

LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA Y LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS *

Ricardo Arrieta Castañeda**

RESUMEN

La Constitución Política consagró expresamente en su texto, derechos de los pueblos indígenas relativos al territorio, la autonomía, la educación, la participación, la justicia, la hacienda pública y otros. El ensayo doctrinal comprende lo relacionado con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas ratificados por la Corte Constitucional a partir de su inclusión como sujeto del derecho que le otorga la Constitución Política. Este ensayo doctrinal pretende sistematizar los artículos de la Constitución Política sobre los derechos de los pueblos indígenas, como precisar algunas de las decisiones más relevantes de la Corte Constitucional colombiana sobre los derechos de estos pueblos, con el fin de presentar los criterios que ofrece la doctrina y jurisprudencia para tratar esta temática propia de un Estado multicultural.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Derechos Indígenas, Constitución de Colombia, Estado Multicultural, Estado Social, Derechos Diferenciados, Derecho a la autonomía, Derechos de Grupo, Derechos Colectivos, Igualdad.

ABSTRACT

The Constitution expressly enshrined in the text, the rights of indigenous peoples on the

territory, autonomy, education, participation, justice, public finance and others. The test consists of the related rights of indigenous peoples ratified by the Constitutional Court after its inclusion as a subject of his rights under the Constitution. This essay aims to systematize the articles of the Constitution on the rights of indigenous peoples, as clarify some of the most important decisions of the Colombian Constitutional Court on the rights of these peoples, in order to present the criteria that provides doctrine and case law to address this very issue of a multicultural state.

Key words: Fundamental Rights, Human Rights, Colombian Constitution, Indigenous Rights, Multicultural State, Social State, Differentiated Rights, Right to autonomy, Rights Group, Collective Rights, Equality.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia contiene un catálogo bastante amplio de derechos de los pueblos indígenas. Es uno de los primeros textos constitucionales que reconoce en forma explícita los derechos colectivos (específicamente en el capítulo 3 del título II y de manera más dispersa en los artículos 246, 321, 329, 330, 55t y 56t).

Cinco aspectos fundamentales creó el Estado colombiano, para forjar de manera real

Recepción del artículo: 30 de mayo de 2009. Aprobación del artículo: 10 de junio de 2009.

* Artículo producto de investigación terminada realizada por el autor.

** Abogado, Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Docente Investigador de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: ricardo.arrieta@usa.edu.co

una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural.

1. El paso de un Estado de derecho a uno social de derecho.
2. El paso de un Estado monocultural a uno multicultural y multi-étnico. (La doctrina y la jurisprudencia al hablar de multiculturalismo hacen referencia a dos cuestiones distintas. En primer lugar a la realidad multicultural, es decir, a la convivencia de distintas culturas en un mismo territorio. En segundo término, cuando se habla de un Estado multicultural se habla de la incorporación en el sistema jurídico de normas que parten del reconocimiento positivo de la diferencia y, en consecuencia, incorporan valores y principios que tienden a la defensa de la diversidad y asignan derechos especiales a los grupos culturalmente diversos)¹.
3. El reconocimiento de un sujeto distinto al sujeto individual: el sujeto colectivo.
4. La constitucionalidad de un trato discriminatoriamente positivo para el nuevo sujeto de derecho.
5. La tutela como herramienta para hacer eficaces los derechos.

Los pueblos indígenas con creencias distintas, se diferencian de otros colombianos que también tienen un mundo de creencias, expresión mayoritaria de la riqueza cultural colombiana.

El mundo de las creencias, que existen como *mundo real*, entre paeces, puinaves o colombianos mestizos, es sólo una manifestación

de la diversidad, porque en Colombia hay diversidad de sistemas económicos, de familia, de ser niño, de pensar y realizar la higiene, de suceder los bienes, de sistemas de derecho: todas realidades diferenciales que por distintas no son menos valiosas, son simplemente distintas.

Entre los paeces y el resto de los colombianos no indígenas, como con otras sociedades del mundo era evidente, por esta época, otra gran diferencia con respecto al equilibrio biológico como factor de desarrollo; de cada 1000 nacimientos entre los paeces, 268 niños no vivían. Si se compara con Estados Unidos de América y con Cuba estas cifras, se encuentra que en el país del norte sólo mueren ocho y en la isla nueve. ¿Por qué esta diferencia tan asombrosa, incluso con Colombia que registra 25 muertes por cada 1000 nacimientos? Aún así, se mencionaba en la Constitución Política de Colombia, que los colombianos eran iguales ante la ley.

