



**DERECHOS INDÍGENAS,
NEOCONSTITUCIONALISMO(S) Y JUSTICIAS EN
COLOMBIA**

Adrian Zeballosf-Cuathin

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Departamento de Derecho
Bogotá, D.C., Colombia

2021



DERECHOS INDÍGENAS, NEOCONSTITUCIONALISMO(S) Y JUSTICIAS EN COLOMBIA

Adrian Zeballosf-Cuathin

Tesis presentada como requisito para optar al título de Doctor en Derecho

Director:
Dr. Camilo Borrero García

Grupo de investigación
Colectivo de estudios poscoloniales/decoloniales en América Latina

Línea de investigación:
Democracia, interculturalidad y decolonialidad

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Departamento de Derecho
Bogotá, D.C., Colombia
2021

Declaración de obra original

Declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional.

Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido. Asimismo, he obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor.

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Adrian Zeballosf-Cuathin

Dedicatoria:

A la memoria de todos los indígenas que perdieron sus vidas en medio de la lucha por su dignidad, por el Derecho Mayor y por todos los demás derechos de valor étnico, especialmente a la memoria de Libardo Ramiro Muñoz, Laureano Inampués Cuatin y Buenaventura Cuastumal.

Agradecimientos:

A mi director de tesis, Ph.D. Camilo Borrero García, por su sabiduría, compromiso y acompañamiento en estos años de crecimiento.

Al profesor Enrique Cáceres Mendoza, por sus aportes y críticas en el desarrollo de este trabajo.

A mis profesores y estudiantes, por enseñarme el camino del conocimiento.

A mi familia y amigos, por cada palabra, cada sonrisa y cada gesto; sin duda fortalecieron mi espíritu.

Al amor de mi vida, por esa bella sonrisa que me ilumina el alma .

RESUMEN

Derechos indígenas, neoconstitucionalismo(s) y justicias en Colombia

Los derechos indígenas en el constitucionalismo tradicional colombiano se desarrollaron básicamente a través de normas construidas bajo una lógica individualista, unidireccional y asimilacionista, por lo que en su mayoría carecieron de legitimidad y no representaron cambios significativos en las necesidades de reconocimiento y protección de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Esta situación ocasionó que ciertas manifestaciones adversas como el ocultamiento, la negación y la discriminación del ser indígena se reprodujeran sistemáticamente en todos los ámbitos.

Estas tensiones y desafíos frente a los derechos indígenas posteriormente buscaron resolverse en el neoconstitucionalismo a través de tres caminos: el reconocimiento de un catálogo amplio de valores, principios y derechos de valor étnico en clave constitucional; la adopción de una epistemología multicultural, intercultural e interseccional, que le sirve de fundamento a los derechos indígenas y la configuración de un sistema de justicia constitucional y convencional, que permite mayor exigibilidad y justiciabilidad de los derechos. Empero, si bien el neoconstitucionalismo avanzó en esos propósitos, todavía no ha podido resolver ciertas tensiones y desafíos que provienen tanto de la dimensión jurídica como de la dimensión social, económica y política.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, constitucionalismo tradicional, derechos indígenas, justicia constitucional, justicia convencional, Estado Constitucional de Derecho, constitucionalización del derecho.

ABSTRACT

Indigenous rights, neoconstitutionalism(s) and justice in Colombia

Indigenous rights in traditional Colombian constitutionalism were developed basically through norms built under an individualistic, unidirectional and assimilationist logic, for which most of them lacked legitimacy and did not represent significant changes in the recognition and protection needs of the communities, indigenous peoples and nationalities. This situation caused certain adverse conditions such as the concealment, denial and discrimination of being indigenous to be systematically reproduced in all areas.

These tensions and challenges to indigenous rights subsequently sought to be resolved in neoconstitutionalism through three paths: the recognition of a broad catalog of values, principles and rights of ethnic value in a constitutional key; the adoption of a multicultural, intercultural and intersectional epistemology, which serves as the foundation for indigenous rights and the configuration of a constitutional and conventional justice system, which allows greater enforceability and justiciability of rights. However, although neoconstitutionalism advanced in those purposes, it has not yet been able to resolve certain tensions and challenges that come from both the legal dimension and the social, economic and political dimension.

Keywords: neoconstitutionalism, traditional constitutionalism, indigenous rights, constitutional justice, conventional justice, Constitutional State of Law, constitutionalization of law.

CONTENIDO

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	5
1. EL CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL Y LA CUESTIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA	13
1.1. El derecho indiano como antecedente del constitucionalismo tradicional colombiano.....	14
1.1.1. Evolución y alcances del derecho indiano	15
1.1.2. El enfoque proteccionista del derecho indiano	20
1.1.3. El derecho indígena en el derecho indiano	25
1.1.4. La concepción del indio en Ginés de Sepúlveda, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas	27
1.2. El constitucionalismo republicano y la realidad indígena colombiana.....	36
1.2.1. El constitucionalismo republicano provincial	36
1.2.2. El constitucionalismo republicano nacional (1821 y 1886)	43
1.2.3. Constitucionalismo republicano entre 1886 y 1990	46
1.3. La crisis del constitucionalismo tradicional y los orígenes del constitucionalismo actual. Una oportunidad para los derechos étnicos	66
1.3.1. Algunos antecedentes del cambio constitucional	66
1.3.2. Las propuestas alrededor del reconocimiento de los derechos étnicos	77
1.3.3. Debate constituyente en relación con los derechos étnicos	82
2. LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL MARCO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO	92
2.1. Algunos conceptos fundamentales.....	93
2.1.1. La recepción del neoconstitucionalismo en Colombia	93
2.1.2. El Estado Constitucional de Derecho y los derechos indígenas	94
2.1.3. La constitucionalización de los derechos indígenas	97
2.2. El reconocimiento constitucional y convencional de los derechos indígenas.....	100
2.2.1. El reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional	100
2.2.2. El reconocimiento de los derechos étnicos en la Constitución	103
2.2.3. El bloque de constitucionalidad en perspectiva de los derechos indígenas	106
2.3. La fundamentación epistemológica en relación con la diversidad cultural	108

2.3.1. La multiculturalidad y la diversidad cultural indígena	108
2.3.2. La interculturalidad y los derechos étnicos	114
2.3.3. La interseccionalidad como criterio teórico y metodológico	120
3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES	127
3.1. Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos indígenas	128
3.1.1. La justicia convencional	129
3.1.2. La justicia constitucional	134
3.1.3. La importancia de la acción pública en la garantía de los derechos indígenas	137
3.2. La elaboración de la categoría de derechos colectivos fundamentales	140
3.2.1. El concepto de derechos colectivos	140
3.2.2. El concepto de derechos colectivos fundamentales	141
3.2.3. Los derechos colectivos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	142
3.3. El caso del derecho colectivo fundamental a la consulta previa y consentimiento libre, previo e informado	151
3.3.1. El sustento normativo de la consulta previa	151
3.3.2. La consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	153
3.3.3. Participación, <i>diligencia debida</i> y consentimiento previo, libre e informado	159
3.4. Las deudas del neoconstitucionalismo. Tensiones y desafíos frente a los derechos indígenas	164
3.4.1. Tensiones y desafíos en la eficacia de las decisiones judiciales.	165
3.4.2. Tensiones y desafíos en la fundamentación, reconocimiento y justiciabilidad de los derechos indígenas.	171
3.4.3. Tensiones y desafíos frente al modelo de desarrollo.	174
3.4.4. Tensiones y desafíos en el marco de la violencia.	177
3.4.5. Tensiones y desafíos en el campo de la política.	180
CONCLUSIONES GENERALES	185
REFERENCIAS	193

INTRODUCCIÓN

Los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas tienen una historia de barbarie. El trato demencial que recibieron no fue solo en el contexto de la colonia, pues como lo relata José Eustasio Rivera en su obra *La Vorágine* se extendió hasta el Siglo XX. Dice Rivera:

La arisca timidez de los indiecitos crece al influjo de grotescas supersticiones. Para ellos el amo es un ser sobrenatural, amigo del máguare, es decir, del diablo, y por eso los montes le prestan ayuda y los ríos le guardan los secretos de sus violencias. Ahí está la isla del purgatorio, en donde han visto perecer, por mandato del capataz, a los caucheros desobedientes, a las indias ladronas, a los niños díscolos, amarrados a la intemperie, en total desnudez, para que los zancudos y los murciélagos los ajusticien (2016, p. 242).

Este fragmento, desesperanzador, refleja la situación de explotación de los pueblos indígenas, también visible en la literatura indigenista latinoamericana, como “Huasipungo”, de Jorge Icaza, o “El Mundo es Ancho y Ajeno”, de Ciro Alegría, en las que se hace una denuncia de la explotación del indio americano.

El episodio de *La Rubiera*, a finales de los años 60, tristemente célebre escrita por Germán Castro Caicedo, es la muestra de una masacre cometida por un grupo de colonos contra indígenas en el oriente colombiano, a quienes no consideraban como personas, solo como “objetos de caza”. Históricamente se había difundido esta visión en la gente del “común”. Visión que, por supuesto, tenía grandes muestras de la herencia colonial excluyente que se había implantado desde el Siglo XV con la invasión europea.

Así como este episodio de la historia negra indígena otros se replicaron recientemente, esta vez con el auspicio del Estado, de terratenientes y grupos armados. Desde esta tragedia, el indio emprende formas distintas de lucha (política, jurídica, diplomática) con el fin de lograr finalmente cierto reconocimiento de su humanidad y de sus derechos. El derecho internacional, primero, y posteriormente el constitucionalismo contemporáneo, ayudaron en esos propósitos.

1. Planteamiento del problema

Después del encuentro cultural producido en el descubrimiento y conquista, el sometimiento y la negación del ser y del saber del indio fue una constante. Un ejemplo de esta concepción del indio lo encontramos en el confesor de los reyes, Juan Gines de Sepúlveda, para quien el indio era un “tardo”, “torpe” y “amente” que debía ser sometido y gobernado por esas mismas razones. Tal concepción sería legitimada tanto por la Corona como por quien materializó la conquista. Frente a esa realidad, el derecho castellano, la intervención de la iglesia y los planteamientos de algunos intelectuales de la época, como el Fray Bartolomé de las Casas, propondrían la necesidad de reconocer la humanidad del indio, que aunque “débil” y “mal educado” era “bueno”, “obediente y dócil” para los fines de la evangelización.

Desde esa frontera se cuestionó el proceder arbitrario de quien se suponía era un sujeto racional y virtuoso, el español, cuya actitud a veces demencial llevó a los indios al borde de su extinción. Esas premisas tuvieron de alguna forma eco en la Corona, quien se dispuso, por razones religiosas, económicas y de otra índole a establecer ciertas medidas para su protección, entre ellas la expedición de abundantes normas, instituciones y procedimientos.

En la República esa situación no cambió, sobre todo porque la nueva clase política, la criolla, no estuvo interesada en generar espacios de participación para los indios en las decisiones sobre la independencia, lo que no quiere decir que no participaron en los procesos de independencia haciendo parte o apoyando el ejército libertador. Esa apatía hacia el indio también se evidencia en el tratamiento indiferenciado que terminó por extinguir algunas prerrogativas que en el derecho colonial habían logrado, como las tierras de resguardo, situación que los llevó incluso a reclamar la vigencia de aquellas normas y las promesas hechas en los discursos de independencia.

A pesar de que algunas constituciones provinciales reconocieron derechos para los indios, como por ejemplo la Constitución del Socorro (declaró libres del tributo, reconoció la propiedad de las tierras), la Constitución de la República de Tunja de 1811 (hizo referencia a la educación pública para los indios), la Constitución de Cundinamarca de 1812 (reconoce el derecho a la igualdad y el derecho al voto), la Constitución de Mariquita (reconoció el derecho a la educación, la derogación de normas coloniales adversas, tierras comunales y de resguardos, prohibió la importación de esclavos y la inclemencia en el trato, entre otras), lo cierto es que la exclusión, el desconocimiento

de la diferencia y de sus derechos persistió. De otro lado, las constituciones nacionales acentuaron aún más el principio de igualdad, motivo por el cual no reconocieron cláusulas de valor étnico en su cuerpo, dejando esa tarea a la legislación y demás formas jurídicas.

Bajo este auspicio, una abundante normatividad apareció en la escena jurídica, se destaca la Ley 89 de 1890 y otras normas expedidas a partir de 1940 con espíritu indigenista, que para ese momento era un enfoque válido, sobre todo por cuanto no existía otra opción viable. Posteriormente, previos procesos de lucha y resistencia, se produjo un reconocimiento de sus derechos en estándares internacionales. Sin embargo, todo ese complejo normativo, sea por su fundamentación (multiculturalismo), sea por su efectos (integracionismo y asimilacionismo) o por su falta de aplicabilidad (ineficacia), no pudieron responder a las necesidades de reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos étnicos.

Así, la historia jurídica colombiana enseña que los derechos de estas colectividades originarias han sido objeto de reconocimiento a través de distintos estatutos normativos, que de ningún modo podrían considerarse como el resultado del reconocimiento de su humanidad singular o de un diálogo intercultural. Por el contrario, el reconocimiento de los derechos étnicos (cuando se hacía) estaba marcado por una fuerte tendencia universalista, unidireccional y discriminatoria.

En ese contexto, es necesario preguntar: ¿Cuáles son las principales tensiones y desafíos que el constitucionalismo tradicional colombiano generó alrededor de los derechos étnicos, especialmente indígenas? y ¿Cómo el neoconstitucionalismo ofrece una respuesta a dichas tensiones y desafíos? La respuesta de la primera pregunta conlleva necesariamente un enfoque histórico que permite ubicar temporal y espacialmente el tratamiento de los derechos étnicos en el constitucionalismo colombiano. La segunda se formula en la vía de encontrar una respuesta y explicación suficiente alrededor de los derechos indígenas.

2. Formulación del problema de investigación

De conformidad con el problema planteado se formula la pregunta general de investigación: ¿De qué manera han sido abordadas las tensiones y desafíos que imponen los derechos indígenas en Colombia, inicialmente a partir del constitucionalismo tradicional (o clásico) y, posteriormente, y como reacción a este paradigma, en los planteamientos del neoconstitucionalismo?

3. Hipótesis de la investigación

A manera de hipótesis se puede afirmar que los derechos indígenas en el constitucionalismo clásico o tradicional pretendieron satisfacerse (cuando los hacían) básicamente con estatutos cerrados y unidireccionales, carentes de legitimidad y eficacia, y cuyo enfoque desconoce principios y derechos de valor étnico. Al no existir una institucionalidad constitucional que interpretara y aplicará el derecho de conformidad con las valoraciones propias de las colectividades indígenas, los derechos étnicos quedaban reducidos a un plano puramente formal y retórico.

Las tensiones que allí se producen buscarán resolverse en una nueva cultura jurídico-política, producto de las transformaciones sociales, políticas y jurídicas acaecidas a partir de los años noventa del siglo pasado, que tiene como eje y fundamento a la Constitución material y que apunta a la realización de los derechos humanos y fundamentales, en este caso indígenas. Este constitucionalismo concretamente busca responder a las tensiones y desafíos frente a ese tipo de derechos desde tres frentes:

1. El reconocimiento de un catálogo amplio de valores, principios y derechos de valor étnico en clave constitucional.
2. La adopción de una epistemología multicultural, intercultural e interseccional, que le sirve de fundamento a los derechos indígenas.
3. La configuración de un sistema de justicia constitucional y convencional, que permite mayor exigibilidad y justiciabilidad de los derechos.

4. Objetivos de la investigación

General:

Analizar las tensiones y desafíos que imponen los derechos indígenas en Colombia, inicialmente a partir del constitucionalismo tradicional (o clásico) y, posteriormente, y como reacción a este paradigma, en los planteamientos del neoconstitucionalismo.

Específicos:

1. Indagar en el constitucionalismo tradicional colombiano acerca de las demandas de reconocimiento y protección de los derechos indígenas.
2. Explorar en el neoconstitucionalismo colombiano sobre el reconocimiento y fundamentación de los derechos indígenas.
3. Examinar los instrumentos de protección de los derechos étnicos, especialmente indígenas.

5. Justificación

Este trabajo puede contribuir a explicar las realidades indígenas desde una dimensión que trasciende las fronteras nacionales y los estudios realizados hasta el momento, abriendo el debate a nuevos escenarios y perspectivas. En términos de novedad y como efecto colateral de lo anterior, la reconstrucción y análisis de los derechos indígenas puede orientar tanto la jurisprudencia de los jueces constitucionales como la formación de las normas por parte del legislador (ordinario y extraordinario), así como las decisiones de las autoridades administrativas en el ámbito de la interpretación, aplicación y protección de los derechos indígenas. No está demás señalar que los beneficiarios directos de este trabajo en la práctica serán las colectividades indígenas y la comunidad académica en general.

