caudal del río son: la inviabilidad del comercio y por ende el intercambio de bienes y servicios de primera necesidad. A su vez, los servicios médicos se limitan ostensiblemente, al punto en que solamente en casos excepcionalísimos los guerreros arriesgan su vida para trasladar a los enfermos.

16. Desde hace aproximadamente 10 años la Secretaría para Pueblos Indígenas de la oficina del Ombudsman ha emitido informes señalando la grave situación de sanidad y acceso a agua potable de los niños, niñas y adolescentes Embaimas. La comunidad actualmente cuenta con una alta tasa de mortalidad en edades tempranas como consecuencia del consumo de aguas no salubres o de saneamiento deficiente.

17. Al encontrarse durante tanto tiempo del año aislados y siendo conscientes de las complejidades del conflicto armado interno que se ha desarrollado en el país durante tantos años, para ellos, elegir un bando no es una opción. No hay ni buenos ni malos, simplemente militares que de vez en cuando pasan por su territorio, con los cuales comercian y obtienen medicamentos e insumos necesarios para su subsistencia.

18. Una de las plantas que desde sus inicios se cultivó fue la hoja coca. Los líderes espirituales más antiguos cuentan que, desde el génesis Embaima, esta planta los ha acompañado, facilitando las largas jornadas de trabajo durante las travesías que emprenden por la selva. Los usos que los Embaimas le han dado a la hoja de coca son muy variados y están íntimamente ligados a sus tradiciones e identidad cultural especialmente dedicada a la agricultura. La mata de coca, al crecer con tanta facilidad en sus tierras, es un símbolo de su fuerza y representa uno de los regalos que la tierra les ha dado para vivir.

19. Sin embargo, en agosto de 2016 un grupo armado al margen de la ley, el Movimiento Revolucionario Macondiano (MRM), se interesó en los Embaimas y empezó a visitarlos constantemente ofreciéndoles varios bienes y medicamentos a cambio de una producción de cierta cantidad de hoja de coca. En diciembre de 2016 tras tres meses de inundaciones, Maláca, quien desde hace 20 años es la lideresa de la comunidad, aceptó los ofrecimientos del MRM con el fin de atender la salud y otras necesidades de su pueblo en materia de protección, seguridad y vivienda.

20. La organización de la comunidad se basa en un régimen de castas donde la posición social de cada persona deviene de la actividad que históricamente desempeña su familia, dándole prevalencia a los guerreros protectores de la tierra. El Consejo de Guerreros elige al líder de la comunidad que deberá ser descendiente varón de cualquiera de ellos. El líder guía y gobierna la política, economía, espiritualidad e identidad étnica del pueblo Embaima.

22. La elección de Maláca como lideresa de la comunidad fue un punto de inflexión dentro de la historia Embaima. El padre de Maláca, el gran Kalapa, quien fue el guerrero más querido por la comunidad en las últimas décadas y sin descendencia masculina, había decidido postular a su única hija. El Consejo estuvo fuertemente dividido pues el rol de las mujeres Embaimas se reduce a la reproducción, cuidado de los hijos y labores domésticas. No obstante, al final vencieron las influencias del cacique Kalapa y su hija Maláca se proclamó como lideresa de la comunidad.

23. Desde su posición, Maláca ha promovido cambios profundos como, por ejemplo, la prohibición de la mutilación genital femenina que, a pesar de sus esfuerzos, se sigue practicando. Es por ello que aún hoy su calidad de lideresa sigue suscitando suspicacias y una porción importante del pueblo Embaima considera que Maláca “sólo quiere occidentalizar al pueblo, dejar de ser como se ha sido desde que la Madre Tierra parió a los Embaimas”. Las constantes tensiones han llevado a levantamientos y confrontaciones entre los miembros de la comunidad que ven a Maláca como una figura progresista, valiente y protectora de su pueblo (las castas de élites como el Consejo de Guerreros) y aquellos que consideran que Maláca carece de legitimidad para representar a los Embaimas (las castas más bajas).

23. En este contexto, tras la decisión de Maláca de aumentar los cultivos de hoja de coca, la comunidad procedió a la siembra y recolección de estos cultivos durante 3 años, utilizando como práctica agrícola la agricultura itinerante.