La desigualdad real, ya fuera por la existencia de colombianos en condiciones precarias como resultado de un sistema político, económico y social que la aceptaba entre sus nacionales, muchos de ellos indígenas; como también colombianos que, a diferencia de la mayoría y constituidos en grupos, reflejaban modos de vida diferentes. Aunque algunos de estos grupos, o parte de sus miembros, conocían al Dios de los católicos y eran bautizados, hablaban el castellano, vestían como “civilizados”, se encontraban insertos en economías de mercado; las innumerables relaciones de derechos y deberes dentro del grupo los hacían miembros de pueblos históricamente identificados con una red de antepasados prehispánicos y portadores de un fuerte sentido de identidad como *distintos*.

1 BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Jornadas de reflexión jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi –Cali– y en la Facultad Latino Americana de Ciencias Sociales –FLACSO– en Quito, Ecuador, Primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. 2003.

Los constituyentes de Colombia parten de estos hechos, empíricamente demostrables, para definir un nuevo derrotero, un nuevo pacto que, con respecto a los pueblos indígenas, se expresa constitucionalmente en dos aspectos: 1) La búsqueda de la igualdad real para que todos los nacionales tengan opciones de alcanzarla; y 2) La búsqueda de las diferencias valiosas para que éstas sean protegidas y valoradas cuando los grupos las reclamen. Ello quiere decir que, como meta, estos Estados se comprometen a elaborar y aplicar los mecanismos para que la gente que se encuentra excluida de condiciones objetivas para acceder a la salud o a la educación, para disponer de ambientes productivos, por ejemplo, logren efectivamente tener oportunidades. Pero, también, realizar dispositivos que generen las condiciones culturales para proteger las expresiones distintas de modos de vida alternativos².

LA CONSTITUCION DE COLOMBIA PROPICIA CAMBIOS REALMENTE REVOLUCIONARIOS

1. El paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho

La aceptación de las diferencias, resultado de *discriminación negativa* en los distintos grupos para realizar los derechos, y de diferencias producto de la actividad creadora de grupos sociales o *discriminación positiva*, orientan a generar *tratos especiales* para alcanzar esa igualdad real y deseada pero en la diferencia:

El Estado social de derecho –dice Elías Díaz– ...es un auténtico Estado de derecho. Situado en la vía hacia la democracia, no obstante, puede decirse que no alcanza con él todavía la fase evolutiva que hoy exige una sociedad realmente democrática³.

Este cambio implica modificaciones en el modo como ha venido siendo el Estado, cambio justificado para alcanzar como meta social condiciones de participación de la riqueza y en la toma de decisiones que incumben a todos los nacionales.

De la discriminación negativa a la discriminación positiva

Este cambio, hacia una nación multicultural y multiétnica, que acompañó positivamente el paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, implicó aceptar que históricamente a los indígenas, entre otros grupos, se los discriminó y excluyó también materialmente de bienes para el desarrollo, al punto que se puso en peligro su vida biológica, tanto como sus sistemas religiosos, su autonomía para castigar internamente las acciones antijurídicas, su organización social, sus lenguas...

Fue tan grave el peligro, pensándolos y tratándolos como inferiores, excluidos de los presupuestos nacionales y aislados, que sólo un trato especial, un trato preferencial que contribuyera a recuperar su condición de pueblos distintos, con culturas alternas podría lograr un día la igualdad real y no formal de estos sujetos.

2. El paso del Estado monocultural al Estado multicultural

El artículo 7o. Principio de la diversidad étnica y cultural: *“El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”*, cambia formalmente nuestra nación y ello se plasma en articulados específicos que se verán más adelante, los cuales logran determinar qué es lo diverso, qué es lo que se está reconociendo en unos colombianos *distintos*. Quiénes son esos colombianos portadores de estos bienes

2 SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Los Derechos Indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador*.

3 DÍAZ GARCÍA, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1985, pp. 98-99.

étnicos y culturales particulares. Qué tienen en común, y qué los diferencia como grupos humanos que han desarrollado intergeneracionalmente un sentido de grupo, de deberes y derechos. Un sentido de identidad que es tan fuerte y respetable como la identidad de género.

3. El reconocimiento de un nuevo sujeto colectivo de derecho: los pueblos indígenas

Estos grupos que han vivido años marcando diferencias por medio del uso de una lengua distinta, de creencias diferentes, de sistemas de organización y parentesco, y derechos propios particulares, más que reclamar para conservar estos fenómenos que pueden cambiar en el tiempo o incluso ser comunes con otras sociedades, *se sienten distintos* y como distintos que son por sentirse miembros integrales de un cuerpo muy particular, son reconocidos como sujetos de derecho y no pueden ser tratados aplicando los mismos raseros que para el sujeto individual.