6. Diseño metodológico

La metodología utilizada es la cualitativa de análisis crítico documental, en la cual se incorporan elementos de la metodología reconstructiva y de análisis histórico y genealógico. El documento también incluye elementos descriptivos sobre el recorrido dogmático de los reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia y el papel de las transformaciones constitucionales, lo que permite un abordaje comparativo crítico con enfoque diferencial, pero con aportes desde los usos y movimientos alternativos del derecho, especialmente la sociología jurídica crítica en razón a los procesos epistemológicos decoloniales de los pueblos latinoamericanos. En ese cometido se integran variadas técnicas y estrategias de recopilación, sistematización y análisis de la información.

Para el trabajo de análisis jurisprudencial, aplicado sobre todo en el segundo y tercer capítulo, se acoge la reconstrucción de la línea jurisprudencial planteada por la Corte Constitucional dentro de sus sentencias. Con esa finalidad, es necesario proceder a la identificación de la sentencia más reciente para iniciar, de manera regresiva, con el análisis de los argumentos que constituyen el precedente constitucional citado. La citación que hace la Corte de su misma jurisprudencia en decisiones posteriores indicaría el nivel de insistencia temática de su argumentación.

6. Contenido

Este trabajo se organiza en tres capítulos: el primero de ellos pretende indagar en el constitucionalismo tradicional colombiano acerca de las exigencias de reconocimiento y protección de los derechos indígenas en Colombia. Debe inicialmente señalarse algunos antecedentes que, como se evidenciará, se ubican en periodo “negro” para las colectividades indígenas. Esta etapa temprana del periodo colonial de nuestra historia se caracterizó por la concepción negativa del indio y por el abuso de la autoridad española, situación que llevó a la explotación, despojo y aniquilamiento físico y cultural de una buena parte de la población étnica. Posteriormente, se pasará una revisión sobre el derecho indiano, derecho que se renovó para integrar en su cuerpo otros derechos, como el derecho castellano y el derecho indígena.

En seguida se realizará una revisión constitucional y dogmática sobre el constitucionalismo republicano, para resaltar la consagración relativa que dichos estatutos establecían en relación con los derechos indígenas. Algunas constituciones, contrario a lo encontrado en textos clásicos sobre este tema, sí reconocieron los derechos indígenas; sin embargo, la regla general en esta etapa fue el reconocimiento en normas de inferior jerarquía, cuyo contenido estaba marcado por una visión integracionista y discriminatoria de la diversidad. Ejemplo de este tipo de reconocimiento es la Ley 89 de 1890, la cual tenía por objeto reducir a la vida civilizada a los “salvajes”.

Cierra esta primera parte la referencia a la oportunidad de participación política surgida en el contexto de la Asamblea Nacional Constituyente, escenario en el que los delegatarios, representantes de las colectividades indígenas, tuvieron la oportunidad de socializar y defender las propuestas relacionadas con sus intereses. Con el respaldo de otros sectores políticos lograron un reconocimiento constitucional de su existencia como pueblos originarios. Sus valores, cultura y derechos tienen por fin un reconocimiento formal en la Constitución.

En el segundo capítulo se propone explorar los procesos de reconocimiento y fundamentación de los derechos indígenas en el neoconstitucionalismo colombiano. La realidad de los derechos étnicos, especialmente indígenas, hace necesaria la comprensión de que, en un escenario de constante discriminación, necesitan apelar a nuevas corrientes y formas jurídicas que les permitan acceder efectivamente al goce de sus derechos. En este orden, se pretende en primer lugar realizar una aproximación a los conceptos de Estado Constitucional de Derecho; constitucionalización del derecho y bloque de constitucionalidad.

A continuación se describirá el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en las constituciones nacionales y en una vasta normatividad del ordenamiento jurídico colombiano. En este espacio se podrá evidenciar cómo la lucha indígena y no tanto la voluntad de los estados propició un campo fructífero para lograr tal reconocimiento. Se inicia haciendo referencia al reconocimiento de los derechos de las colectividades indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Posteriormente el estudio se traslada a explorar el reconocimiento que hicieron los estados latinoamericanos en sus constituciones de los derechos indígenas. La evaluación de la eficacia escapa al propósito de este trabajo.

En la tercera sección de este capítulo se analizará la fundamentación epistemológica del neoconstitucionalismo en relación con la diversidad cultural, que en este caso se concreta en el multiculturalismo, en el interculturalismo y la interseccionalidad. La pretensión es dilucidar los aspectos fundamentales de este sustento y recabar información sobre la forma de su adopción y los efectos de su aplicación. Abre esta sección el multiculturalismo, enfoque que se ha utilizado para fundamentar el tratamiento de los derechos étnicos desde una perspectiva diferenciada, en función de grupo o colectividad. En un segundo momento se aborda el interculturalismo, enfoque que logró legitimarse por las colectividades indígenas, al punto de reconocerse constitucionalmente y servir como eje discursivo de sus reclamos y organización. Termina esta sección con el enfoque interseccional, marco que ilustra las respuestas frente a las discriminaciones múltiples y desigualdades estructurales.

El tercer capítulo versa sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos indígenas en el neoconstitucionalismo colombiano. En primer lugar, de manera paralela al reconocimiento de los

derechos, se creó una arquitectura institucional con el fin de hacerlos exigibles, instaurando unos mecanismos procesales para tal fin. Sistemas armónicos en la vía de la protección de los derechos humanos; acciones constitucionales y medios de control especial serán los mecanismos para garantizar su exigibilidad y justiciabilidad (justicia constitucional y convencional).

Acto seguido se desarrolla la categoría de derechos colectivos fundamentales. Según la Corte Constitucional, esta perspectiva permite extraer los derechos étnicos de la visión individual para llevarlos a una dimensión colectiva. Estos derechos, definidos como consustanciales y connaturales, como se observará en su momento, son derechos que le pertenecen a la comunidad como un todo, por lo que no se puede fragmentar su contenido ni particularizar el sujeto. Esa fisonomía hace que puedan garantizarse a través de los mecanismos constitucionales, como la tutela.

Clausura este capítulo el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada. Este derecho, que hace parte de los arriba señalados, ha sido objeto de constantes vulneraciones, no solo por parte del legislador sino también por las autoridades administrativas jurisdiccionales. En efecto, con cierta tibieza ha permitido que el derecho fundamental ceda frente a los intereses económicos del Estado y de algunos particulares.

Finalmente, dentro de este capítulo se explicitan algunas tensiones y desafíos que el neoconstitucionalismo no ha podido resolver: en la eficacia de las órdenes judiciales; en la fundamentación y justiciabilidad de los derechos indígenas; frente al modelo de desarrollo; en el marco de la violencia y en el campo de la política.

Capítulo I

1. EL CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL Y LA CUESTIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA

En 1992, en un acto conmemorativo el líder indígena Laureano Inampuéz públicamente reiteró su rechazo frente al homicidio de Libardo Ramiro Muñoz. “¿Y por qué lo asesinaron?” “Porque defendió la recuperación de nuestro pensamiento, porque defendió la recuperación de nuestra tierra, porque defendió el respeto a la dignidad de los pueblos indios y comunidades de Nariño” (Inampuéz, 1992).

Introducción al capítulo

La cuestión indígena ha sido un tema muy importante para el derecho en general, y en particular para el constitucionalismo colombiano, de ahí el interés por conocer el estado de cosas respecto a la situación de los derechos indígenas. La pregunta que orienta el capítulo es la siguiente: ¿cuáles son las tensiones y desafíos que el constitucionalismo tradicional (clásico) colombiano generó alrededor de los derechos indígenas? La respuesta a esta pregunta puede darse en el siguiente sentido: el constitucionalismo tradicional se había preocupado parcialmente por los derechos de las colectividades indígenas, sobre todo estableciendo un reconocimiento formal en normas y estatutos cerrados que carecían de legitimidad por parte de la población indígena. Dicho reconocimiento unidireccional quedó sentado en simples formalismos, ya que materialmente se siguió perpetuando la indiferencia, el ocultamiento y la discriminación del sujeto indígena.

El propósito de este capítulo es indagar en el constitucionalismo tradicional colombiano acerca de las tensiones y desafíos (reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad) que generó el constitucionalismo tradicional. Mediante una metodología cualitativa y desde un enfoque

descriptivo se pretende reconstruir la dogmática constitucional sobre los derechos indígenas. La revisión de la literatura constitucional y el análisis de las constituciones provinciales y nacionales, así como de las demás normas que directa o indirectamente hacen referencia al objeto de estudio, facilitarán el entendimiento y la comprensión de la situación de los derechos de las comunidades indígenas en el constitucionalismo tradicional colombiano.

En la primera parte de este capítulo se hará referencia a algunos antecedentes del constitucionalismo colombiano. Como se evidenciará en su oportunidad, el derecho indiano se caracterizaba por una dispersión normativa, por la falta de coherencia y por su ineficacia. Posteriormente se integran al derecho indiano el derecho castellano y el derecho indígena, cuyo papel fue fundamental para lograr una relativa humanización del derecho, a través de una normatividad direccionada a la protección de las colectividades étnicas, justificada sobre todo en intereses económicos y de evangelización. En la segunda parte de este capítulo se mostrará la omisión del constitucionalismo republicano en relación con los derechos indígenas, salvo algunas disposiciones establecidas en las constituciones provinciales. En esta etapa, el reconocimiento de algunos derechos se realizaría principalmente a través de la ley.

Este capítulo cierra con la descripción de la crisis del constitucionalismo tradicional colombiano, que abriría el camino para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. En primer lugar, se compartirán algunos antecedentes de carácter político y normativo del cambio constitucional. En segundo lugar se describirán las principales propuestas sobre derechos indígenas y, finalmente, se mostrarán los principales debates suscitados en relación con estos derechos y sus garantías en el seno de la Asamblea.

1.1. El derecho indiano como antecedente del constitucionalismo tradicional colombiano

En esta sección, el interés es desarrollar, en su orden, los siguientes apartados temáticos: i) evolución y alcances del derecho indiano, ii) el enfoque proteccionista del derecho indiano, iii) el

derecho indígena en el derecho indiano y iv) la concepción del indio en Ginés de Sepúlveda, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas.

1.1.1. Evolución y alcances del derecho indiano

Con el arribo de los españoles se produjo un inevitable choque de culturas. La sociedad indiana en principio estaría conformada por dos tipos de sociedades, a las que se sumaron posteriormente otras que complejizan aún más la comprensión de las relaciones que allí se tejen¹. Dice Dougnac al respecto:

La sociedad indiana estará constituida por dos repúblicas: la de españoles y de indios, a las que se irá agregando paulatinamente un nivel intermedio -el de los mestizos, cada vez más numerosos- complicándose todavía con la llegada de los africanos en calidad de esclavos. A diferencia de lo que ocurre en España donde, tras la expulsión de judíos y moriscos, la población es homogénea, en Indias será la diversidad étnico-cultural la que prime. La Corona, atenta a esta realidad de gentes disímiles en su cultura y etnia, dará regulaciones diversas a esos grupos diversos (1998, p. 314).

En esa sociedad disímil, la imposición violenta de una visión particular del mundo consecuentemente llevaría a una reducción sistemática de una parte de la población. Los excesos y los abusos frente a las colectividades nativas en poco tiempo mermarían su capacidad de resistencia, llevando a la reducción de la población y a la degradación de su ser colectivo. En este escenario perverso, en el que se amenaza la existencia de los pueblos y colectividades, no solo se determina la afectación de la vida individual sino las formas colectivas. Su protección, por tanto, dependió tanto de su lucha como de la necesidad de preservar desde afuera la subsistencia de esas colectividades.

¹ Es erróneo pensar que el derecho indiano es el derecho que se aplicó exclusivamente a la sociedad indiana primigenia, entendiéndose por tal a los españoles y los indios, pues este derecho se extendió más tarde a negros y mestizos. El derecho indiano no era entonces un derecho exclusivo para indios y españoles, su alcance desbordaba esa población para cobijar otras realidades que, como las de ellas, habían caído en la esclavitud y dominación española.

Surgió así un derecho, tímido en sus inicios, vacilante durante todo el siglo XVI, que inspirado en las normas de los antiguos derechos común y medieval castellano empezó a independizarse hasta convertirse en lo que hoy entendemos por derecho indiano. Un derecho que, a pesar de sus peculiaridades y rasgos distintivos, correspondió al modelo europeo de tradición romanista. Un derecho, por último, que era nuevo, pero que había nacido con espíritu viejo (Bernal, 2015, p. 184).

Con esos rasgos, las instituciones españolas, con el previo consentimiento de la Corona, legislaron en función de dotar a los nuevos dominios de unos preceptos que aseguraran un modo de actuar determinado en el marco de la conquista y colonización. Según Ots Capdequi, el primer hecho que condicionó el nacimiento del derecho indiano “fue el carácter que tuvieron las empresas de descubrimiento, conquista y colonización” (1968, p. 83). Según el autor, ocho fueron los hechos que condicionaron el desarrollo del derecho indiano: 1. “El carácter que tuvieron las empresas de descubrimiento, conquista y colonización”; 2. “La necesidad de una política de población”; 3. La “forzosa convivencia de núcleos de población muy heterogéneos”; 4. La “necesidad de determinar el concepto de extranjería”; 5. La “pugna entre las tendencias uniformadoras de los monarcas y el imperativo de las realidades geográficas, sociales y económicas”; 6. La “influencia de teólogos y moralistas en la elaboración de las leyes”; 7. La “enormidad de las distancias” y la normal desconfianza de los Reyes y; 8. Las doctrinas económicas del mercantilismo (1968, pp. 83-90).

En conformidad con lo anterior, la finalidad de la conquista fue económica, por una parte, y por la otra de expansión evangelizadora. Pero además, fue la reproducción de una ideología política que, en el plano de las Américas, se consolidó en la reproducción de una organización política y social al servicio de la dominación. Muñoz comparte esta idea afirmando que tal institucionalidad tenía como fin último la expansión del imperio español:

Otro objetivo de la Corona española fue naturalmente el de asegurar el gobierno y obediencia de los ahora indígenas vasallos. En esta empresa fue clave la consolidación de todo un aparato burocrático y jurídico necesario para atender los asuntos propios de las Indias, pues habría de asegurarse no sólo un mayor provecho de los recursos existentes en estas tierras, sino el establecimiento de una organización social y política que permitiera, entre otras cosas, el pago y recaudo de tributos, cuyos ingresos eran fundamentales para el sostenimiento de un imperio en expansión como el español de entonces (Muñoz, 2016, p. 13).

Para el cumplimiento de las finalidades de la conquista, las autoridades e instituciones del orden central como la Casa de Contratación de Sevilla, el Real Consejo de las Indias, la Real Audiencia, expidieron una variada legislación para ser aplicada en las Indias. Otras autoridades “tuvieron facultad delegada para legislar, sometiendo sus disposiciones a la *Real Confirmación*, o en algunos casos, como veremos, solo a la aprobación de las autoridades superiores” (Ots Capdequi, 1968, p. 91).

Esta dispersión legislativa dificultó su eficacia, por cuanto, como se aprecia, no existía uniformidad, mucho menos coherencia en su formulación y aplicación. Cualquier intento de sistematización fracasaría debido a la dificultad de conocer en toda su dimensión los preceptos que hacen parte del derecho colonial. Aristizábal sobre este fenómeno señala: “hemos de tener en cuenta que las normas indianas no forman un cuerpo coherente, ni siquiera en amplios términos, sino que es una feria de particularismos, de casos aislados en los que difícilmente puede hallarse puntos de cohesión y de armonía” (1993, pp. 18-19).

Por su parte, Acevedo advierte que el derecho indiano no solamente contiene en su cuerpo leyes emanadas por autoridades asentadas en la metrópoli española, sino que hacen parte de él otras formas jurídicas institucionales de carácter local y otras consuetudinarias, cuyos efectos son todavía más evidentes en las realidades del Nuevo Mundo. Es equivocado pensar que el derecho indiano es producto exclusivo de la Recopilación de 1680. “Antes y después de ella hubo otras recopilaciones y en el siglo XVIII, bajo el reinado de Carlos III, se dicta la ley del Nuevo Código, de la que no se ha encontrado más que el primer libro” (1942, p. 45).

El derecho indiano, al no entender la presencia de una nueva realidad, tuvo grandes dificultades para su aplicación, pues era un derecho disperso, complejo y eminentemente legislado. Y, al igual que el derecho formal actual, fue incapaz de prever y dar solución a los diversos fenómenos que se presentaron en la nueva sociedad, por lo que se vio forzado a plantear soluciones inmediatas acudiendo a un derecho subsidiario pero efectivo, es decir, al derecho castellano y al derecho indígena.