24. La constante visita del MRM al territorio Embaima durante los meses de inundaciones condujo a una intensificación en las operaciones y patrullajes militares en la zona por parte de las Fuerzas Militares de la República Independiente de Macondo. La presencia de los soldados despertó en Tupac, aquel joven Embaima de 17 años, un fuerte interés en esos hombres de uniforme. De tal suerte que en agosto de 2019, al alcanzar la mayoría de edad, y con la venia de Maláca, decidió unirse a las fuerzas militares.

25. Durante la formación militar de Tupac, los Embaima empezaron a sentir los estragos de la guerra. Las fuerzas militares al enterarse de la venta de hoja de coca al MRM empezaron a erradicar manualmente sus cultivos. El resto del tiempo, un dron rociaba herbicida afectando tanto los cultivos de hoja de coca como otros cultivos.

26. Con el paso del tiempo, la calidad de vida de los Embaima desmejoró radicalmente, el MRM dejó de intercambiar productos y medicamentos con ellos y durante los meses de rocío la salud de la comunidad disminuía aumentando la necesidad de medicamentos y atención en salud.

27. Por otro lado, el suelo fue perdiendo su fertilidad con el tiempo. No cabe duda que el rocío de herbicida poco a poco fue generando que dejara de florecer como antes y de ofrecer la misma cantidad de frutos.

28. Maláca, al notar la difícil situación de la comunidad, decidió contactar de nuevo al MRM en febrero de 2020. En la reunión que tuvo con uno de los mandos de este grupo armado, este le manifestó que estarían dispuestos a suministrarles los insumos y medicamentos que requerían, pero a cambio, la producción de hoja de coca debía duplicarse. Maláca, aceptó la propuesta y promovió dentro de su tribu, el cultivo de hoja de coca, reemplazando incluso otros cultivos como el maíz o la yuca.

29. A pesar de los esfuerzos de Maláca y su comunidad para aumentar la producción de la hoja de coca, las medidas adoptadas por el gobierno impedían cumplir con la meta pactada. Maláca empezó a sufrir graves complicaciones de salud por aumentar el tiempo

expuesta al herbicida enviado por los drones y tuvo que ser llevada a la capital de urgencia para salvar su vida.

30. Mientras Maláca permanecía internada, Tupac avanzaba en las fuerzas militares y se caracterizaba por su fuerza y su capacidad para caminar grandes distancias cargando pesados equipos militares. Al empezar a resaltar entre sus compañeros le fue asignada una misión especial: en adelante tendría que integrar uno de los batallones que luchaba contra los cultivos de hoja de coca.

31. Tupac, lejos de alegrarse por la noticia, sabía que estaba en problemas. Para él, la hoja de coca representaba uno de los frutos más importantes que la tierra le había dado a su comunidad. Como Embiama, la hoja de coca hacía parte de su cosmovisión y para él, arrancar alguna de estas plantas implicaba ir en contra de sus tradiciones.

32. Ante este panorama, Tupac decidió informar a sus superiores que realizar ese tipo de operaciones de sustitución de cultivos atentaba profundamente contra sus convicciones y que prefería ser retirado de una misión como esa, pues se rehusaría a completarla.

33. Sus superiores recibieron con desagrado su decisión y le indicaron que en caso de no seguir esta instrucción, sería acusado de desobediencia y tendría que enfrentar un proceso disciplinario en donde probablemente sería expulsado de la institución. Tupac, sosteniéndose en sus creencias, mantuvo su decisión y, como consecuencia, actualmente se encuentra esperando el fallo emitido por parte de un tribunal disciplinario, que decidirá su suerte como militar.

34. Para el agente acusador en el proceso disciplinario que está enfrentando Tupac, al momento de ingresar a las fuerzas militares se adquiere una obligación ineludible, la obediencia, que trae como consecuencia la prohibición expresa de desatender una orden emitida por un superior.

35. Tupac, al momento de integrar las fuerzas militares, tenía total claridad del tipo de operaciones que realizaban esos hombres de uniformes verdes que habían despertado su admiración. Sabía que además de cumplir con sus deberes de seguridad en el territorio y a veces ser la única presencia estatal en lugares tan alejados como los habitados por los Embaimas, también se dedicaban a enfrentar el narcotráfico a través de la erradicación de cultivos ilícitos.

36. El análisis para el agente acusador es claro. Al aceptar la dignidad de militar su conducta empieza a regirse por valores como el espíritu militar, que supone el convencimiento sobre la nobleza de la profesión de las armas, decisión irrevocable de servir en ella consagradamente con entusiasmo, sano orgullo y la renuncia a toda actividad que pueda perjudicar los asuntos del servicio, implicando por ende aceptar las misiones de erradicación de cultivos ilícitos sin excepción alguna.