Este *sujeto individual*, desde el liberalismo, es pensado como *racional y libre*, y por lo tanto es sujeto de derecho. Pero además de este sujeto individual se reconoce otro sujeto distinto, esto es, el *sujeto colectivo* que como pueblo *es sujeto de derecho*. En esta postura, los miembros de una sociedad son sujetos de deberes porque la sociedad misma es la que tiene los derechos. Esta perspectiva desde el conservatismo es la base sustantiva para justificar por qué no pueden ser tratados los indígenas como iguales ante la ley.

En Colombia, además de los indígenas existen otras minorías distintas a las cuales se les reconocieron diferencias étnicas y culturales: afro-colombianos y raizales de San Andrés, Santa Catalina y Providencia. Sin embargo, el reconocimiento a los indígenas

se diferencia por las condiciones objetivas como portadores de culturas distintas, lo cual no se marca en niveles amplios en otras minorías.

Los constituyentes consideraron dignas de ser valoradas esas diferencias, sentidas y observables entre grupos que permiten a unos sentirse *ligados* a culturas y etnias particulares, condición que portan y viven los sujetos socializados como indígenas. Se trasciende así no sólo a *ver y reconocer* las diferencias en la vida cotidiana como fenómenos inherentes, sino a *valorarlas*. Este verbo *valorar* abre el paso a una política de reconocimiento ante la necesidad de forjar, de construir, un Estado distinto, que, como ya se dijo, parte de la capacidad para diferenciar como valiosas estas condiciones, pero lastimosamente también para reconocer desigualdades y diferencias estructurales, resultado de un sistema inequitativo con estos nuevos sujetos de derecho.

A. Los derechos diferenciados de grupo

Una lectura adecuada de la Constitución Política de Colombia exige la profundización de los derechos diferenciados de grupo. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su calidad de intérprete autorizado de la Constitución⁴. Esta cita muestra la claridad que los magistrados tienen sobre ese nuevo sujeto de derecho.

“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 autóctonos 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

4 El primero y más significativo pronunciamiento en este sentido se hizo en la sentencia T-380 de 1993. Al respecto: SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Los Derechos Indígenas en las Constituciones...* Citado.

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 status para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (Arts. 10., 70. y 14 C. P.)”⁵.

De idéntica manera que un sujeto individual, incluidos obviamente los indígenas, así como los colombianos o ecuatorianos quienes reclaman protección a sus derechos fundamentales, el nuevo sujeto colectivo, como tal, también puede hacerlo. En párrafo adelante se verá cómo el sujeto colectivo puede reclamar la protección de sus derechos para ser amparados o tutelados.

B. La importante distinción entre sujeto colectivo de derecho y derechos colectivos

La Corte Constitucional de Colombia distinguió también los *derechos del sujeto colectivo*, pueblos indígenas, de los *derechos colectivos* de los colombianos, así:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho 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 (Artículo 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.” ST - 380 /93⁶.

Estas consideraciones de la Corte Constitucional permiten ampliar la comprensión para justificar el principio que permite a las comunidades indígenas, como sujeto colectivo, utilizar el mecanismo más eficaz que garantiza la protección de sus derechos: la acción de tutela. Esto significa que, como distintos de otros colombianos, se articularon diferentes principios sustantivos para contribuir a recuperar y fortalecer estas sociedades a las que se les causó tanto daño. Así, la Constitución genera cambios fundamentales para tratar a ese nuevo sujeto de derecho, sujeto colectivo distinto.

4. Cambios constitucionales

Según la profesora Esther Sánchez Botero, la Constitución de 1991 refleja nuevos principios para guiar al Estado a una política de reconocimiento hacia los pueblos indígenas⁷.

A. Constitución Política de Colombia

70. inc. 2. Principio de igualdad de las culturas: “La cultura en sus diversas manifesta-

5 Cursiva fuera del original.

6 Cursiva fuera del original.

7 SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Los Derechos Indígenas en las Constituciones...* Citado.

¿cuáles son los derechos que la Constitución colombiana, a la luz de la interpretación realizada por la Corte Constitucional, ha reconocido a los pueblos indígenas? Se trata de derechos especiales o diferenciados en función de las características del grupo titular de los mismos. Estos derechos parten del reconocimiento pleno de la igual dignidad y valor constitucional de las minorías nacionales. Su propósito es fundamentalmente que los pueblos indígenas puedan desarrollar y desplegar su propio proyecto de vida colectivo sin agresiones externas, así como participar en la vida del Estado nacional

ciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país...”

10. Principio de oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios: “... Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios...”

96. Indígenas como nacionales colombianos: “Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia... 2. Por adopción:c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”.