De esa manera, el derecho indiano se caracterizó por la reunión de varios derechos que conformarían un sistema de derecho. Su diseño se traza en una triple dimensión: (i) normas creadas

de forma especial para las indias (derecho propiamente indiano), (ii) el derecho castellano (subsidiario o supletorio, procede a falta de preceptos en el derecho propiamente indiano) y (iii) el derecho estrictamente indígena. Pero según lo menciona Dougnac, el derecho indiano no era exclusivo de la legislación, pues contenía además otros elementos que lo hacían aún más interesante, como por ejemplo el derecho consuetudinario, la jurisprudencia y la doctrina (Dougnac, 1998).

Entre estas disposiciones se encuentran las capitulaciones, ordenanzas, decretos, instrucciones, reglamentos, Reales cédulas, Provisiones, Cartas reales, Instrucciones, Ordenanzas, etc. Su aplicación obedecía al casuismo, por lo que la insuficiencia del derecho indiano para regular todos los casos que se presentaban obligó al derecho castellano a suplir dichos vacíos (Ots Capdequi, 1968, pp. 42-44). Vale la pena resaltar las capitulaciones, contratos realizados entre particulares (militares o meros privados) y la Corona o las autoridades que aquélla expresamente facultó. Según Aristizábal, el Rey de España y los conquistadores celebraban pactos o capitulaciones “con instrucciones concretas y recomendaciones jurídicas, para explorar nuevas tierras y ganar nuevos adeptos a la fe católica” (1993, p. 29). La finalidad de las Capitulaciones, según comparte el autor, era el reconocimiento de ciertos derechos por el hecho del descubrimiento, por la conquista de nuevos territorios y por la evangelización de sus gentes.

En principio, a través de las capitulaciones se otorgaron a Colón facultades especiales para establecer lazos comerciales con la India (destino inicial de la expedición), dejando claro que se respetaría la autonomía de esos territorios. En el mismo sentido, las capitulaciones establecían que en el caso de que Colón lograra descubrir nuevas tierras quedarían bajo el poder de la Corona española, de ahí la necesidad de dotar de facultades jurisdiccionales a Colón como su representante en esos territorios. Debido a ello se designó a Colón como Almirante, Virrey y Adelantado Mayor, títulos honoríficos para señalar un poder delegado. Con ese estatus, el Almirante podía adoptar decisiones autónomas sobre los territorios recién descubiertos (delimitar, adjudicar), así como aplicar la ley civil y penal en los casos que fuera necesario. También podía organizar las expediciones, reclutar navegantes para sus flotas y nombrar subalternos (funcionarios de la Corona).

Una vez logrado el descubrimiento, en las capitulaciones de Santa Fe del 17 de abril de 1492 se reconocen facultades directas a Colón para establecer un gobierno en el Nuevo Mundo. Las facultades consistían en una serie de ventajas y prerrogativas que posteriormente serían fuente de discordia entre las partes². Según la profesora Beatriz Bernal, las capitulaciones de Santa Fe también otorgaban prerrogativas de carácter económico:

En cuanto a los beneficios económicos, el Almirante recibiría –con base en la capitulación- el décimo de todas las riquezas y mercaderías obtenidas en la jurisdicción de su Almirantazgo y el octavo de los beneficios que se adquiriesen en el comercio terrestre. Las Capitulaciones de Santa Fe fueron el resultado de múltiples negociaciones llevadas a cabo por Juan de la Coloma y el fraile Juan Pérez, sus redactores, en representación de los Reyes Católicos y de Cristóbal Colón, respectivamente (2015, pp. 183-184).

De su lado, el derecho castellano -derecho más próximo al interés de la conquista por la razón de que los reyes de Castilla y León fueron los artífices del descubrimiento- fue el que en principio se acogió para llenar los vacíos que había dejado el derecho indiano medieval. Los reyes ordenaron su aplicación con la misma fuerza con la que se aplicaba en el reino de Castilla. Sin embargo, este derecho tuvo que “modificarse sustancialmente en su contenido por su adaptación al nuevo medio. Así el Cabildo de los Consejos Castellanos, Cancillerías Reales a las Audiencias, el virrey en representación del rey, los consulados a las universidades de mercaderías” (1942, p. 10).

Pero las adaptaciones del derecho castellano a las exigencias del Nuevo Mundo no fueron suficientes para establecer un orden social jurídicamente estable. Hay que recordar que el sistema trasplantado fracasó, no por falta de normas, sino por la ausencia de identificación entre éstas y la realidad, y por motivos especialmente económicos. Las “expediciones del descubrimiento como el abastecimiento de la española, es costado por el tesoro real y los beneficios que se obtienen no llegan a compensar los gastos, la empresa indiana se convierte en una carga insoportable para los reyes” (García-Gallo, 1972, pp. 125-126).

² Al no determinar de una sola vez y con claridad el alcance de las prerrogativas reconocidas, la regulación generó conflictos sobre todo económicos entre los particulares y la Corona. Los reyes encontraron la manera de revocar “a posteriori” las prerrogativas concedidas al Almirante (...). Como resultado de ello, en todos los casos los conquistadores serán en el futuro engañados y desposeídos por la Corona”. (Aristizábal, 1993, p.30). Las concesiones (almirantazgo hereditario) que se otorgaron a Colón se hicieron a través de capitulaciones firmadas el 17 de abril de 1492 en Santafé.

En ese contexto, la empresa del descubrimiento se convirtió en una carga que llevaría a una crisis económica profunda, y con ella a un cambio en el tratamiento de las Indias. Pero el cambio en el modo de abordar la realidad de las Indias no implicó dejar de lado absolutamente el derecho castellano, más bien significó reinterpretarlo, adecuarlo y adaptarlo a las necesidades. Bajo esa necesidad, la Corona expidió una legislación flexible, que se creó de acuerdo con las circunstancias concretas. Es un derecho que, como dice García-Gallo, nace con espíritu viejo pero que se esfuerza por vivir en un mundo nuevo. Al mismo tiempo, ese mundo nuevo demandaba el reconocimiento de formas diversas de existencia y de regulación, que serían integradas al derecho indiano. El derecho nativo pasó, en ese sentido, a formar parte del derecho vigente en las Indias.

1.1.2. El enfoque proteccionista del derecho indiano

El proceso de invasión europea en las Indias Occidentales, después reconocidas como América, supuso un proceso de claro vasallaje y de imposición de las instituciones jurídicas propias del reino español, principalmente por la imposición de nuevas realidades asociadas al naciente mercantilismo que se valió de los recursos primarios americanos para su acumulación en Europa. Esa economía colonial latinoamericana significó la creación de nuevas relaciones y fuerzas de trabajo esclavo (bajo yugo de servidumbre), amparadas en instituciones como la mita o la encomienda, en la que los indios y los esclavos básicamente no contaban con reconocimiento de derecho alguno, pese a que desde mediados del siglo XVI ya se contaban con algunas disposiciones diferenciales que pretendían otorgar un reconocimiento a la condición de los indios en las colonias. De hecho, como destaca Galeano, “en la Recopilación de Leyes de Indias no faltan decretos de aquella época estableciendo la igualdad de derechos de los indios y españoles para explotar las minas y prohibiendo expresamente que se lesionaran los derechos de los nativos” (1996, p. 47).

El efecto de este enfoque disminuyó el ser y el saber indígena: sujetos inferiores, salvajes, bárbaros que no tienen la capacidad de valerse por sí mismos, eran los presupuestos. Igualdad para los iguales, y para los indios (desiguales) una legislación que los nivele a la cultura civilizada. El “pueblo indígena se distribuye y reagrupa según los estatutos de capitulaciones, encomiendas y resguardo, encuadrado dentro de una civilización extraña que se le impone, para entrar en una

asimilación ética y cultural” (Sáchica, 1989, p. 2). Según esta afirmación, el propósito del derecho propiamente indiano era reducir al indio para lograr su protección: el indígena es un incapaz y un inferior susceptible de civilización, se decía. Por ello, el tratamiento jurídico de los indios se asimiló al tratamiento de los “miserables”, sujetos que aparecen en las partidas de Alfonso X como individuos de notable inferioridad física y espiritual. Por esa razón, era necesario civilizarlos. Esta actividad, que según Gaitán y Malagón, consistía en no “mostrar sus partes nobles, que aprendieran el castellano, que tuvieran prácticas sexuales monógamas, que no tuvieran sexo con consanguíneos, que no practicaran la sodomía, que se comportaran de acuerdo con la moral y las costumbres cristianas” (2008, p.140).

Según lo señala el profesor Camilo Borrero, los indios no eran los únicos sometidos, ya que la población afrodescendiente sufrió como ninguna otra los tratos crueles e inhumanos, situación que más adelante quiso moderarse debido a la necesidad de su fuerza de trabajo. Dice Borrero:

Desde 1784 se prohíbe su marca en cara o espalda con hierros calientes. Con Carlos IV (1789) el paquete de medidas protectoras se amplía: obligación de dar alimentos a toda la familia (aun a miembros libres), prohibición de dar libertad a mayores de 50, salvo con pensión vitalicia (ya que era costumbre liberarlos para no correr con sus gastos), establecimiento de jornada de trabajo (de sol a sol) , habitaciones separadas por sexo y matrimonios, libertad de matrimonio (mediante la fórmula de señalamiento de elegida para compra), igualdad delictual de blancos y negros y trabajo entre los rangos de 17 a 60 años, en labores adecuadas a edad y sexo, remuneración a esclavos domésticos, descanso en días festivos, tratamiento a enfermedades y entierros a costa de amos y se establece que los españoles con hijos de esclavas tenían preferencia para compra para libertad. Además, se crea la Figura del Procurador Protector de Negros” (2014, pp. 34 – 35).

Al igual que con la población negra, el trato a los indígenas debía humanizarse, en principio bajo los postulados del derecho castellano y con la intervención de la iglesia. De forma tardía, dice Dougnac, a través de la bula *Sublimis Deus* (1537) el papa Paulo III “declara que los indios, como verdaderos hombres que son, están plenamente capacitados para la fe cristiana” (Dougnac, 1998, p. 315). Asimismo lo afirma Ariza, cuando dice que muy a pesar “de las dudas iniciales los pensadores de la conquista pronto aceptaron la idea de que los indígenas eran seres humanos, cosa que sin duda fue alentada por la Bula Papal *Sublimis Deus* del 2 de junio de 1537 que declara al

indio como un ser racional y libre y por el célebre testamento de la reina Isabel de Castilla” (2008, p. 463).

Bernal, en la línea de Dougnac, afirma que el derecho indiano al fin reconoció a los indios su humanidad y su capacidad para transformarse en verdaderos fieles miembros de la religión católica, motivo suficiente para protegerlos. Este fue un proceso en el que “el salvaje” debía dejar sus creencias “primitivas” y ciertos comportamientos que se consideraban reprochables desde la cultura europea. En el fondo, el proceso evangelizador mostraba el “desprecio español por su cultura” (Bernal, 2016, p. 13).

La campaña civilizadora se encomendó a la Iglesia católica. Esta empresa fue la encargada de la evangelización y de la integración del indígena a la “civilización”. También fue en parte responsable de la prohibición de la esclavitud, conducta que, como lo señala el profesor Borrero, fue abandonada de manera progresiva. La esclavitud “llegó a ser parcialmente prohibida por razones de evangelización, ocasionalmente aceptada en el caso de desobediencia o guerras internas, prohibida en el caso de indios de usanza (esclavos de indios), y finalmente prohibida de manera general” (2014, pp. 33 – 34).

Fray Bartolomé de las Casas, dice Castrillón, acudió “a las instancias administrativas y judiciales competentes para que se constituyera una estructura jurídica que garantizara los derechos a los aborígenes” (2006, pp. 193-194). Por ello se lo considera como uno de los primeros protectores de los nativos, siendo designado por la Corona en 1516 para esta labor. Más tarde, entre 1529 y 1554, la protección de los nativos siguió confiándose a la iglesia católica. Los obispos tenían la responsabilidad de la civilización del indio mediante su instrucción en el arte del conocimiento y del saber. A través de estos medios, de forma lenta pero eficaz, lograron su cometido. Los indios poco a poco se integraron a una cultura “racional” hegemónica. La pretensión de la defensa por quién hace parte del fenómeno colonizador representa en esta instancia un indicador: la extinción de los “indios” no es ventajosa para los intereses de España.

La Real Cédula de 1553, dirigida a la Real Audiencia de México, dispuso la protección de los indios frente a la actitud de las autoridades, imponiendo de esa manera restricciones y límites al ejercicio del poder. Otras normas que se establecieron en favor de los indígenas fueron, por

ejemplo, la Real Cédula de Felipe II de 1562, la cual establecía que “si los indios de señorío recibieren algún agravio de alcalde mayor, justicia u otra cualquier persona pueden ir libremente a la Audiencia Real del distrito a dar su queja” (Dougnac, 1998, p.322). En el Concilio Limense de 1565 se estableció el *in integrum restitutio*, mediante el cual se establecieron juicios breves y sumarios; sanciones y castigos a los españoles por maltrato a los indios; la exclusión del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición; la no presunción de dolo ni engaño; exoneración de algunas cargas públicas y a ser “tratados con amor y honrosamente” (Dougnac, 1998, pp. 323-326).

En las ordenanzas expedidas en las Audiencias de Monzón (1563) se determinó que la protección de los indios estaría a cargo de los *fiscales de las Audiencias* y particularmente del *fiscal del Consejo de Indias*. El establecimiento de estas instituciones y autoridades permitió reservar para ellos una legislación “especial”, que les reconocería privilegios y garantías suficientes para asegurar su subsistencia y su libertad. “Sólo circunstancias muy excepcionales como había sido la condición de antropófagos de los caníbales (...); la sumisión y posterior rebelión de los araucanos o la conversión al islamismo de los filipinos de Mindanao permitirán su esclavitud” (Dougnac, 1998, p. 316).

En 1575, Francisco Toledo, como lo menciona Dougnac, afirmó que se creó con esa misma finalidad el *protector general y varios protectores territoriales*. Estos protectores debían cumplir con ciertas condiciones y requisitos para su designación, además de cumplir con requisitos de idoneidad para el ejercicio del cargo. Todas estas condiciones que debían cumplir los protectores muestran la importancia y el estatus que habían adquirido los indios para la Corona, independientemente del motivo que justificaba tal tratamiento especial.

El protector era designado por el virrey o por el presidente entre personas de edad competente y ejerzan sus oficios con la cristiandad, limpieza y puntualidad que son obligados, pues han de amparar y defender a los indios (...). No podían ser removidos sin causa legítima examinada por la Real Audiencia, según dispuso Felipe III en 1620. Hubo ordenanzas para ellos en diversos lugares de América. En Chile son dignas de destacar las que elaboró en 1593 el gobernador Martín García Oñez de Loyola, asesinado por los araucanos cinco años más tarde. Para el Perú el ordenancista virrey Francisco de Toledo había dispuesto en Arequipa el 10 de septiembre de 1575 unas disposiciones a cuya calidad se refirió Felipe II en 1589 cuando decía que “en los reinos del Perú se han de dar las instrucciones a los protectores conforme a las

ordenanzas que hizo el virrey don Francisco de Toledo, añadiendo lo que conforme a la diferencia de los tiempos conviniere al amparo y defensa de los indios” (Dougnaç, 1998, pp. 317-318).

Además del *protector de indios*, en las audiencias que se realizaban en virtud de un proceso civil o penal, también debían asistir un *abogado* y un *procurador de indios*, todos ellos funcionarios de la Corona. El *Corregidor de Indios* fue otra autoridad que llegó a complementar la institucionalidad, funcionando como autoridad encargada de resolver las controversias entre indios y españoles. La regulación de los corregidores se estableció principalmente en las ordenanzas de 1580, en las cuales se pretendía la aculturación de los indios; la prohibición del maltrato; el abuso por parte de los encomenderos, doctrineros y caciques; el trabajo de los nativos en las minas y el castigo para aquellos indios desobedientes. Esta regulación también se encargó de vigilar que las reducciones o agrupaciones de indios cumplieran su función de “culturización natural”.

En las *ordenanzas de corregidores de indios*, expedidas el 21 de julio de 1594 por don García Hurtado de Mendoza, Virrey del Perú, se establecieron prohibiciones a los corregidores frente a los indios. Posteriormente, en la Real Cédula de Felipe II del 23 de diciembre de 1595 se estableció que los virreyes y gobernadores debían vigilar la conducta de los corregidores. “Se atribuye a los muchos abusos de estos corregidores en el Perú la sangrienta insurrección capitaneada por el mestizo que se hacía llamar Tupac Amaru en pleno siglo XVIII” (Dougnaç, 1998, p. 320).