37. Maláca, tras un par de meses, recuperó su salud completamente. Estando aún en la capital recibió la noticia de la situación de Tupac y decidió reunirse con una ONG que se caracterizaba por sus posturas contra el uso del herbicida como alternativa frente a los cultivos de hoja de coca.

38. Allí le explicaron que antes de realizar cualquier tipo de sustitución de cultivo, el Estado tenía la obligación de iniciar una “consulta previa”, entendida como el procedimiento a través del cual se debió permitir la participación de su comunidad en la toma de la decisión de erradicar sus cultivos, acordar alternativas y evitar que la pretensión de acabar con los cultivos ilícitos afectara sus costumbres y cosmovisión.

39. Maláca sin más espera, se dirigió ante la oficina del Ombudsman y contó todo lo que venía ocurriendo (dentro de su relato, omitió informar sobre la venta de hoja de coca a las MRM). Allí de oficio iniciaron el reclamo correspondiente a través de un recurso de amparo en donde le exigían a las fuerzas militares, a la Presidencia y al Ministerio de Defensa, inmediatamente desistiera de cualquier operación de erradicación de cultivos en los terrenos de los Embaimas, hasta tanto no se surtiera este procedimiento.

40. Uno de los argumentos más importantes usados por la accionante, fue el gran valor que tenía la hoja de coca para los integrantes de los Embaimas. Maláca usó el ejemplo de Tupac, uno de los integrantes más importantes de la tribu que tras negarse a realizar una misión de sustitución de cultivos estaba enfrentando un proceso por presunta desobediencia.

41. Iniciado el proceso, las entidades accionadas alegaron que la hoja de coca para los Embaimas, lejos de tratarse de una planta ancestral, era usada para fortalecer la red de narcotráfico del MRM y que las operaciones de erradicación de coca se encuadran dentro del plan nacional adoptado para enfrentar el problema del narcotráfico, que era el motor financiero del conflicto armado.

42. Adicionalmente, el gobierno argumentaba que un proceso de consulta previa era incompatible con los mecanismos de decisión adoptados por los Embaimas, pues lejos de tratarse de un proceso democrático, el diálogo con la comunidad se empleaba a partir de un sistema de castas patriarcal cuyas élites de poder excluían a los integrantes de la comunidad al momento de tomar decisiones.

43. Tras surtir la primera y segunda instancia, (en ambas instancias negaron el amparo) el recurso de amparo fue conocido por el Tribunal Constitucional Nacional, en ejercicio de sus facultades de revisión. Estando el proceso en trámite, el Tribunal avoca conocimiento del recurso de amparo interpuesto por Maláca en representación de su comunidad y decide invitar a diferentes entes universitarios para que presenten una intervención ciudadana que debe ser entregada el 30 de septiembre de 2020 a más tardar. Se formulan las siguientes preguntas:

- ¿Puede una comunidad indígena usar la hoja de coca como medio de cambio para obtener otros bienes y servicios? ¿Esto desacredita su condición de planta sagrada?
- ¿El Estado incumplió su deber de garantizar el derecho a una consulta previa? ¿Se requiere consulta previa para poder iniciar operaciones de erradicación de cultivos que contribuyen a la industria del narcotráfico?
- ¿Puede un militar activo del ejército nacional, objetar de conciencia al momento de tener que emprender misión de erradicación de cultivos alegando que esta va en contra de sus creencias y cosmovisión?

- ¿El Estado puede emplear herbicidas, a pesar de sus consecuencias nocivas en la salud de las personas y en la fertilidad del suelo, alegando que se trata de un medio eficiente para acabar con el uso ilícito de la hoja de coca?

Anexo 1

Tratados Internacionales vigentes en la República de Macondo

Al momento en que el magistrado está conociendo del recurso de amparo, estos son los tratados internacionales ratificados por Macondo:

- Convenio 169 de la OIT 1989.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General, adoptada por la resolución 61/295.
- Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos 1976.
- Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1976.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, se aceptó la competencia contenciosa desde 1969.
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial 1969.
- Declaración y programa de acción de Durban adoptados en el marco de la conferencia mundial contra el racismo de 2001.
- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas 1988.
- Acuerdo de París (COP 21) 2015
- Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático (CMNUCC) 1992.
- Declaración de Río 1992.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) 1992.
- Acuerdo de Escazú 2018.

Todos los tratados se encuentran ratificados y vigentes al momento de la disputa.