10. Derecho a educación bilingüe e intercultural: “La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

68. Derecho a educación respetuosa de las tradiciones: “Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural”.

171. Derecho a elección en circunscripción especial:

“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.... La Circunscripción especial para la elec-

ción de senadores de las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.

176 incs. 3 y 4. Faculta al legislador para crear circunscripción especial adicional:

“La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”.

329. Derecho de grupo a la propiedad de la tierra: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”⁸.

246. Derecho de grupo a administrar justicia: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

y en la adopción de las decisiones que los afectan. Para tales efectos la jurisprudencia ha reconocido los siguientes derechos diferenciados en función del grupo: 1º-) el derecho a la vida y a la integridad comunitaria; 2º-) el derecho de la comunidad a la igualdad, entendida, entre otras cosas, como el derecho al reconocimiento de la diferencia; 3º-) los derechos políticos de representación y consulta; 4º-) el derecho a la propiedad colectiva e inajenable sobre el territorio ancestral; 5º-) y, finalmente, el derecho a la autonomía política, económica y social y, particularmente, a la jurisdicción propia.

8 Derecho de la comunidad a la propiedad colectiva sobre el territorio ancestral. Sin embargo, el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los resguardos encuentra un límite infranqueable cuando se trata de la adopción de medidas excepcionales de interés nacional, necesarias para la salvaguarda del orden público interno.

330. Derecho de grupo a la autonomía política en Colombia: *Derecho a la autonomía de las comunidades indígenas: la jurisdicción indígena*.

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

- *Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.*
- *Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.*
- *Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.*
- *Percibir y distribuir sus recursos.*
- *Velar por la preservación de los recursos naturales.*
- *Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio.*
- *Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.*
- *Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren⁹.*

Las demás que señalen la Constitución y la ley.

La Constitución Política de Colombia establece el derecho de las comunidades indígenas a ejercer su autonomía “dentro de los

límites de la Constitución y la ley” (artículo 287 C.N.). Así mismo, la Carta consagra el derecho –la competencia– de las autoridades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial “de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (artículo 246 C.N.).

La autonomía indígena comprende, entre otras cosas, el derecho a gobernarse por autoridades propias, el derecho a darse sus propias normas y a definir sus propias políticas, planes y programas de desarrollo. A diferencia de las restantes entidades territoriales, las comunidades indígenas tienen, dentro de sus competencias autonómicas, la facultad de definir, a sus propias autoridades judiciales, las conductas que habrán de ser juzgadas, las sanciones correlativas y los procedimientos de juzgamiento; en otras palabras, tienen derecho a una verdadera *jurisdicción indígena*¹⁰.

330 par. Derecho de grupo relativo a la explotación de recursos en territorio indígena: “Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

357. Derecho de grupo a la autonomía financiera: “Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación... Para los efectos de esta participación, la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”.

⁹ *Derechos de representación política de la comunidad. El derecho a la consulta previa.* La Constitución confiere a las comunidades indígenas especiales derechos políticos o de representación. En particular debe resaltarse el derecho que les asiste de contar con una circunscripción especial indígena para las elecciones al Congreso. Las minorías nacionales no sólo tienen derecho a ser representadas en las esferas de decisión del Estado nacional. Adicionalmente, tienen derecho a ser consultadas antes de la adopción de medidas que, al ser implementadas en su territorio, pueden afectar sus intereses.

10 Cfr. BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas...*

329 incs. 1 y 3. Entidades territoriales indígenas.

La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. ... La ley definirá las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

5. Efectividad de los derechos en Colombia

Para proteger y aplicar los derechos plasmados en la nueva Constitución, los constituyentes colombianos definieron procedimientos para hacer efectivos esos derechos.

A. *Artículo 80. La acción de tutela en la Constitución de Colombia*

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

B. *Los derechos de grupo de los pueblos indígenas protegidos en la jurisprudencia por la Corte Constitucional*

Aunque las sentencias hablan por sí mismas, las argumentaciones en cada una son dignas de conocerse y trabajarse por cuanto en ellas

son observables diversas reflexiones desde la filosofía del derecho, desde la antropología y desde la filosofía práctica, que definen por qué y cómo proteger un derecho de modo particular en un pueblo indígena; puede comprenderse que la igualdad sea real, pero respetándose la diferencia. Así, con respecto a la protección del derecho a la salud, por ejemplo, se falla para que puedan disponer de los servicios del sistema nacional de salud, pero bajo políticas públicas concretas a que éste se adecúe, por ejemplo, introduciendo en los hospitales otra manera para abordar el parto o a los familiares del enfermo. Igualmente obligando a que el sistema carcelario nacional posibilite, toda vez que un recluso indígena lo solicite, atención de su sistema propio de salud.