Otra forma de proteger a los indios fue la reducción de dicha población en zonas comunes o pueblos de indios, lo que hacía más fácil su sometimiento, control y adoctrinamiento. Esto posteriormente dio lugar a los “resguardos”, una forma de organización política que otorgaba el reconocimiento legal de tierras comunales. Los asuntos relativos a las tierras nativas fueron objeto de “los diferentes mecanismos de control contemplados por la Corona para ejercer la vigilancia disciplinaria sobre los funcionarios en las Indias, como lo fueron las instituciones de las Visitas y el Juicio de Residencias” (Muñoz, 2016, p.14). Esta forma de organización territorial entregaba a la población indígena, aunque no de forma particular e individual, cierta porción de tierra para habitarla y producirla, en parte a favor del indígena y de su familia, en parte a favor de toda la comunidad.

En la línea de las disposiciones enunciadas, varias normas se expidieron con el fin de proteger las tierras comunales de los indígenas. Por ejemplo, en las Reales Cédulas de “El Pardo” de 1591 se facultó a los oidores y a los visitadores para identificar las tierras que podrían constituirse como resguardos, con el fin de asegurarles a los indios una porción de tierra para su sustento. Sin embargo, no se puede hablar en sentido estricto de constituir un verdadero derecho de propiedad, porque como lo señala González, la Corona “reconocía esas tierras, pero reservando su merced en sí el poder alargar o acortar este resguardo como más pareciere convenir al servicio del rey nuestro señor” (Citada por Muñoz, 2016, p. 17).

Pese a la existencia de algunas legislaciones precarias que hablaban desde lo formal sobre la protección a los indios, especialmente como parte de las cadenas productivas del sistema económico colonial, lo cierto es que a los indios americanos se les despojó oficialmente de su condición humana, de su cultura y de sus tradiciones ancestrales. Por ejemplo, mediante la Cédula Real de 1770 se suprimió oficialmente por parte de la Corona el derecho consustancial a la naturaleza de estos grupos humanos de contar con un lenguaje propio. Puede afirmarse que el derecho colonial “fue un derecho que nació muerto ante las prácticas abusivas de los españoles” (Suescún, 2001, 133).

1.1.3. El derecho indígena en el derecho indiano

El derecho indígena logra integrarse con éxito a la vieja regulación indiana hasta posicionarse como una parte fundamental de un derecho indiano renovado. Este derecho, ahora “impuro”, aunque limitado y unidireccional en sus inicios, era una herramienta que reconocía relativamente a los pueblos originarios como sujetos de derechos, y en virtud de tal estatus reconocía su propio derecho: una forma de establecer una posición jurídica tanto individual como colectiva en el ordenamiento jurídico colonial. Es en sí un derecho consuetudinario, cuyo contenido se nutre de relaciones y lazos intersubjetivos que se crean en la dinámica cultural, y que posteriormente se integran al derecho indiano y se reconocen como tal. El derecho indígena es, entonces, un derecho subsidiario y complementario, muchas veces indispensable y principal.

Dougnac afirma que el derecho indígena que logró sobrevivir fue aquél que no se encontraba en abierta oposición a la legislación y a la moral española. De esa forma, la colonia no extinguió del todo el derecho indígena, lo que sí estableció con rigor es que tal derecho no podía transgredir principios fundamentales sobre los cuales la Corona se asentaba. De existir una colisión entre el derecho de la Corona y el derecho indígena debía excluirse este último, prevaleciendo, como es lógico en este sistema jerarquizado, el derecho colonial. En consecuencia, el derecho indígena que no se opusiera al derecho natural, a los valores religiosos católicos y a los intereses políticos de la Corona hacía parte del derecho indiano (Dougnac, 1998, p. 4-5).

Como lo menciona Roque Roldán Ortega, los indígenas supieron aprovechar muy bien las instituciones españolas de dominación para ponerlas a su favor y servicio, de manera que lograron conservar sus tradiciones y cultura. De hecho, la apropiación y legitimación por parte de las colectividades indígenas de las instituciones del derecho colonial fue un aspecto trascendental, no solo por las dinámicas propias que se tejían en ese momento, sino porque su análisis de la realidad los llevó a legitimar “algo” que les era en principio extraño, alejado de sus modos de existencia, pero que con astucia lo pusieron a su servicio. El “aprovechamiento inteligente que los pueblos indígenas hicieron de las distintas formas de resistencia a la dominación española” (Roldán, 2000, p. 12) fue el hecho que aseguró su existencia.

Además, los indígenas pudieron “negociar” con los españoles aspectos trascendentales para su subsistencia, y como producto de dicho ejercicio, al tiempo que los españoles acogieron como suyas algunas instituciones del derecho indígena, esta población tomó como suyas algunas instituciones del derecho español. Estos procesos de adaptación conformaron el conjunto de estrategias que los indígenas diseñaron para hacerle frente a la amenaza de extinción que la colonización había creado.

Por estas razones no se puede afirmar que la supervivencia de los indígenas fue solo una consecuencia de la intervención de la Iglesia y de la resistencia a través de la lucha indígena, porque comportamientos transaccionales, emocionales y hasta económicos -voluntarios o no- también intervinieron en ese proceso. Estas estrategias y tácticas son el reflejo de la inteligencia, la astucia y sagacidad de los indígenas, y otro tanto del instinto y de la necesidad. De esa manera el sujeto indígena lograría asegurar su existencia en un medio hostil.

1.1.4. La concepción del indio en Ginés de Sepúlveda, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas

1.1.4.1. Juan Ginés de Sepúlveda: respecto a los tardos y torpes de entendimiento. Pese a que desde 1537 el Papa Paulo III había dicho que los indios eran “verdaderos hombres” y en consecuencia tenían alma al igual que los conquistadores europeos, el discurso oficial de las autoridades coloniales justificaba y legitimaba los abusos sobre los indígenas por considerar que fueron creados por Dios o la naturaleza para servir de animales de carga como castigo por su libertinaje y pecado. La obra de Sepúlveda, cuyo fin fue justificar la conquista, se publicó en 1545 con el título de “*Demócrates Secundus*” o “*De las justas causas de la guerra contra los indios*”. Para Juan Ginés de Sepúlveda el indio es por naturaleza salvaje, inculto, bárbaro, por lo que necesita ser gobernado, incluso a través de la violencia, por un sujeto culto, prudente e inteligente: el español.

La violencia, en ese sentido, debía reunir cuatro condiciones: ser i) justa, ii) legítima, iii) tener recto ánimo y iv) recta manera de hacerla. A la vez, para considerar una guerra como justa debía reunir las siguientes características: a) repeler la fuerza con la fuerza, b) recuperar las cosas arrebatadas injustamente, c) castigar a los malhechores y d) la superioridad cultural (Sepúlveda, 1951). Según esta última característica, la guerra será justa cuando se somete a otros que por su propia naturaleza están destinados a obedecer y servir. “Los que sobresalen en prudencia y talento, aunque no en robustez física, estos son señores por naturaleza; en cambio, los tardos y torpes de entendimiento, aunque vigorosos físicamente para cumplir los deberes necesarios, son siervos por naturaleza” (Sepúlveda, 1951, pp. 21-22). Por esa razón, esos “hombrecillos”, “deben estar sometidos como la materia a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, los brutos animales al hombre, es decir, lo perfecto a lo imperfecto, lo peor a lo mejor” (Sepúlveda, 1951, pp. 83-84).

La superioridad cultural, en estos términos, autoriza el sometimiento porque es una derivación de la ley natural. El sometimiento es lo único que garantiza que los indios abandonen su infelicidad y salvajismo. En consecuencia, la virtud del español deberá imponerse a la barbarie del indio en la guerra justa, con el fin de lograr la transformación del salvaje para su salvación espiritual. Para

Sepúlveda, “mientras los indígenas sean culturalmente distintos, mientras sean lo que son, la única alternativa posible es una guerra justa permanente y continua, que sólo puede cesar con el sometimiento y la conversión cultural” (Ariza, 2008, p. 454).

La guerra contra los indios era justa porque, precisamente, la debilidad intelectual, el salvajismo y la resistencia ante los sabios españoles en procura de la fe creaba la necesidad de someterlos. Sepúlveda, en el afán de justificar la guerra y contrarrestar la ofensiva del Fraile Bartolomé de las Casas, fundamentó muy bien su discurso, pues apeló no solo a la teología sino a la filosofía, especialmente aristotélica. En la carrera por hacer frente a De las Casas, Sepúlveda, dice Salom, solicitó al Consejo de Indias autorización para realizar la impresión de sus obras sin obtener un resultado favorable.

No bien terminó su obra, SEPÚLVEDA solicitó el obligado permiso al Consejo de Indias, al que correspondía autorizar la impresión de los libros cuyo tema tocaba con los dominios americanos. La obra causó gran perplejidad en el Consejo y no obstante la defensa que de ella hizo el Cardenal de Sevilla, quien llegó a decir que “debería imprimirse con letras de gran tamaño y predicarse desde los púlpitos por toda España”, los consejeros se abstuvieron de dar un juicio favorable. Acudió entonces SEPÚLVEDA al Consejo Real de Castilla, donde estaban representados los intereses que mayor tenían simpatía por sus doctrinas y dicho Consejo hubiera autorizado la obra de no haberse interpuesto oportunamente el de las Indias. Esta discrepancia entre los dos altos Cuerpos Consultivos del Reino, los indujo a someter el libro al estudio de las Universidades de Alcalá y Salamanca, que hicieron el elogio de los dotes intelectuales del autor, pero se negaron a recomendar la publicación. Molesto SEPÚLVEDA por esta resistencia tenaz, tradujo su libro del latín al español, hizo un compendio de él para que circulara subrepticamente en España y envió dicho compendio a Italia, a fin de que allí se publicara profusamente (Salom, 2000, p. 150).

A pesar de este episodio gris para Sepúlveda, lo cierto es que se reconoce como uno de los teóricos más importantes de su época, al punto de apodarlo el “Tito Livio español”. También fue reconocido por la traducción de *La Política* de Aristóteles, por su conocimiento del Antiguo Testamento y por su obra “*Democrates alter*” (Salom, 2000, p. 149).

1.1.4.2. Francisco de Vitoria: el indio racional que tiene derecho de dominio y las causas legítimas de la conquista. Existen dos formas de entender a Vitoria, dice Peter Fitzpatrick. La

primera pone a Vitoria como “el padre del derecho internacional” y defensor de los indios frente a la depredadora intervención española; la segunda es más bien contraria a la anterior, y se concibe como una “refinada justificación de la apropiación imperial” (Fitzpatrick, 2011, p. 166). Estas formas han dado lugar a posteriores estudiosos para defender una u otra concepción.

La perspectiva de Vitoria guarda algunas semejanzas con la de Sepúlveda sobre todo en cuanto a la justificación de la guerra. Sin embargo, se identifican diferencias importantes que se derivan de la concepción del indio. Mientras que para Sepúlveda el indio es un bárbaro que debe ser sometido con fines de salvación, el indio para Vitoria es un sujeto que tiene razón, aunque su desarrollo sea incipiente. La “vehemencia con la que se opuso al “saqueo y carnicería” (...) de los invasores españoles más resueltos y genocidas de la conquista nos permite afirmar que por lo menos sí era compasivo” (Fitzpatrick, 2011, p. 172).

Vitoria se preguntaba si por esa condición se puede predicar que el indio tiene dominio. Para resolver tal pregunta hace el siguiente razonamiento: los seres irracionales no tienen dominio, a pesar de que la biblia haga referencia al dominio de los animales sobre otros seres; de ciertos elementos sobre otros, no existe tal posibilidad, porque el dominio es un derecho, y los irracionales no tienen derechos, por tanto no tienen dominio. Al tiempo se pregunta si los niños tienen derecho de dominio antes del uso de razón. Frente a esta pregunta responde afirmativamente, en el sentido de que “los bienes de los pupilos tienen dueños y, sin embargo, este no es el tutor; luego lo es el mismo pupilo” (Vitoria, 1975, p. 50). Dice, además, que los niños tienen la imagen de Dios, por lo que se ofrece un fundamento para el derecho de dominio, lo cual faculta para obtener el derecho a la herencia. Pero hasta aquí no ha dado respuesta a la pregunta planteada.

Vitoria reconoce que los bárbaros “a su modo tienen uso de razón”, negando, por tanto, que sean “amentes”. Esto da lugar a afirmar que tienen derecho de dominio: “ni el pecado de infidelidad ni otros pecados mortales impiden que los bárbaros sean verdaderos dueños, tanto pública como privadamente, no pudiendo los cristianos ocuparles los bienes por ese título” (Vitoria, 1975, p. 47). Asimismo, reconoce que los indios tienen formas de organización y algún tipo de religión, pero esa razón, que él denomina potencia, no se traduce en actos. Esta ausencia de actos es justificada afirmando que se encontraban en un estado de pecado, y esto, a su vez, es consecuencia de su educación bárbara.

De todo o dicho resulta que los bárbaros eran, sin duda alguna, dueños pública y privadamente, del mismo modo que lo son los cristianos de sus bienes, y que tampoco por este título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares. Y grave cosa sería negarles a ellos, que nunca nos infringieron injuria alguna, lo que no negamos a los sarracenos y judíos, perpetuos enemigos de la religión cristiana, a quienes reconocemos verdadero dominio sobre sus cosas que no sean de las arrebatadas a los cristianos (Vitoria, 1975, p. 51).

Ya con la convicción de que los indios sí pueden ser dueños, Vitoria se propone justificar la conquista. En primer lugar, descarta algunos títulos por su ilegitimidad. Posteriormente planteará otros que gozan de ese atributo. Los títulos falsos e ilegítimos no pueden ser utilizados, dice Vitoria, para justificar la ocupación de las provincias de los indios. En cambio hay otros que son justos, legítimos e idóneos. Estos títulos son:

1. El derecho de gentes, expresión del derecho natural, prescribe que por razones de sociedad y comunidad natural una nación debe tratar bien a los huéspedes, peregrinos y prójimos.
2. El derecho de gentes autoriza a ejercer el comercio con los extranjeros.
3. Las cosas comunes no pueden ser prohibidas para los españoles.
4. El derecho de familia, cuando un español tenga hijos en la tierra que no es la suya debe respetársele su derecho a permanecer allí.
5. Si los bárbaros no respetan los anteriores derechos de gentes los españoles bien pueden ejercer la violencia, pues es lícito contener la fuerza con la fuerza.
6. La paz y la seguridad de los españoles autoriza a declarar la guerra y someter a los indios.
7. La persistencia de los indios en la perdición de los españoles es causa de guerra, cautiverio, despojo y todo lo que la guerra permita.
8. La propagación de la religión cristiana no puede admitir oposición de los bárbaros.
9. El Papa, por razones de expansión de la religión, pudo entregar la facultad de conversión de los indios exclusivamente a los españoles.

10. Si los indios admiten la propagación de la fe cristiana, aunque directamente no la reciban, mal podrían hacer los españoles en someterles y privarlos de sus bienes, en caso contrario la guerra es justa.
11. Es justa la conquista si los indios impiden el evangelio, persiguen, atemorizan y castigan a los convertidos.
12. Lo mismo cuando una vez convertidos al cristianismo vuelven a la idolatría.
13. El Papa bien puede, para proteger a los convertidos, pídanlo o no, desterrar a los señores infieles.
14. La tiranía y las leyes injustas de los señores indios eran un peligro para los inocentes y para la propia religión.
15. El sometimiento de los indios al rey de España fue por mera elección voluntaria.
16. El poder de los españoles sobre los indios se produjo por razones de amistad natural y alianzas; por ejemplo, en las luchas entre bárbaros una parte pidió el auxilio de los españoles, haciéndolos partícipes de los frutos del triunfo.
17. Los bárbaros –“no me atrevo a sostenerlo, ni tampoco a condenarlo de lleno”- no se diferencian mucho de los amentes, lo que no les permite tener conciencia para administrar la república (Vitoria, 1975, pp. 87-105).

Estos títulos son, por así decirlo, el marco jurídico sin el cual la conducta de los españoles se vería como irracional. Sin embargo, estos “justos” títulos de alguna manera legitimaron las atrocidades cometidas contra los indios. Para los españoles, la guerra, también justa, les permitía hacer todo lo necesario para alcanzar los fines de la conquista. Coincide es esa apreciación Ariza, cuando expresa:

En todo caso es necesario tener en cuenta que Vitoria no pretendía derrumbar el proceso de expansión del imperio español sino proporcionarle un marco de legitimación adecuado. De hecho, Vitoria no pone en duda la posibilidad de que los españoles entren en contacto con los indígenas para propagar su religión y cultura. Esto último incluso debían hacerlo. Su problema era crear las bases para justificar una guerra cuarenta años después de haber sido desatada, la cual, en su opinión, no podía ser explicada con base en las teorías del momento. Por ello, tras

desvirtuar las tesis dominantes proporciona un catálogo de títulos que legitiman lo que de hecho estaba ocurriendo, es una teoría de legitimación *ex post facto* (Ariza, 2008, p 458).