Las siguientes son sentencias de tutela que manifiestan esta política de reconocimiento impulsada por los Estados democráticos.

El derecho a la supervivencia cultural. Es la versión grupal del derecho a la vida y a no ser sometido a desaparición forzada. Al igual que el derecho a la vida es el derecho básico de los individuos del que se deriva la posibilidad de ejercer los demás, con los pueblos indígenas sucede lo mismo. Por esta razón, aparece en la mayoría de las sentencias relativas a derechos de los pueblos indígenas. Pero en particular fue decisivo en las sentencias T-428 de 1992, T-342 de 1994, T-007 de 1995, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998, T-652 de 1998¹¹.

El derecho a la integridad étnica y cultural. Este derecho es el correlato del derecho individual a la integridad personal. Es básico en el

11 El reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad de las comunidades indígenas parte de un supuesto básico: la comunidad indígena debe ser entendida como un *sujeto colectivo* y no como la suma de individuos que la componen. De esta manera, se puede decir que los derechos que la Carta reconoce a los pueblos indígenas buscan, fundamentalmente, el amparo del *sujeto colectivo*. Cfr. BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo Y Derechos De Los Pueblos Indígenas En La Jurisprudencia De La Corte Constitucional*. Jornadas de reflexión jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi –Cali– y en la Facultad Latino Americana de Ciencias Sociales –FLACSO– en Quito, Ecuador. Primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. 2003.

sentido en que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural. Al igual que el derecho anterior, aparece mencionado en la mayoría de las sentencias de la Corte sobre el tema y, por tanto, fue trascendental en las decisiones de los casos que corresponden a las sentencias T-342 de 1994, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998.

El derecho a la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica). Reconociendo la importancia que tiene para las comunidades indígenas, la preservación de su hábitat natural y consciente de los cambios culturales que las variaciones en este hábitat pueden generar, la Corte ha reconocido a las comunidades indígenas un derecho a la preservación de su hábitat natural. Este derecho fue determinante en las decisiones que se tomaron en las sentencias T-380 de 1993, SU-037 de 1997, y T-652 de 1998, T-380 de 1993, SU-037 de 1997, T-652 de 1998.

El derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad. Este derecho de los pueblos indígenas aparece consagrado en la Constitución en dos de sus artículos. Es importante resaltar, sin embargo, que la Corte le ha dado el carácter de derecho fundamental de los pueblos indígenas y, por tanto, susceptible de tutela, lo que no ocurre con el derecho individual a la propiedad que sólo es tutelable cuando está en conexión con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Además de señalar su carácter de derecho fundamental, la Corte ha concretado el texto constitucional señalando que este derecho incluye a su vez cuatro derechos: T-567 de 1992, T-188 de 1993, T-652 de 1998, T-257 de 1993, SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-405 de 1993, SU-039 de 1997¹².

Derecho a que cada comunidad tenga su propio territorio. Los representantes indígenas llevaron en 1991 a la Asamblea Nacional Constituyente la propuesta de elevar a precepto constitucional el concepto de “resguardo” con los atributos de inembargable, imprescriptible e inalienable. La iniciativa se aceptó y se consagró en el artículo 63 de la Carta. También se dictan otras disposiciones constitucionales, en las que se incluye la elevación de los territorios indígenas al estatuto de entidades territoriales (art. 286). Tal disposición busca asegurar la protección de las tierras, de las formas de propiedad solidarias y asociativas (art. 329) y de los recursos naturales de estos territorios (art. 330). En razón de lo anterior, los indígenas comienzan a participar de los ingresos corrientes de la nación, ya que los resguardos pasan a ser entidades (autónomas) de derecho público (art. 357). La Entidad Territorial Indígena (ETI) no es un resguardo más grande: es una entidad político-administrativa nueva, destinada a garantizar autonomía y a promover la relación entre los indígenas, la sociedad nacional y la sociedad global, en un marco de respeto mutuo y sin detrimento de su identidad, su cultura, su conocimiento y su patrimonio¹³.

Derecho a la división de los resguardos, ST 188 de 1993.

Derecho a la unificación de los resguardos.

Derecho de exclusión del territorio indígena, ST 652 de 1998.

Derecho a impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas. O derecho de exclusión del territorio. ST 257 de 1993; SU 510 de 1998.

12 Sobre este tema: MENDOZA CASTRO, Clemente. “Derechos fundamentales de los pueblos indígenas y la etnohistoria de la vulnerabilidad de una propiedad colectiva: caso Tubará.” *Revista Justicia*. Universidad Simón Bolívar. No. 10, 2005.

13 BERCHE, Anne Sophie, GARCÍA, Alejandra María y MANTILLA, Alejandro. *La Carta Política y el reconocimiento formal de los derechos indígenas*, Colección Textos de aquí y ahora. 1° Edición.: ILSA: Bogotá, Colombia, mayo de 2006.

Límites al derecho de exclusión: *a*) Seguridad nacional T-405 de 1993, y *b*) explotación de recursos cuando no se logra acuerdo, la consulta ha sido adecuada y la intervención es justificada, T-567 de 1992, T-188 de 1993, T-652 de 1998, T-257 de 1993, SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-405 de 1993, SU-039 de 1997.

No obstante, la Corte enfatizó que la protección de la seguridad nacional es un interés que debe ser protegido, intentando causar el menor daño a la comunidad indígena que habita el territorio. Cuando la intromisión (para llevar a cabo obras o realizar proyectos de exploración o explotación de recursos naturales, renovables o no renovables) se considere justa y se haya realizado un proceso de consulta adecuado, aunque la comunidad no lo apruebe. Así lo estableció en la sentencia SU-037 de 1997, en donde además aclaró cuándo podría considerarse justificada la intromisión a pesar de la negativa de los indígenas.

El derecho a determinar sus propias instituciones políticas y a que éstas sean reconocidas por los agentes estatales (autonomía política). Este derecho fue protegido por la Corte en las sentencias C-139 de 1996 y T-652 de 1998. La autonomía de los pueblos indígenas está reconocida de manera directa en muchos artículos de la Carta Política. Igual como ocurre con los territorios indígenas, que se elevaron a la categoría de entidades territoriales (Art. 286), en este caso se habla de autonomía administrativa, presupuestal y de diseño de sus planes de desarrollo (art. 287). Se reconoce también la competencia de las autoridades tradicionales para velar por la aplicación de las disposiciones legales sobre los usos del suelo, diseñar las políticas de desarrollo comunal, percibir y distribuir sus recursos, colaborar en el mantenimiento del orden público y representar a los territorios ante el gobierno (art. 330).

El derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y proce-

dimientos (autonomía jurídica). Mostrando los alcances y límites que se le han dado, es importante señalar que este derecho aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T-254 de 1994, en la que aclara que se trata de un derecho de aplicación inmediata y que, por tanto, no requiere de una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido. El derecho también fue protegido en las sentencias C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996 y T-23 de 1997. Este es otro avance importante referido a la autonomía, se relaciona con el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política y a las leyes (art. 246). La creación de esta jurisdicción es uno de los componentes más importantes de la nueva Constitución en cuanto a los derechos indígenas, ya que sin pluralismo jurídico no se puede hablar de derechos humanos indígenas.

El derecho a la participación en la toma de decisiones que puedan afectar a las comunidades indígenas en su territorio. Este derecho está consagrado expresamente en el párrafo del artículo 330 de la Constitución y también en la Ley 21 de 1991 (artículo 15). Ha sido protegido por la Corte en las sentencias SU-037 de 1997 y T-652 de 1998. La participación política. La Constitución colombiana contempla la participación política de los indígenas en el ámbito nacional y reconoce modalidades especiales para el ejercicio de sus derechos políticos: el primero, relacionado con el autogobierno local. El segundo, el parlamento nacional, con la participación de representantes indígenas. El primer ámbito se deriva del concepto de autonomía territorial de los pueblos indígenas. El ejercicio de este derecho implica la posibilidad efectiva de autoconstituir autoridades con miras a autorregular la vida y el gobierno del propio pueblo. De manera correlativa, este derecho contiene el efectivo respeto y el

reconocimiento de tales autoridades por parte del conjunto de los organismos del Estado, en procura de facilitar su labor y de no entorpecer sus funciones¹⁴.

La Constitución confiere a las comunidades indígenas especiales derechos políticos o de representación. En particular debe resaltarse el derecho que les asiste a contar con una circunscripción especial indígena para las elecciones del Congreso. Las minorías nacionales no sólo tienen derecho a ser representadas en las esferas de decisión del Estado nacional. Adicionalmente, tienen derecho a ser consultadas antes de la adopción de medidas que, al ser implementadas en su territorio, pueden afectar sus intereses. Es de particular importancia indicar que para la Corte Constitucional (Sentencia SU-039/97) el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental.¹⁵

El derecho a la igualdad lingüística de las comunidades indígenas, que se concreta en el reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas en el área de influencia de las comunidades, no estrictamente en sus territorios de resguardo. Este derecho fue protegido en la sentencia T-84 de 1994.