Aún con esas críticas, hay que reconocer que la concepción del indio desde el enfoque de Vitoria es diferente a la de Ginés de Sepúlveda, en tanto que al menos rescata medianamente la razón como algo inherente a este sujeto “que nació en el pecado” y en la penumbra. Ese mínimo de razón y la instrucción del español son los elementos necesarios para hacer de él un hombre de luz y salvación.

El padre Francisco de Vitoria no pretendió de ningún modo protestar contra la conquista, pero sí contra la forma de hacerla, y para ello se enfocó en fundamentar su discurso en el derecho de gentes, como parte del derecho natural. El mérito de este pensador “es que su lucha contra una idea absoluta del poder y contra la desigualdad de los hombres por razones de origen y religión se produce en tiempos del Imperio y del “descubrimiento” de América” (Maestre, 2004, p. 97). Pero su elaboración sobre este derecho no puede entenderse como un derecho horizontal entre pueblos, en este caso entre cristianos y bárbaros.

En realidad, el *ius gentium* le permitió a Vitoria legitimar la guerra y la ocupación territorial, y no tanto acercarse a los derechos de los indios. Esa era la única manera de evitar que lo catalogaran como enemigo del Papa por cuestionar su poder, o enemigo del rey por cuestionar la conquista. El escenario escogido para explicar sus posiciones fue la cátedra en la Universidad de Salamanca. En esas palabras lo señala Nicolás Salom Franco:

Durante los cursos de 1535 y 36 hace ligeras alusiones a los derechos de los indios a sus bienes y territorios e intencionalmente en su “relección” de 1537 incluye una larga digresión sobre los derechos y deberes de la Corona a intervenir en la defensa de los indios. A lo largo del curso de 1538 redacta el primer borrador de su disertación sobre los indios con la que intenta cuestionar la conquista del Perú por FRANCISCO PIZARRO. Y en 1539, lee públicamente su *Relectio de indis* que aborda en profundidad la polémica. La relección era un acto académico obligatorio para los titulares de cátedras, celebrado ante el pleno de la Universidad, en la que el maestro volvía a repetir un tema concreto tratado en las lecciones ordinarias del curso. Y Vitoria escogió el tema de los derechos de los indios. Su denuncia reflejaba con espíritu crítico la verdad histórica. Sin exageración puede decirse que esta Relección, es la primera carta constitucional de los indios americanos (Salom, 2000, p. 66).

Con esa fortaleza argumentativa, Vitoria introdujo insumos jurídicos del derecho internacional para justificar la conquista, pero sobre todo, como destaca Salom Franco, para hacer de la guerra y del sometimiento un campo limitado por los fines de la fe. Los indios tienen derechos irrefutables, el primero de ellos a que se le reconozca su humanidad y su razón, el segundo a que se le reconozcan sus dominios y el tercero a que se los trate con humanidad. Por lo demás, dice el autor, la conquista es inevitable.

1.1.4.3. Fray Bartolomé de las Casas: Los indios frente a los lobos, tigres y leones hambrientos. La concepción del indio que tenía Fray Bartolomé era muy distinta a la concepción de Ginés de Sepúlveda y del mismo Vitoria, pues para él, el indio es bueno, obediente, fiel y servicial, aunque débil. Así lo señala en las primeras páginas de su obra *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*:

Todas estas universas e infinitas gentes, *a toto genere*, crio Dios los más simples, sin maldades ni dobleces, obedientísimas, fidelísimas a sus señores naturales y a los cristianos a quien sirven; más humildes, más pacientes, más pacíficas y quietas, sin rencillas ni bollicios, no rijosos, o querulosos, sin rancores, sin odios, sin desear venganzas, que hay en el mundo. Son así mesmo las gentes más delicadas, flacas y tiernas en complisión y que menos pueden sufrir trabajos y que más fácilmente mueren de cualquiera enfermedad; (...). Son también gentes paupérrimas y que menos poseen ni quieren poseer de bienes temporales, y por esto no soberbias, no ambiciosas, no codiciosas. (...). Sus vestidos comúnmente son en cueros, cubiertas sus vergüenzas, y cuando mucho cúbrese con una manta de algodón que será como vara y media o dos varas de lienzo en cuadra. Sus camas son encima de una estera y cuando mucho duermen en unas como redes colgadas que en lengua de la isla Española llamaban hamacas (De las Casas, sf, p. 13).

Respecto a las intenciones de la Iglesia, expresó que en los indios no era extraño ver su disposición y afán para escuchar y practicar la fe; eran capaces y dóciles para recibir la doctrina católica. Para él, los indios mostraban interés en la religión y bondad en sus actos. El único problema es que no conocieron la gracia de Dios desde un principio, hecho que no autorizaba condenarlos al sufrimiento y la desgracia; al contrario, era la oportunidad para extraerlos de la ignorancia y convertirlos a la fe, señaló el Fray.

De las Casas había hecho públicas las denuncias contra el proceder cruel de los españoles, ganándose por ello el título de "*Protector de los indios*". "En estas ovejas mansas y de las calidades

susodichas por su Hacedor y Criador así dotadas, entraron los españoles desde luego que las conocieron como lobos y tigres y leones crudelísimos de muchos días hambrientos” (De las Casas, sf, p. 14). Ante esa situación, los indios reaccionaron también con violencia: “a pesar de los buenos sentimientos que caracterizaban a los indígenas, las terribles acciones de los españoles despertaron en ocasiones en ellos deseos de venganza, odio y rencor” (Ariza, 2008, p. 461), aunque sus herramientas de guerra eran juguetes comparadas con las armas de los españoles. La fuerza y la sevicia de los españoles era indiscutiblemente superior.

Tal fue la crueldad, que entre ellos apostaban cortar cabezas, abrir las entrañas, entre otros vejámenes:

Tomaban las criaturas de las tetas de las madres por las piernas y daban de cabeza con ellas en las peñas. Otros daban con ellas en ríos por las espaldas riendo y burlando, y cayendo en el agua decían: “¿Bullís, cuerpo de tal?” ... Otras criaturas metían a espada con las madres juntamente y todos cuantos delante de sí hallaban. Hacían unas horcas largas que juntasen casi los pies a la tierra, y de trece en trece, a honor y reverencia de nuestro Redentor y de los doce apóstoles, poniéndoles leña y fuego los quemaban vivos. Otros ataban o liaban todo el cuerpo de paja seca; pegándoles fuego así los quemaban. Otros, y todos los que querían tomar a vida, cortábanles ambas manos y dellas llevaban colgando, y decíanles: “Andad con cartas”, conviene a saber: “Llevá las nuevas a las gentes que estaban huidas por los montes” (De las Casas, sf, pp. 19-20).

En una geografía más cercana, De las Casas relata lo sucedido en las tierras de Santa Marta y Cartagena, tierras que eran ricas en oro y que fueron saqueadas por los españoles. Estos hicieron “grandes estragos y matanzas y señaladas crueldades, y esto comúnmente a la costa de la mar y algunas leguas la tierra dentro hasta el año de mil y quinientos y veinte y tres”. Y así sucedieron diversos capitanes, “unos más crueles que otros, que cada uno parecía que tenía hecha profesión de hacer más exorbitantes crueldades y maldades que el otro, porque saliese verdad la regla que arriba posimos” (De las casas, sf, p. 99).

Todas estas conductas llevaron al Protector a denunciar la maldad de los españoles y la indefensión de los indios. Justamente por esos motivos era considerado por sus críticos como un hereje insensato y un enemigo de la autoridad civil y eclesiástica. La afirmación de que el Papa no tenía jurisdicción frente a los no cristianos y que la donación a los Reyes de Castilla no era suficiente para legitimar los dominios, era otra razón para hacerse acreedor de tales acusaciones.

De las Casas respondía que la guerra y la crueldad eran los verdaderos enemigos de la religión cristiana y de la evangelización, por lo que debían contenerse las injustas acciones y tratarse a los indios como “hombres” de razón y de fe.

Estas disputas por fin tendrían un espacio común para hacerse públicas en el Colegio de San Gregorio de Valladolid entre 1550 y 1551, donde Bartolomé de Las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda expusieron sus argumentos en un amplio y fundamentado debate. Carlos V convocó una junta de expertos con el fin de que evaluaran tales posiciones para definir el futuro de la Conquista. Los temas que alimentaron el debate fueron: “los poderes y espirituales del papado” y la “humanidad de los indios”. Sobre este último tema, Sepúlveda afirmaba que el indio era un amente, débil y siervo por naturaleza, mientras el Fray lo representa como “un niño inocente y temeroso que, a causa de una ignorancia invencible, no ha podido transitar el camino de la verdadera fe” (Ariza, 2008, p. 462).

Finalmente, luego de una confrontación teórica y discursiva sobre la legitimidad de la conquista y de los derechos de los “hombres”, los argumentos del Fray lograrían penetrar las esferas de poder, resultado que se evidenció en la expedición de distintas normas encaminadas a la protección de los indios. “La disputa de Valladolid ha de interpretarse claramente como el testimonio apasionado de un hecho decisivo en la historia de la humanidad: por no haber triunfado las ideas de Juan Ginés de Sepúlveda” (Maestre, 2004, p. 91).

Se concluye, de conformidad con Ariza, que:

Este saber antropológico-religioso sobre el indígena elaborado cuidadosamente por estos tres pensadores constituirá la base que soportará el edificio de dominación laboral, económica o religiosa de la conquista y la colonia. La relación estructural de subordinación del indígena que nació a partir de allí tenía como eje un saber religioso meticulosamente construido a partir de una dialéctica de diferencias culturales y con base en un examen minucioso de la personalidad del indígena americano, su subjetivización como siervo natural o incapaz mental, como débil e inferior, como un eterno niño sin edad, que justificó la mayoría de las instituciones que moldearon las relaciones entre las comunidades autóctonas y los españoles (Ariza, 2008, p. 463).

1.2. El constitucionalismo republicano y la realidad indígena colombiana

Para efectos del desarrollo de esta sección, el constitucionalismo republicano (1810-1990) se clasificará en tres etapas: la primera etapa corresponde al periodo de las constituciones provinciales (1810 – 1820), la segunda etapa corresponde al periodo entre la vigencia de la Constitución de la Gran Colombia y la expedición de la Constitución Política de Colombia (1821 – 1886) y, finalmente, la tercera etapa que cobija el periodo entre la vigencia de la Constitución de 1886 y 1990.

1.2.1. El constitucionalismo republicano provincial

Con el primer periodo de la Independencia, una nueva clase social y política se construye ambivalentemente. Como dice José Carlos Mariátegui, los conductores de esta empresa romántica, “ideólogos de esta revolución, no fueron anteriores ni superiores a las premisas y razones económicas de este acontecimiento” (2009, p. 10). Los criollos, líderes de la independencia, se erigen en un principio como una nueva clase que se mueve bajo intereses comunes, pero que al interior del grupo se fracciona en torno a la visión de futuro de la república. Esos desencuentros generaron enfrentamientos internos que hacían más difícil la gobernabilidad y la estabilidad política³. “Y simultáneamente, los criollos, que se autopercebían como una nueva nobleza republicana, debieron imaginarse cómo integrar, en calidad de nuevos ciudadanos, a los indígenas, negros, zambos, mestizos, mulatos y pardos, una población revuelta a la que siempre habían despreciado” (Reyes, 2010, pp. 57-58).

Diferenciarse de la antigua nobleza es entonces un reto grande. Sin embargo, los caudillos excluyeron la participación de otros estamentos de la sociedad en las decisiones independentistas: se excluyó de ese proceso a los indios, a los negros y a otros sectores desposeídos. “Esto quiere decir que en ningún momento ejercieron una participación, manteniéndose tan ignorantes como siempre a pesar de su servicio en los ejércitos patriotas” (Echeverry, 2018, pp.18-19). En el mismo

³ A esta etapa se la conoce como la patria boba. Boba en cuanto a la incertidumbre del presente y del futuro. La ausencia de certeza es la característica principal de este momento complejo. Solo existían posibilidades de construir un orden político y social, pero ninguna era definitiva para los criollos.

sentido se expresa Castañeda, cuando dice que “los negros, los indios y los pobres resultarán excluidos del juego político y de la burocracia estatal, reservada a los varones católicos, blancos y ricos, de las familias consideradas de bien” (Castaño, 2016, p.315).

En consecuencia, no se puede afirmar que la realidad del español o criollo era la misma del indígena, mucho menos se puede afirmar, como lo dice Cárdenas, que el indio participó políticamente antes, durante o después de la Independencia. “Aunque trabajaban en encomiendas, servían dentro de las casas de los españoles y criollos y asistían a las plazas e iglesias a recibir la doctrina, los indios vivían espiritualmente en otro mundo, distinto al de sus amos” (Cárdenas-Castillo, 2019, p. 88). Por consiguiente la historia, o quien la cuenta, no puede decir que la independencia fue producto de la conciencia y acción de los inconformes: indígenas, negros, mestizos y otros. Ello no quiere decir que no participaron en ella. La Independencia fue más bien producto de la conciencia de poder de los criollos.

Con el proceso de Independencia, contrario a lo que pudiera creerse, los derechos indígenas solo recibieron un tratamiento igualitario desde la formalidad, pero en el fondo, como legado colonial, persistía una indiferencia hacia estas colectividades. “El programa liberal de la revolución comprendía lógicamente la redención del indio, consecuencia automática de la aplicación de sus postulados igualitarios” (Mariátegui, 2009, p. 35). Sin embargo, dicha igualdad era meramente formal. Esto, como es natural, creó al mismo tiempo una situación de incertidumbre frente a la posición social y política de las colectividades indígenas.

Sin mayor benevolencia, fue la ley el instrumento a través del cual se determinó, entre otras cosas, las siguientes:

1. Se eliminó la separación entre la república de blancos e indios, convirtiendo a muchos pueblos indígenas en distritos.
2. Se creó la base para una idea de ciudadanía general.
3. El avance del mestizaje en sus vertientes biológica y cultural hacía difícil definir qué era un indígena. Al mismo tiempo, el establecimiento de una ideología interesada en instaurar el mestizaje como la base para homogenizar la nación renegaba de las atribuciones especiales de estos grupos.

4. La instrumentalización indígena del discurso republicano para defender sus intereses, en un proceso donde se construyeron varias identidades que se ponían en escena de acuerdo (con) los contextos e intereses en juego (Echeverry, 2018, p.20).

Todas estas medidas muestran una sola cosa: la imposición de una ideología mayoritaria sobre una parte de la población considerada inferior en todos los ámbitos. Los indígenas querían seguir siendo indígenas, no otra cosa, así se autodefinían y así consideraban que debían ser reconocidos desde afuera. Pero no era solo una cuestión de derechos subjetivos, ya que también gozaban de unos derechos objetivos que les habían sido reconocidos con base en su identidad por la Corona y que ahora estaban en peligro por el establecimiento de un programa de homogeneización a través de la ley. Un ejemplo de un derecho amenazado era el derecho sobre el territorio. Las normas coloniales que les había reconocido el derecho a sus territorios ancestrales no tuvieron validez en el nuevo orden, así lo reclamaban algunos sectores, sobre todo pertenecientes a la clase económica fuerte, representados en hacendados y comerciantes.

Esta amenaza hizo que los indígenas percibieran un peligro real frente a los derechos adquiridos anteriormente. Su reacción fue reclamar la aplicación de las normas coloniales, mediante las cuales se les había reconocido el derecho de propiedad sobre los resguardos. No obstante, “frente a este fenómeno los indígenas optaron por usar la legislación republicana y en especial la Recopilación Granadina, a la cual otorgaron la característica de ser la norma fundacional de sus derechos” (Echeverry, 2018, pp. 20-21). También exigían la validez de ciertos documentos expedidos en los inicios de la independencia, y que habían sido utilizados como detonantes retóricos frente a la Corona española. Se puede citar, por ejemplo:

(...) el discurso político leído el 1º de septiembre de 1810 por don Miguel Pombo, vocal de la Suprema Junta de Santa Fe, tras señalar los padecimientos sufridos por la raza indígena en los 300 años de poderío español, se proyectó un escenario de mayor prosperidad con base en la distribución de tierras de resguardo para que los indígenas tuvieran como propias las que ellos pudieran cultivar mientras que las sobrantes debían dividirse y venderse a propietarios pudientes con capacidad para poblarlas y cultivarlas útilmente. Lo más novedoso de la propuesta radicaba en que el valor resultante de esta venta iría a un fondo de inversión para beneficio de los propios nativos, en particular para la compra de herramientas o insumos y la dotación de un médico cirujano y de un maestro de primeras letras. Se fijó la condición de no

poder vender ni enajenar el terreno hasta tanto no se cumplieran veinticinco o treinta años de su asignación (Pita-Pico, 2017, pp. 255-256).