El derecho a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros (autonomía e igualdad religiosas). Este derecho fue protegido en las sentencias T-342 de 1994 y SU-510 de 1998.

El derecho al reconocimiento y protección de las prácticas médicas tradicionales. Fue expresado

en la sentencia C-377 de 1994 y protegido en la sentencia T-214 de 1997.

El derecho a la igualdad material de las comunidades indígenas. Esto es, a acceder a prestaciones del Estado cuando como comunidad se encuentra en situaciones de debilidad manifiesta. Entre estas prestaciones se incluyen: a) Educación, derecho protegido en la sentencia T-007 de 1995, y también en la sentencia T-717 de 1996; b) Salud, el derecho a la protección en salud a comunidades en situación de debilidad manifiesta fue protegido en las sentencias T-342 de 1994, T-007 de 1995 y T-652 de 1998; c) Suministro de agua potable: fue protegido en la sentencia T-007 de 1995; d) Derecho al desarrollo de la comunidad: según sus propias convicciones fue protegido en las sentencias T-007 de 1995, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998¹⁶.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de Colombia es particularmente abierta a una perspectiva pluralista y multicultural. En efecto, como ha sido estudiado, en cerca de una decena de normas que componen lo que podríamos llamar la constitución multicultural, la Carta reconoce la existencia y dignidad de las minorías nacionales y los derechos diferenciados en función del grupo. De nada hubiera servido la consagración constitucional de estos derechos si los sujetos titulares no

14 BERCHE, Anne Sophie, GARCÍA, Alejandra María y MANTILLA, Alejandro. *La Carta Política y el reconocimiento...* Cit.

15 Cfr. BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas...*

16 *El derecho de la comunidad indígena a la igualdad.* En la jurisprudencia de la Corte, el derecho a la igualdad de los pueblos indígenas tiene un triple significado. En primer lugar los pueblos indígenas y sus miembros tienen derecho a la no discriminación en sentido formal o clásico. En segundo término, estos pueblos y sus miembros pueden ser sujeto de medidas temporales de diferenciación positiva –o de acción afirmativa– que persigan superar, en ciertos ámbitos, la situación de marginalidad y vulnerabilidad a la que están sometidos. En tercer lugar, las comunidades indígenas y sus miembros deben ser objeto de medidas de igualdad real, destinadas a reconocer y proteger la diferencia cultural. Esta última forma de igualdad es la que da lugar a los llamados derechos diferenciados en función de grupo. BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas...* Cit.

hubieran apelado a ellos para fundamentar sus reclamos de justicia y si los jueces no hubieran respondido con seriedad y rigor a tales reclamos. En el caso colombiano, luego de la expedición de la Constitución de 1991, un sector importante de las comunidades indígenas articuló su lucha de resistencia en torno a los derechos que la Constitución reconoció. Y a su vez, el intérprete autorizado de la Carta, la Corte Constitucional, en una parte importante de sus sentencias, se tomó en serio el mandato pluralista recogido en la constitución multicultural. La consecuencia fue entonces la de impulsar con mucho vigor los derechos diferenciados en función del grupo y proteger a las minorías nacionales contra restricciones externas arbitrarias.

No obstante, como lo reconoce la doctrina más autorizada, la jurisprudencia de la Corte no ha sido del todo uniforme. Muy por el contrario. Una lectura juiciosa de las distintas sentencias muestra que en este camino pionero la Corte ha incurrido en algunos errores de argumentación; ha sido contradictoria y, en ciertos casos, ha terminado desconociendo su propia doctrina garantista y aceptando intervenciones arbitrarias en los derechos de los pueblos indígenas. Todo eso es cierto. También lo es que la Corte necesita que sus decisiones sean estudiadas, analizadas y cuestionadas para evitar desafueros y andanzas desafortunadas.

Sin embargo, hasta donde se alcanza a comprender, las sentencias de la Corte, analizadas desde los efectos logrados y los desarrollos doctrinales alcanzados, han constituido un notable avance en la política de reconocimiento de la diversidad y en la protección real y efectiva de los derechos de las comunidades indígenas. Es por ello que se considera fundamental estudiar y comprender la jurisprudencia a fin, no sólo de intentar que la misma se sujete a criterios razonables de corrección interna, sino que a partir de su impulso, se

logre desarrollar verdaderas estrategias –nacionales e internacionales– de litigio judicial, que ayuden, así sea modestamente, a la construcción del sueño multicultural: un mundo en el que quepamos todos¹⁷.

Es para los colombianos un orgullo la existencia y desarrollo de una *política de reconocimiento* a la diversidad étnica y cultural en la nación; sin duda, resultado de la capacidad de los pueblos indígenas para resistir y demandar derechos para ser reconocidos como iguales en la diferencia.