A pesar de tales manifestaciones en favor de las colectividades indígenas, la realidad distaba de la retórica política. En último término la ley, instrumento de la igualdad, se encargaba de otorgar un tratamiento indistinto a la población. Poco pudieron hacer las primeras constituciones sobre esa cuestión. Clavero al respecto se pregunta: ¿por qué las Constituciones provinciales no hacen referencia a tal asunto? La respuesta denota “prejuicios de disvalor que fundamentaban, motivaban e inspiraban el programa de deconstitución de las naciones de Indios” (Clavero, 2011, pp. 92-93).

Pero no es del todo cierta la afirmación que hace Clavero, ya que las Constituciones, por lo menos algunas provinciales sí reconocieron, aunque parcialmente, derechos indígenas. En primer lugar, los derechos indígenas tuvieron un espacio en el Acta de la Constitución del estado libre e independiente del Socorro del 15 de agosto de 1810 (Constitución del Socorro), Carta que para algunos es considerada como un “estatuto fundamental primigenio del constitucionalismo colombiano” (Martínez, 2010, p. 37). Entre estos derechos está el de gozar de las mismas libertades⁴, la exención del tributo y la repartición de tierras de resguardo.

Con ese fundamento, la Junta Suprema de Santa Fe en septiembre de 1810 decretó “la división de las tierras de resguardo, sentando la pauta de lo que habrían de ser las relaciones interétnicas en el futuro Estado republicano” (Gutiérrez, 2010, p. 97). Esa decisión, según Martínez (2010), estableció al mismo tiempo restricciones al derecho de dominio, que se tradujeron en la imposibilidad de renunciar al derecho por un término de veinticinco años. La finalidad de esta restricción se sustentaba en la necesidad de asegurar cierta estabilidad del derecho de propiedad, y con ello cierta estabilidad en cuanto al agrupamiento de los indígenas, lo que permitía mayor control y mejor aprovechamiento de su mano de obra, entre otras intenciones.

La Constitución de la República de Tunja de 1811, aunque de forma muy limitada, también hizo referencia a los indios. En la Sección VI, sobre la educación pública, artículo 1, precisó que la educación debe impartirse, como es natural en el discurso de la época, de forma igualitaria: “Ni

⁴ Con “excepción del derecho de representación que no obtendrán hasta que hayan adquirido las luces necesarias para hacerlo personalmente” (art. 14).

en las Escuelas de los Pueblos, ni en las de la Capital habrá preferencias y distinciones, entre blancos, indios, u otra clase de gente”. Como se explicó anteriormente, al pasar de una posición de discriminación a una posición de igualdad formal ya no tenía sentido reconocer derechos diferenciados, por lo que los textos no hacían referencia a indios, salvo para recalcar o precisar cierto contenido particular.

La Constitución de Cundinamarca de 1811⁵, primera en el mundo hispánico según lo señala Isidro Vanegas (2011), tampoco se preocupó por establecer derechos para los indios⁶, más bien su finalidad era determinar los fundamentos y la organización del Estado. En abril de 1812 el Colegio Revisor y Electoral reformó la Constitución de Cundinamarca, corrigiendo levemente la omisión de las constituciones anteriores en el sentido de la consagración directa (en un solo artículo) de algunos de tales derechos. El artículo 24 reconoció que “los indios gozan de todos los derechos de Ciudadanos, y tienen voz, y voto en todas las elecciones como los demás de esta República”. La ciudadanía se reconocería siempre y cuando solicitaran la inscripción en la lista militar “a partir de los 15 años y hasta los 40” (Martínez, 2010, p. 41). Este reconocimiento, aunque condicionado, es muy importante, porque permite cierta eficacia de los derechos políticos.

La Constitución del Estado de Antioquia del 03 de mayo de 2012⁷ y la Constitución Política del Estado de Cartagena de Indias del 14 de junio de 1812 no dijeron nada respecto a los derechos indígenas. Lo mismo sucedió con el Proyecto de Constitución para la provincia de Popayán de 1814, la Constitución del Estado libre de Neiva de 1815 y la Constitución Provincial de la Provincia de Antioquia de 1815. En cambio, la Constitución de Mariquita de 1815, en el Título 23 sobre Disposiciones Generales, artículo 1, resaltó la importancia de reconocer los derechos de los indios y, principalmente, la necesidad de “proporcionarles Escuelas, Academias y Colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y la prosperidad de los Pueblos”.

⁵ La Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811 estableció una forma de gobierno denominada Monarquía constitucional. Esta forma de gobierno está conformada por el Rey (preside el gobierno), la Representación Nacional (residen ahí poder legislativo, ejecutivo y judicial), el Presidente de República (se nombra a Jorge Tadeo Lozano) y un Designado, que según lo señala Pinzón es, “tal vez, el mayor aporte al constitucionalismo moderno” (2017, p. 93).

⁶ En ese mismo sentido, el Acta de federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada del 27 de noviembre de 1811 se guarda silencio frente a los derechos de las colectividades indígenas.

⁷ Constitución del Estado de Antioquia de 1812. Esta Constitución consagra cuatro principios fundamentales: libertad, igualdad, seguridad y propiedad.

Pero ello no sería posible si antes no se derogaban o se “dejan sin valor” las leyes que “en el Gobierno concedieron los Tribunales protectores y privilegios de menor de edad a dichos naturales” (art. 2º). Tal vez, más que un reconocimiento de sus derechos sea correcto decir que la intención fue procurar una asimilación de los indios.

Además, la Carta de 1815 reconoció el derecho de posesión sobre la tierra y el derecho de propiedad sobre las tierras que anteriormente les habían sido concedidas, para que “dispongan de ellas como verdaderos Señores”. Por lo general, eran tierras comunales y resguardos que, según lo ordenaba la Constitución, debían ser repartidas en orden justo a todos los indios miembros de esa comunidad. Otro derecho se estableció en el artículo 3, en el que se prohibió “toda importación de esclavos en el Estado como objeto de Comercio”. A renglón seguido se estableció una prohibición para las autoridades, en el sentido de ordenar la emancipación de los esclavos sin la autorización de sus amos. A pesar de no prohibir la esclavitud, la Constitución de Mariquita sí estableció expresamente la necesidad de crear leyes⁸ que protegieran a los esclavos de la “arbitrariedad e inclemencia de sus propietarios”. Estas leyes obligaban a los propietarios a “tratar con humanidad a aquellos, a castigarlos sin crueldad y a contribuir con lo necesario”. La protección se extiende a todos aquellos esclavos que, por razones de edad, enfermedad o cualquier otra causa se consideraban como “inútiles”, debiendo los propietarios proceder con humanidad, otorgando en algunos casos la libertad prematura, pues sostener la esclavitud en esas condiciones representaría un acto de crueldad.

Después de la batalla de Boyacá, Bolívar expidió el Decreto del 5 de julio del 20 de mayo de 1820: “Dado, firmado de su mano, sellado con el sello provincial del Estado, y refrendado por el Ministro de Guerra, en el cuartel general libertador en la Villa del Rosario, a 20 de mayo de 1820”. El preámbulo del Decreto hacía mención del merecimiento de “las más paternales atenciones del gobierno por haber sido la más vejada, oprimida y degradada durante el despotismo español, con presencia de lo dispuesto por las leyes canónicas y civiles, ha venido en decretar (...)” el

⁸ Otro derecho reconocido de forma “invariable” en la ley, por orden de la Constitución, fue la libertad de vientre del esclavo, en otras palabras, el derecho a la descendencia. No obstante, en el reconocimiento de ese derecho se fija una indemnización para el propietario por los gastos de educación de los hijos del esclavo, quedando estos obligados a servir al propietario “hasta la edad de los diez y seis años”.

reconocimiento de un nuevo estatus para los indios. Gutiérrez analiza el alcance de este Decreto de la siguiente manera:

(...) declaró a los indios “hombres libres”, ordenó devolverles sus resguardos, instituyéndolos, además, como legítimos propietarios de las parcelas que les serían repartidas. Sin embargo, optó por mantener el tributo, aunque prohibió perentoriamente los servicios no remunerados a cualquier persona. Cuatro años más tarde, considerando que los tributos adeudados por los indios de Cundinamarca resultaban incobrables, determinó condonarlos en su totalidad hasta junio de 1819. Solo de ahí en adelante se comenzará a contabilizar nuevamente la tributación indígena como recurso fiscal. Pero apenas un año más tarde, el Congreso Constituyente de Cúcuta declaró a los indios ciudadanos iguales al resto de colombianos, abolió una vez más el tributo y autorizó la venta inmediata de las tierras de resguardo. Yendo más lejos, declaró a los nuevos ciudadanos capaces de desempeñar cualquier oficio público y extinguió todas las restricciones coloniales relativas a la residencia de no indígenas en sus pueblos (Gutiérrez, 2010, p. 98).

La intención de Bolívar con la expedición del mencionado Decreto, más allá de compensar a los indígenas por su participación en los procesos independentistas, era reiterar lo que ya había establecido en 1816, en la “Reiteración de la Proclama sobre la Libertad de los esclavos”. En esa, como en otras normas, también reconoció formalmente derechos de distinto nivel, pero afincados en la visión individual, de tal manera que se ordenó el reintegro de los resguardos para dividirlos y repartirlos. Ejemplo de ello fue la división de los resguardos, adjudicados a las familias según la capacidad de producción y el arrendamiento de tierras sobrantes con previa autorización de un juez político, con destinación a pago de tributo y pago de maestros.

Otros derechos reconocidos son los siguientes: la educación de los niños mayores de 4 y menores de 14 años; la prohibición de servicios no remunerados; la prohibición de pastoreo de ganado en los resguardos; la prohibición de los derechos de cofradía y congrua, libertad de circulación, comercio e industria; la condonación de tributos, derechos de residencia, entre otros.

1.2.2. El constitucionalismo republicano nacional (1821 y 1886)

Con las constituciones republicanas nacionales se acentúa aún más el principio de igualdad, motivo por el cual no existe necesidad de expedir estatutos diferenciados. En consecuencia, en las constituciones expedidas a partir de 1821 poco o nada se dijo de los derechos de los indios. Las realidades étnicas, en conformidad con una visión universal de ciudadanía, están cobijadas de la misma forma que se cobijan las realidades de cualquier ciudadano. Por tanto, las constituciones, como instrumentos comunes, no tendrían la preocupación de establecer disposiciones diferenciadas, esa labor le correspondería específicamente a la ley.

Por ejemplo, una ley sobre educación del mismo año 1821 hace referencia a “los pueblos de indígenas, llamados antes de indios” dotados de ingresos propios y algunos extraordinarios como los procedentes de “los arrendamientos del sobrante de los resguardos” que quieren ahora destinarse a dicho objetivo de una educación cuyo objetivo de deconstitución puede quedar entendido. Otra ley del mismo año dispone que “los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común (...) se les repartirán en pleno dominio y propiedad”. Reténgase el término de resguardo como tenencia además en común para la identificación de tierras indígenas pues identifica una institución que era importante y lo seguirá siendo (Clavero, 2011, pp.101-102).

Como esta, otras normas fueron expedidas en relación con los ahora llamados “indígenas”. Se puede observar la aplicación de la Ley 11 de 1821, cuya finalidad era “asemejar la libertad e igualdad de los indígenas con la de los demás colombianos, en este sentido el auge del sistema legislativo en materia indígena en Colombia desconocía el pluralismo social a partir del principio de igualdad” (Ramírez y Laureano, 2017, p. 25). Mediante esta Ley, dice Bonilla, se trató de “camuflar la división feroz de los resguardos (2019b). Con similar tenor se expide la ley 4ª de octubre de 1821, “que dispuso la declaración de igualdad jurídica, entendida como sometimiento de los indios al derecho común” y una “orden de reparto de los resguardos, en pleno dominio y propiedad, antes de cinco años” (Muñoz Onofre, 2016, p. 22).

En 1824 se estableció a través de Decreto las misiones de indígenas, que tenían por objetivo instruir a los indígenas en la religión, educación, política, artes, etc. “Será misión de los misioneros

instruir a los indígenas, no solamente en el catecismo eclesiástico, sino también en los principios políticos conforme con la constitución y leyes de Colombia” (Clavero, 2011, p.105). Las misiones serían en adelante una estrategia efectiva tanto para la evangelización como para la aculturación del indígena.

Seis años más tarde, en 1830 se reunió el Congreso constituyente, conocido en la historia como el Congreso Admirable, con el fin de redactar la Constitución del 05 de mayo de 1830. Esta Constitución nada dijo sobre los derechos indígenas. Entre otras cuestiones, se ocupó en general de establecer un gobierno popular y representativo, de llevar a cabo la división de poderes, el sistema bicameral del Congreso, la estructura del poder ejecutivo en cabeza del Presidente de la República, ministros y Consejo de Estado. Además, creó el ministerio público, abolió la confiscación y reafirmó los principios de libertad, igualdad, seguridad y propiedad.

Por su parte, en vigencia de la Constitución de la Nueva Granada de 1832 (liberal), el presidente encargado José María Obando expidió la Ley 6 de 1832, la cual eliminó el pago de tributo a los indígenas. “En contravía, el 9 de abril del mismo año se reglamentó por decreto la repartición de los resguardos, aunque se prohibió a los indios vender sus parcelas antes de los 10 años” (Gutiérrez, 2010, p. 99). En ese mismo periodo se renovó la intención de restringir la propiedad de los indígenas sobre sus tierras, autorizando a través de la ley el reparto de las tierras de resguardo y limitando su venta a periodos de tiempo. Una Ley en 1834 “condicionó la adjudicación de porciones de tierra a los indígenas que cumplieran con sus obligaciones tributarias y otra del 23 de julio de 1843 (...) extendió a veinte años la prohibición de venta” (Muñoz Onofre, 2016, pp. 22-23).

Con la Constitución de la Nueva Granada de 1843 (de corte conservadora y unitaria) se otorgó poder al presidente para restablecer el orden en todo el territorio, disminuyéndose así la autonomía de las provincias. Mahecha y Mazuera afirman que en 1843 se “elaboró una nueva constitución fortaleciendo el poder del presidente con el fin de poder mantener el orden en el territorio nacional. Se hizo una intensa reforma educativa y los conservadores impusieron su autoritarismo y el centralismo” (2017, pp.45-46). Esta Constitución también omitió consagrar derechos indígenas en su cuerpo, pero durante su vigencia se expidieron leyes que no favorecieron los derechos indígenas, al punto de autorizar la venta de las tierras de resguardo.

A mediados del siglo xix, durante el gobierno de José Hilario López, al tiempo que se tomaron importantes medidas progresistas, entre ellas algunas orientadas a abolir la esclavitud y fortalecer el Estado frente a la Iglesia, fue dictada la Ley del 22 de junio de 1850, mediante la cual se daría una estocada final a los resguardos, pues a partir de ese año estos desaparecerían casi en todo el país (Tirado, 1988). Con la intención de equiparar completamente al indígena con el resto de la sociedad nacional a la luz de la abstracción liberal de ciudadanía, esta ley pareció desechar el carácter tutelar de la legislación precedente al abolir la prohibición de venta que ya señalamos recaía sobre estas porciones de tierra (Muñoz Onofre, 2016, p. 23).

La Constitución de 1843 tuvo vigencia por un periodo de diez años, hasta que la Constitución de 1853 (República de la Nueva Granada) entró en vigor. Con esta Constitución se puso fin a la hegemonía conservadora, presidencialista y centralista. La nueva Carta, de corte liberal, cambió radicalmente el modelo de Estado y sociedad: eliminó la esclavitud, estableció el sufragio universal (todos los hombres), estableció el voto popular de forma directa, autorizó la separación entre Iglesia y Estado y reconoció autonomía a los centros de poder de la periferia. Esta Constitución, dice Isabela Figueroa, “dispuso que las tierras de la Guajira, del Caquetá y otras (...) pudiesen ser organizadas y gobernadas por leyes especiales” (2016, p. 46).

En esta época, especialmente en el periodo presidencial de José Hilario López, se adoptaron decisiones y medidas tendientes a la abolición de la esclavitud y al reconocimiento de derechos sociales. Sin embargo, el desconocimiento de los derechos ancestrales y el despojo territorial fueron actividades patrocinadas directamente por el Estado. Ejemplo de esa situación es la “Ley del 22 de junio de 1850, mediante la cual se daría una estocada final a los resguardos, pues a partir de ese año estos desaparecerían casi en todo el país” (Tirado, 1988, citado por Muñoz, 2016, p. 23). Aquí, los “acaparadores de tierras se apuntaron un triunfo al decretarse, formalmente, la parcelación de los resguardos” (Bonilla, 2019b, p. 83). Las tierras colectivas quedarían como una “colcha de retazos”.

Posteriormente se expidió la Constitución para la Confederación Granadina de 1858. La Confederación estaría integrada por ocho Estados y estaba personificada en el presidente Mariano Ospina Rodríguez. Esta Constitución estableció un Gobierno “popular, representativo, alternativo, electivo y responsable”. Reconoció mayor autonomía a las provincias y reemplazó con la figura del designado al vicepresidente, quien era nombrado por el Congreso de la República. También

estableció el periodo (4 años) presidencial, lo mismo para los senadores (4 años) y representantes (2 años). Al igual que en las anteriores constituciones no se aludió a los derechos étnicos.

De su lado, la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863, considerada por Víctor Hugo como una “Constitución para los Ángeles” por su carácter abiertamente liberal e ideológico, estableció la unidad de nueve Estados soberanos, todos con amplia autonomía. A diferencia de sus antecesoras, esta sí se refirió a las colectividades indígenas, aunque no en términos de garantías y protección. Estableció “la incapacidad de las comunidades y otros colectivos para adquirir bienes raíces” y “la libre alienación de la propiedad” y “la civilización de los indígenas”.

El artículo 30 de la Carta de 1863 dispuso una política de administración y de adjudicación de tierras con el fin de asegurar una mayor democratización, acceso y provecho. Entre las tierras censadas como disponibles para adjudicación se encontraban los baldíos, vacantes y tierras que hacían parte de los territorios indígenas. Con la plena identificación y disposición de esas tierras, en “la década de 1870-1880 fueron emitidos títulos de tierras correspondientes a 33 millones de hectáreas, de las cuales, un 8% fue otorgado a campesinos y el resto distribuido a los latifundistas” (Triana, 1980, citado por Figueroa, 2016, p. 46). En general, esta política estimuló la reducción de los territorios indígenas en favor de los campesinos y terratenientes. Finalmente, estableció que los territorios de las tribus indígenas estarían “regidos por una ley especial”, por medio de la cual “el Estado o los Estados a que pertenezcan consientan en ceder al Gobierno general con el objeto de fomentar colonizaciones y realizar mejoras materiales” (art. 78).

1.2.3. Constitucionalismo republicano entre 1886 y 1990

En 1886 se expidió una nueva Constitución impulsada por el Movimiento de Regeneración Conservadora liderado por Rafael Núñez. Según lo expresa Martín Clavero, esta Constitución fue “la más importante sin término de comparación pues es la que va a presidir en teoría la formación del Estado colombiano durante décadas, hasta 1991” (2011, p. 104). El nuevo estatuto⁹ se

⁹ Constitución Política de la República de Colombia de 1886. Esta Constitución estaba conformada por 210 artículos, en los que se contemplaba principalmente el paso de Estados Unidos de Colombia a la creación de departamentos. “La

caracterizaba por establecer unos principios de alcance conservador, cuya pretensión era restablecer y regenerar la “moral pública”, lo que significó un cambio profundo en las estructuras del mismo Estado. Bernd Marquardt (2009) señala que este cambio es evidente en “acentos en la nación estatal centralizada, en la hispanidad cultural, en el presidencialismo agudo, en los límites de los derechos fundamentales y en la Iglesia católica oficial” (p. 106).

Como señala Marquardt, la necesidad de expedir una nueva Constitución se soportaba en unas necesidades e intereses apegados al confesionalismo, al centralismo, la unidad territorial y la unidad nacional en cabeza de un presidencialismo fuerte. Manuel José Cepeda Espinosa destaca algunas características y finalidades de esta Carta:

La Constitución de 1886 era conservadora aun desde el punto de vista de la época: era centralista; con un presidente fuerte, jefe de un ejército nacional; consagraba restringidos derechos y protegía el confesionalismo. Fue concebida bajo la influencia ideológica de un filólogo conservador, Miguel Antonio Caro. El fin de esta Constitución, pieza clave de “la regeneración” liderada por Rafael Núñez, fue restablecer el orden de un país donde los estados federados guerreaban continuamente, cada uno dotado de su propio ejército. Con la reforma constitucional cesaron las guerras entre estados (transformados en departamentos) pero a costa de un irremediable sentimiento de exclusión por parte de los liberales, quienes en la práctica no podían acceder al Congreso. De allí resultó la corta guerra civil de 1895 y luego la más larga y más encarnizada guerra civil colombiana, la guerra de los Mil Días (1899-1902) (Cepeda, 2007, p. 14).

Además, la política de asimilación, integración y homogeneización seguía siendo un imperativo de Estado. Según lo señala Ramírez, el “proceso de “colombianización” o, en otras palabras, de la creación de un sujeto único colombiano, se inicia con la promulgación de la Constitución del 9 de agosto de 1886” (2010, p.131). El principio de universalidad y de igualdad consagrados en la Constitución habían excluido el principio de diferencia, con el fin de una homogeneización

Constitución de 1886 pese a ser la más continua en la historia colombiana, pasó por más de 60 reformas, entre las cuales se incluyen la separación de Panamá en 1903, el 1905 el cambio en el sistema electoral por circunscripciones y el abatimiento del Consejo de Estado, así como la extensión del periodo presidencial a cuatro años (...)” (Mahecha y Mazuera, 2017, p.46).

cultural. “Hecha por ciudadanos y para ciudadanos, es decir, por y para la élite de un país oligárquico, el indígena no tenía allí su lugar” (Gros, 1993, pp. 9-10).

En la década de 1890, con el fin de contener el levantamiento indígena propiciado con la intención de dividir los resguardos y extinguir las autoridades tradicionales, el Estado procedió a reconocer algunos derechos a esa población a través de la ley. Entre ese conjunto normativo se expidió la Ley 89 de 1890, cuyo objetivo fundamental era establecer “la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”¹⁰. Esta Ley consta de seis capítulos: el primero establecía que la ley general no era aplicable, por lo que el gobierno y la autoridad eclesiástica debían determinar cómo esas sociedades “incipientes” serían gobernadas¹¹ (Muñoz Onofre, 2016. p. 25).

El capítulo segundo hizo referencia a la organización de los Cabildos Indígenas, en conformidad con sus usos, costumbres y estatutos particulares. Además, se estableció el régimen de los resguardos en el capítulo tercero. En el cuarto se creó la institucionalidad y los mecanismos dirigidos a la protección de los indígenas, a los cuales se les dio el nombre general de “Protectores de indígenas”. Asimismo se fijó la división (capítulo quinto) y venta (capítulo sexto)¹² de terrenos de resguardos. En suma, esta norma “creaba un campo especial del derecho sólo aplicable a los indígenas y reconocía, de un lado, el régimen comunal de los resguardos, y de otro, el gobierno propio a través de los llamados «pequeños cabildos»” (Sánchez y Molina, 2010, p. 17).

Partiendo de lo anterior, la finalidad de la ley era convertir a ese sujeto “primitivo” en un sujeto moderno, o lo que es lo mismo, convertir al salvaje en civilizado. La Iglesia tendría un papel

¹⁰ “La terminología utilizada en el texto, que al referirse a “salvajes” y “reducción a la civilización” desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural” (CC. SC-139, 1996).

¹¹ Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional: “en primer lugar, la potestad otorgada al Gobierno y a las autoridades eclesiásticas para intervenir en el gobierno de los pueblos indígenas contraría el artículo 330 de la Constitución Política (...). En este precepto se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado solo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a aquéllas”. Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹² El artículo 40 del capítulo VI fue declarado inexecutable por la Corte, al considerar que tratar a los indígenas “como incapaces relativos”, es tratamiento que se deriva, sin duda, de considerar que quienes no son partícipes del mundo de valores hegemónicos en el país y que pudiera comprenderse bajo el rubro genérico de «cultura occidental» son personas menguadas urgidas de tutela paternalista. Tal actitud, ciega para la comprensión de otras formas de vida y otras cosmovisiones, es incompatible con la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, armónica a la vez con el reconocimiento de la dignidad humana como supuesto incontrovertible” (Sentencia C-139 de 1996).

importante en estos propósitos, ejemplo de ello es el trabajo realizado por la Misión capuchina liderada por el Fraile Fidel de Montclar con las comunidades indígenas del Valle del Sibundoy. Al respecto, Gómez relata:

(...) Desde los primeros años del siglo XX la Misión capuchina, en cabeza de Fray Fidel de Montclar, insistió en caracterizar “a los indígenas de los pueblos del valle de Sibundoy y demás de la Provincia de Mocoa” como indios que “... apenas pueden ser contados entre los que van reduciéndose a la vida civilizada”, tal y como lo determinó el entonces Gobernador de Nariño, Julián Buchelli, concepto con base en el cual los capuchinos elaboraron el Reglamento bajo el cual debía gobernarse a los indios del Putumayo, aprobado por la Gobernación en el mes de agosto del año de 1908 y publicado en el mismo órgano oficial del Departamento. Tiempo después, el Gobernador de Nariño, Eliseo Gómez Jurado, expidió el Decreto 263 del mes de junio de 1910, que declaró que los indios de los pueblos de Sibundoy estaban ya reducidos a la vida civil y, en consecuencia, debían de regirse por las Leyes generales del país sobre Resguardos Indígenas (en concordancia con los Artículos Segundo y siguientes de la Ley 89 de 1890), es decir, sujetos en lo civil a sus respectivos Cabildos, Corregidores y Alcaldes, y no bajo la autoridad del misionero (...) (2005, p. 55).

Víctor Daniel Bonilla describe al Fray Fidel de Montclar como un sujeto de acción y emprendimiento, quien le dio un giro a las actividades proindianas de evangelización y llevó a las comunidades nativas de las selvas vírgenes del Putumayo y Caquetá a la racionalidad occidental, tal y como lo prescribió la Ley 89. De esa forma promovió el desarrollo “en el valle de ingas y kamentsás, para que sirviera efectivamente de paso al oriente: apertura de un camino, fundación de poblados y fomento agropecuario y comercial” (Bonilla, 2019b, p. 102). No obstante ese trabajo occidentalizador, la actividad política del Fraile le permitió a la iglesia apoderarse de amplios terrenos, hecho que a su vez condujo al despojo de las comunidades indígenas.

Otra estrategia para occidentalizar al indígena fue el aprovechamiento del resguardo, institución que desde la Ley 89 hasta hoy “se erigió como una fórmula del colonialismo español tendiente a frenar el desalojo, el despojo y el exterminio al que estaban condenadas las comunidades indígenas” (Ariza, 2017, p. 3012). El resguardo era el lugar vital donde ese sujeto podía protegerse y transformarse. Dicha institución era (sigue siendo) un dispositivo de control y protección de las

colectividades indígenas. El resguardo “gozaría de una estabilidad que pocas instituciones han alcanzado en Colombia” (Ariza, 2009, citado por Rodríguez, 2015, p.29).

La Ley de 1890 fue legitimada por una buena parte de los indígenas, al punto de convertirse en el discurso jurídico-político para la defensa de sus derechos, a pesar del tratamiento abiertamente discriminatorio y asimilacionista¹³. En su momento “la defendieron, y algunos todavía lo hacen, por las supuestas garantías que concedía para la conservación de las tierras de los resguardos y de las parcelas de los comuneros, así consideraran que ella era un «paraguas roto»” (Barona y Rojas, 2007, p. 145).

A pesar de ser expedida por un gobierno conservador a ultranza, sin participación indígena, cuyo encabezamiento enunciaba como propósito normar «la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada», esta ley hizo algunos reconocimientos legales a los indígenas, lo que motivó que los pueblos de los Andes colombianos la acogieran como una tabla de salvación frente a la presión del latifundio. ¿Por qué razón? Porque la Ley 89 creaba un campo especial del derecho solo aplicable a los indígenas y reconocía, de un lado, el régimen comunal de los resguardos de tierras, y de otro, el gobierno propio a través de los llamados «pequeños cabildos». Un fuero especial, territorios comunales y gobierno propio era lo que desde la Colonia venían reclamando los indígenas (Sánchez y Molina, 2010, p.17).

A partir de esta ley se expidieron otras normas de todo tipo, relativas sobre todo a la propiedad de los resguardos indígenas. Según lo afirma Espinosa (2007):

Así, a su expedición siguieron las de la Ley 55 de 1905, por medio de la cual se reconoció la propiedad de particulares sobre tierras de resguardo; la Ley 104 de 1919, orientada a contrarrestar la defensa antidivisionista promovida desde el Cauca, Nariño, Tolima y Huila; la Ley 19 de 1927, que pugnara por la división de resguardos y la asignación de las tierras que lo componían a particulares, y la Ley 111 de 1931, en cuya virtud se diera facultad a las autoridades judiciales y administrativas para ordenar divisiones de resguardos (citado por Muñoz Onofre, 2016, p. 25-26).

¹³ En Sentencia C-189 de 1996, la Corte Constitucional resolvió la inexequibilidad de los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890.

Quince años más después se expidió la Ley 55 de 1905, a través de la cual se legalizó la venta de tierras de los resguardos. El presidente Rafael Reyes había mostrado un desinterés sobre las necesidades indígenas, al considerar que debían finalmente integrarse a la sociedad mayoritaria y unificar la propiedad nacional en un modelo liberal. La evidencia de esa actitud fue la advertencia de aplicar duras sanciones en caso de que los indígenas hicieran oposición a la Ley 55 (Pineda, 2002). Solano y Flórez califican esas medidas legislativas como un “golpe de gracia a muchas comunidades de indígenas o a sus descendientes campesinos que luchaban por conservar o recuperar las tierras de sus ancestros” (2009, p. 279).

Posteriormente se expidieron otras leyes, por ejemplo la Ley 51 de 1911, expedida con el fin de arrebatar la propiedad a los indios, entregar las “tierras a terceros y reservando solamente dos hectáreas para cada indio” (Figuroa, 2016, p. 49). La reacción indígena frente a esta serie de situaciones adversas, como debía esperarse, no tardó en producirse. La aparición del liderazgo indígena, representado especialmente en Manuel Quintín Lame¹⁴, hizo que los gritos desesperados y los reclamos desorganizados tuvieran eco finalmente, aunque no en el terreno jurídico de manera directa, sino y sobre todo en el terreno político.

Quintín Lame promovió la organización indígena en sus primeras etapas, un movimiento social contra los terratenientes y cuya finalidad era la recuperación de lo que les fue usurpado. Pero no solo eso, promovió, aunque sin resultados, un movimiento independentista en el Cauca, Huila, Tolima y Valle. Textualmente así lo afirman Sánchez y Molina (2010):

Como reacción al movimiento liquidacionista, y con la Ley 89 como bandera, inició sus luchas el célebre caudillo indígena del pueblo nasa, Manuel Quintín Lame (1883-1967), quien promovió un levantamiento entre 1914 y 1918 en el departamento del Cauca. El levantamiento fue reprimido y Lame encarcelado. Al salir de la cárcel, el caudillo emprendería una larga carrera de pleitos en defensa de los comuneros indígenas de los departamentos del Cauca y del Tolima, que lo llevaría numerosas veces a presidio (p. 17).

Esos levantamientos no frenarían el embate de los poderes públicos en la pretensión de reducir y “occidentalizar” a los indígenas. En 1915 se expidió la Ley 52, cuya finalidad era la

¹⁴ Este indígena representó y personificó la lucha indígena, su discurso estaba marcado por la defensa del territorio y la defensa de los derechos ancestrales que en parte se habían reconocido en la ley 89 de 1890.

catequización y la reducción de los indios motilones. Esta Ley disponía, al mismo tiempo, la apropiación de recursos para ese fin y la asignación a cada una de las tribus de “un globo de terreno, en calidad de resguardo, de una extensión de seis mil hectáreas”. La condición era repartir estas tierras según los integrantes de las familias indígenas, con el fin de que las cultivaran y explotaran según sus necesidades.

Otra Ley importante en este periodo es la Ley 60 de 1916, sobre resguardos de indígenas en tierras baldías. Esta disposición ordenaba la demarcación de resguardos en los baldíos, con previa solicitud de las tribus o parcialidades y que reunieran características y condiciones de fertilidad. La demarcación de los resguardos iba a depender del número de indios pertenecientes a la tribu, otorgando veinte (20) hectáreas por cada uno. Acto seguido, prohíbe adjudicar baldíos ocupados por los indios.

Sigue la Ley 104 de 1919, reformada por la Ley 32 de 1920 y 38 de 1921.