Éste ha sido el resultado de un enfoque a los reclamos del país, en donde se demanda un trato y unos derechos iguales para los indígenas: es decir, acceder a la justicia, acceder a la salud, acceder al capital... todas posibilidades necesarias a la vida de hoy para los seres humanos, pero que deben diferenciarse para el caso indígena, si ellos y solidarios no indígenas de sus causas, justifican vivir como pueblos distintos.

Es necesario tomar como derrotero el extraordinario diálogo entre las autoridades tradicionales indígenas y muchos intelectuales no indígenas de diferentes campos del conocimiento que han reclamado y luchado por el derecho a proteger, fortalecer y usar su medicina, su sistema de derecho, sus patrones económicos, su sistema de ser familia en la sociedad, sus propias instituciones y autoridades. Todas estas instituciones son las que pueden darse en medio del estadio de desarrollo de países en donde los indígenas ven televisión, conocen métodos de control natal modernos, van a las universidades... Es decir, que hoy estos pueblos disponen de sistemas de derecho propios renovados, muchos han modificado por imposición o por cambios internos formas de suceder los bienes, o las reglas a la propiedad, muchos participan de formas de producción capitalistas... Y, aunque llenos de apropiaciones, adaptaciones o imposiciones, lo cual hace a muchos indis-

tinguibles en el campo o en la ciudad de otros mestizos, hoy son el resultado histórico de movimientos de interacciones, luchas que ellos consideran las suyas dentro de la gran tipología de sociedades diferenciadas indígenas que existen en nuestras naciones.

La lucha por defender la capacidad de sentirse distintos y diferenciados de manera positiva constituyen esfuerzos locales que muestran cómo cuando se tiene mayor capacidad de regular los asuntos internamente, goza de mayor autonomía¹⁸.

Los pueblos indígenas poco a poco han desarrollado un extraordinario bagaje de resistencia étnica y cultural con importantes éxitos en el campo político. Han logrado, como pueblo, penetrar la estructura política en defensa no sólo de sus intereses, sino de todos los colombianos.

Es importante que el panorama de refuerzo de lo étnico; es decir de la capacidad de ser respetados para el ejercicio de la autonomía, por parte de la sociedad hegemónica, se traduzca día a día en más hechos de reconocimiento que posibiliten, si ellos así lo desean como autónomos, el ejercicio legal y plural de la justicia, las formas socioeconómicas distintas, el fortalecimiento de sus sistemas de gobierno, todas estas instituciones compitiendo con los signos de los tiempos modernos pero bajo el espíritu de sus antepasados.

Finalmente, es importante señalar que ni las nuevas constituciones ni los convenios internacionales ni las leyes nacionales permiten transformar por sí mismas las sociedades. No están vivos los indígenas por leyes proteccionistas del siglo XVI o del siglo XXI; ello significa para Esther Sánchez que “el pájaro no vuela porque tiene alas, sino porque quiere”¹⁹.

BIBLIOGRAFÍA

BERCHE, Anne Sophie, GARCÍA, Alejandra María y MANTILLA, Alejandro. *La Carta Política y el reconocimiento formal de los derechos indígenas*, Colección Textos de aquí y ahora. 1ª Edición.: ILSA: Bogotá, Colombia, mayo de 2006.

BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn, QUINTERO, Yosua. “La declaración de los derechos indígenas. Un Soft Law moralmente obligatorio en el ordenamiento jurídico venezolano”. Universidad del Norte. *Revista de Derecho*. N° 28, Barranquilla, 2007.

BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Jornadas de reflexión jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi –Cali– y en la Facultad Latino Americana de Ciencias Sociales –FLACSO– en Quito, Ecuador. Primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. 2003.

Constitución Política de Colombia 1991, Bogotá, Ediciones Emfasar, 1994.

DOUGLAS, Mary, *¿Cómo piensan las instituciones?*, Madrid, Alianza Universidad, 1996.

MENDOZA CASTRO, Clemente. “Derechos fundamentales de los pueblos indígenas y la etnohistoria de la vulnerabilidad de una propiedad colectiva: caso Tubará”. *Revista Justicia*. Universidad Simón Bolívar. No. 10, 2005.

RAMÍREZ GALLEGU, Andrés Felipe. *La etno-Constitución de 1991: criterios para determinar derechos comunitarios étnicos indígenas*.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Los Derechos Indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador*.

18 Siguiendo la línea jurisprudencial del doctor Eduardo Cifuentes de la Corte Constitucional de Colombia.

19 SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Los Derechos Indígenas en las Constituciones...* Citado.