La Ley 104 de 1919 extinguió los resguardos que tuvieran un número menor a treinta (30) familias o cuya población no sobrepasara las doscientas (200) personas (art. 12) y determinó medidas administrativas para agilizar la repartición de tierras de los resguardos, incluyendo sanciones a los empleados estatales que no cumplieren con el procedimiento de la ley para la repartición (art. 10), y sanciones a los indios que se resistieran a la repartición (art. 11). En noviembre de 1921 el Congreso expidió la Ley 38, consolidando la política de transformar al indígena en trabajador “libre” (art. 3), lo que, dadas las circunstancias sociales de los indígenas, realmente significaba mano de obra barata (Figuroa, 2016, pp. 49-50).

El Congreso, en 1922 aprobó la Ley 114, sobre inmigración y colonias agrícolas, enfocada en “propender al desarrollo económico e intelectual del país y al mejoramiento de sus condiciones étnicas, tanto físicas como morales”. A pesar de los propósitos de esta Ley, diferentes circunstancias de orden político no permitieron su implementación. Dos años después del anterior intento se expidió el Decreto 1704 de 1923, mediante el cual se facultó al Ministerio de Gobierno “la protección de indígenas y Resguardos de éstos”. Por esta época, dice Figuroa, se fundó el Consejo Nacional de Indios, que fue la “primera organización indígena nacional, y Quintín Lame

participó en los primeros congresos obreros que gestaron la creación del Partido Socialista Revolucionario”¹⁵ (2016, p. 49-50).

Cuatro años después se expidió la Ley 19 de 1927, cuya finalidad fue la repartición de los resguardos. “La comisión examinará los títulos de propiedad sobre las tierras; levantará y practicará el levantamiento y adjudicación por lotes entre los indígenas” (art. 2). En seguida se estableció que la partición se haría por cabezas o por familias, y que las tierras así entregadas no podían ser enajenadas por el término de 15 años (art. 34). También se estableció que la demarcación del territorio debía separar porciones que se destinarían al interés público, como por ejemplo la iglesia, los mercados, lugares y servicios públicos.

Cabe destacar que esta ley estableció una justicia alternativa para desatar los conflictos que pudieran presentarse entre los resguardos y la propiedad privada de los no indígenas, que sería decidido por un Tribunal de Arbitramento (art. 13). Pero algo particular llama aún más la atención, a saber, el artículo 29 prescribió que una vez concluida la partición de un resguardo indígena “los miembros de la parcialidad dueños del resguardo pasan a la condición común de nacionales colombianos, en cuanto a las personas y en cuanto a los bienes”.

En esta primera etapa, como dice Castrillón, la preocupación legislativa gira en torno a la partición de los resguardos:

Si observamos toda la legislación producida durante la primera mitad del siglo XX, se enfoca específicamente a formalizar la política que reparte los resguardos o la perfecciona. La Ley 32 del 14 de octubre de 1920, que reforma la Ley 104 de 1919, donde se realiza la cesión al municipio de Yumbo de los terrenos de la parcialidad indígena a dicha entidad territorial. La Ley 56 del 5 de noviembre de 1920 donde se aprueban los trabajos de repartición de los resguardos del Valle de Murri; la Ley 19 de 1927, sobre división de resguardos (Castrillón, 2006, p. 331).

Hasta aquí la hegemonía conservadora, como se evidenció en el anterior recorrido normativo, no les prestó atención a las necesidades particulares de los indígenas, llevándolos por la vía

¹⁵ “El acercamiento entre los líderes indígenas y los líderes socialistas era tal que en 1934 el indígena Eutiquio Timoté llegó a ser candidato presidencial por el Partido Comunista de Colombia” (Triana, 1980, citado por Figueroa, 2016, pp.49-50).

legislativa y administrativa a una integración cultural. A partir de 1930 hasta 1946, el poder político se trasladaría al Partido Liberal. Este cambio político no representó mayor cambio en la situación de los indígenas en Colombia, aunque se debe reconocer que existió una preocupación por la suerte de estas poblaciones, por lo que se expidieron normas proteccionistas bajo el auspicio del *indigenismo*.

En 1931, fungiendo como presidente Enrique Olaya Herrera, se expidió la Ley 111 con el propósito de aclarar la Ley 19 de 1927, en el sentido de que la partición de los resguardos se haría a través de un procedimiento judicial, administrativo o de policía. También se autorizó al Cabildo de las parcialidades indígenas para que solicitaran a la respectiva Gobernación el nombramiento de las comisiones, con el fin de llevar a cabo la partición de los terrenos de los resguardos. Esto en el caso de querer adelantar ese procedimiento con recursos propios.

En 1936 se produjo una reforma constitucional a través del Acto Legislativo 01, promovida por Alfonso López Pumarejo, la cual en adelante sería fundamental para el ordenamiento territorial y para el mejor aprovechamiento de las tierras. “López Pumarejo también luchó contra las oligarquías terratenientes tradicionales y el poder de la Iglesia. El propósito de la ley era acabar con la concentración de las tierras y con el poder económico y político de los terratenientes” (Perry, 2016, p. 374). Este fue uno de los motivos para establecer la “función social de la propiedad”. Esto permitió que las tierras improductivas, es decir, las que no cumplen la función social, pudiesen ser objeto de extinción del derecho de dominio.

En ese marco constitucional se expidió la Ley 200 de 1936 sobre el régimen de tierras, y cuya finalidad era generar instrumentos para solucionar las disputas entre reclamantes, sobre todo de baldíos. En esta Ley se establecieron figuras como la extinción del derecho de propiedad por ausencia de posesión, así como la extinción del dominio, los cuales serían decididos por los también allí creados jueces de tierras y por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Y con el fin de continuar con la división de los resguardos, el presidente Eduardo Santos, continuando con la dinámica de sus antecesores, ordenó liquidar los resguardos supérstites mediante Decreto 1421 de 1940. Las Comisiones especiales por vía administrativa debían determinar la existencia de los resguardos y su división, sobre todo en los resguardos indígenas ubicados en los departamentos de Caldas y Cauca.

En 1940, la Convención Internacional de Pátzcuaro realizada en Michoacán (México) creó el Instituto Indigenista Interamericano, con el propósito de incentivar el conocimiento de la cultura indígena. La premisa era promover y proteger sus saberes, pretensiones que consecuentemente requerían de la coordinación y la solidaridad de los Estados parte. Borrero explica la naturaleza de la Convención en las siguientes líneas:

La Convención Internacional de Pátzcuaro (Michoacán, México), de 1940, firmada por representantes de Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Honduras, México, Perú y Bolivia, crea el Instituto, con el fin de promover investigaciones, políticas, legislación, publicaciones y similares en materia de grupos indígenas, y actuar como oficina de consulta para las oficinas de asuntos indígenas de los diversos países (ver artículo 4 de la Convención) (2014, pp. 44-45).

Juan Castrillón, siguiendo al profesor Borrero, explica que la Convención internacional que creó el Instituto Indigenista Interamericano sirvió de referente para la creación del Instituto Indigenista Colombiano, epicentro de la formulación coordinada de la política pública sobre la cuestión indígena. En su obra “Globalización y derechos indígenas: el caso colombiano”, Castrillón señala:

En 1941 se fundó —bajo la dirección de Antonio García y Gregorio Hernández de Alba— el Instituto Indigenista Colombiano, una entidad privada creada bajo los auspicios del I Congreso Indigenista Interamericano que había promovido el presidente Lázaro Cárdenas en México. El Instituto Indigenista Colombiano auspició la defensa del resguardo y estableció las bases de lo que sería una nueva política indigenista en Colombia. Posteriormente, a través de la Ley 123 del 31 de diciembre de 1943 se autorizó al gobierno de Colombia para que se adhiriera a la Convención que creó el Instituto Indigenista Interamericano. Mediante el decreto 1322 de mayo de 1944 se promulgó la convención y se inició el proceso de cumplimiento del artículo 10 del instrumento interamericano, donde los Estados se comprometen a mantener comunicación con el instituto a través de institutos nacionales (2006, pp. 331-332).

El Instituto Indigenista Colombiano, inicialmente de naturaleza privada, posteriormente llegó a un acuerdo con el Gobierno nacional para incorporarlo a la institucionalidad pública, con el propósito de promover las políticas que promocionaba el Instituto Indigenista Interamericano. Este Instituto se incorporó al Instituto de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional mediante el

Acuerdo 148 de 1947. Con este Acuerdo se inició un “marco de referencia que no renunciaba a la asimilación e integración del indígena a las dinámicas de la sociedad liberal y de mercado, pero que procuraba que esto se produjese en condiciones de respeto de estas culturas milenarias del continente” (Castrillón, 2006, p. 332).

La incorporación del Instituto a la Universidad Nacional pretendía consolidar un ente científico, preocupado por la profundización en la investigación y la difusión académica de su trabajo, así como promover el debate académico en torno al tema indígena. Sin embargo, cuando se escuchaban críticas respecto al enfoque asimilacionista, el Instituto se transformó en órgano consejero de la Oficina de Resguardos Indígenas del Ministerio de Agricultura. “Dos años después, en 1960, el ICC se transformó en la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y en la actualidad recibe el nombre de Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías” (Perry, 2016, p. 379).

En esa misma década ganó vigencia el Decreto 918 de 1944, que autorizaba la creación de “una comisión divisora de los Resguardos de Indígenas de la región de Tierradentro, en el Departamento del Cauca, compuesta por un abogado, un ingeniero, un pagador secretario y un dibujante”. Esta Comisión “actuaría en aquellos resguardos cuya inexistencia se haya declarado o declare por el Ministerio de la Economía Nacional, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto número 1421 de 1940” (art. 2). El artículo tercero disponía que la Comisión procederá al “repartimiento” de las tierras “por cabezas, y para ello adoptará el procedimiento establecido para la adjudicación de baldíos de menor cuantía por los Decretos números 198 y 1418 de 1943”. Este Decreto se fundamentó en la idea de que ya no existían indígenas en esos territorios, por lo que los resguardos debían dividirse y entregarse individualmente. Pareciera que la valoración de la identidad indígena en esta época se reducía al vestido y la lengua, sin tener en cuenta las subjetividades, hecho que lamentablemente ocasionaba su invisibilización.

El Acto Legislativo de 01 de 1945, reformativo de la Constitución de 1886, de forma general le otorgó al Congreso la potestad de modificar la división general del territorio, establecer y reformar las divisiones territoriales y fijar las bases y condiciones para la creación de municipios. En esa disposición se contenía también la facultad de regular lo relacionado con los baldíos, muchos de ellos ocupados por indígenas. Ni siquiera las reformas constitucionales mencionadas

contemplaron la necesidad de frenar la erosión de los derechos indígenas, pues el ideario seguía siendo la ciudadanía nacional y la estandarización cultural. En adelante este sería el fundamento constitucional para continuar con la división de las tierras indígenas.

Con el ocaso del gobierno liberal, la hegemonía conservadora regresó con toda su fuerza. En el periodo de Mariano Ospina Pérez (1946-1950) se recrudeció la violencia partidista. El hecho más lamentable fue la muerte de Jorge Eliecer Gaitán (09 de abril de 1948), del cual se derivó una etapa de violencia exacerbada en la capital (Bogotazo), así como en varias partes del territorio nacional. Este hecho profundizó la violencia entre liberales y conservadores hasta 1958. La persecución de los conservadores contra los liberales también se extendió a los intelectuales que hacían parte del Instituto Indigenista, por lo que muchos de ellos tuvieron que huir.

Por ejemplo, Hernández de Alba se trasladó a Popayán, allí “creó el Instituto Etnológico de Cauca, y continuó sus luchas indigenistas” (Perry, 2016, p. 377). Por medio del Acuerdo 128 del 01 de febrero de 1946 se creó el Instituto Etnológico de la Universidad del Cauca, dedicado a la investigación y a la enseñanza de la etnología o antropología social, “especialmente de América, de Colombia y de las regiones que formaron la antigua gobernación de Popayán” (art. 5). El Instituto tenía “una Sección Indigenista, dedicada a estudiar sistemáticamente los problemas sociales de la población indígena y a buscar soluciones justas y convenientes a los problemas de incorporación racial del indio a la vida nacional” (art. 8). Bajo esa premisa Hernández de Alba denunció la situación de abandono y maltrato en la que se encontraban los indígenas del Cauca en carta dirigida al presidente Ospina Pérez:

Hallábase la mayoría de los varones del grupo de Guambía reunidos el jueves 24 de noviembre, trabajando en comunidad para reparar el Puente de «Ñimbo», cuando varios hombres entre los cuales se contaban autoridades y empleados de Silvia, llegaron a dicha vereda para intimar a los nativos la supuesta obligación de asistir a los comicios electorales que deberían cumplirse el próximo domingo, y efectuaron con amenazas el decomiso de cédulas de identificación ciudadana. Dos ex-gobernadores de la parcialidad, amigos de las labores que el Instituto adelanta, Antonio Valencia y Agustín Tombé, protestaron por todos y ello implicó el que fueran golpeados, conducidos presos al pueblo de Silvia y ya en una de sus calles, en la oscuridad, asesinados (Hernández de Alba, citado por Perry, 2016, p. 377).

A pesar de su corta duración, el Instituto Etnológico lograría hacer visibles las necesidades de los indígenas y propuso insumos teóricos y prácticos para la defensa de los derechos étnicos. En su momento, el director del departamento de extensión Cultural, Achury Valenzuela, “señaló la pertinencia de tener en cuenta sus aportes a la sociedad colombiana en diversos campos, llamando la atención de los estudiosos sobre las costumbres de los indígenas y campesinos del Cauca y Nariño” (Pineda, 2009, p. 134). El Instituto funcionó hasta 1950.

El 13 de junio de 1953, el General Gustavo Rojas Pinilla dio un golpe de Estado al conservador Roberto Urdaneta Arbeláez, situación que frenaría la aspiración conservadora de mantenerse en el poder. Según Mario Cajas, “Rojas fue visto como un mesías que llegó a salvar la nación de la aguda violencia bipartidista que venía enfrentando a liberales y conservadores durante casi una década, y que se había recrudecido bajo el gobierno de Gómez” (2014, p. 129). Durante su periodo se hicieron varias obras de impacto y se reconoció el derecho al sufragio a las mujeres, entre otros logros. Rojas, después de las “jornadas de mayo” dejaría el cargo el 10 de mayo de 1957 y la Junta Militar de Gobierno sería la encargada de gobernar hasta el 07 agosto de 1958. La Junta sería la responsable de convocar al plebiscito mediante Decreto 47 de 1957, el cual se realizaría el 01 de diciembre de 1957. El plebiscito fue el producto de la firma del “Pacto de Sitges” o “Pacto Nacional”, cuya finalidad era poner fin a la violencia partidista.

La ratificación del Pacto Nacional a través del plebiscito dio lugar al Frente Nacional, acuerdo político de repartición del poder y burocracia. El Frente Nacional estableció “un gobierno de coalición bipartidista, la incorporación institucional de la distribución paritaria –paridad– de los cargos públicos como de los puestos de representación en las diferentes corporaciones públicas -congreso, asambleas y concejos” (Marín, 2010, pp. 31 -32). Esta estrategia si bien apaciguó la violencia partidista dio lugar a la aparición de otras formas de violencia, pues su diseño era excluyente de otras visiones políticas.

Para lo que interesa, ni antes ni después del Pacto se constató un cambio significativo para la población étnica, es más, desde 1954 con la Resolución 37 del Ministerio de Agricultura se dio paso nuevamente a una política de exterminio de los resguardos. Esta política tuvo una oposición fuerte de los indígenas, lo que significó una respuesta institucional violenta. Con el fin de “calmar” los ánimos el Gobierno expidió el Decreto 1414 de 1955, a través del cual transformó las reservas

en resguardos para facilitar el acceso a las tierras que estuvieran tituladas; “pero, como sabemos, la mayor parte de la zona plana comprendía las haciendas de la Misión, de colonos grandes y chicos, de los militares y de los indígenas favorecidos por la “reforma agraria” capuchina” (Bonilla, 2019b, p. 254), por lo que en la práctica el acceso a las tierras productivas no fue posible.

Baja el mandato del primer presidente liberal del Frente Nacional, el 18 de noviembre 1958 se creó la Ley 81¹⁶, con la cual se pretendía impulsar la economía con el programa “Alianza Para el Progreso”. Entre otras medidas, se creó una institucionalidad que estaría encargada de llevar al terreno las políticas indigenistas y llevar la economía rústica a una economía planificada desde el Estado, atacando con ello también las economías ilegales que se habían ido tejiendo alrededor de los cultivos de coca. La principal institución creada fue la Sección de negocios Indígenas, que era dependiente del Ministerio de Agricultura y Ganadería, y cuyas funciones se enmarcan principalmente en la gestión del campo y la administración de los conflictos. En términos amplios, dicha institucionalidad haría coherente la política nacional agropecuaria con las necesidades de la población indígena.

De otro lado, estableció que la división de las parcialidades indígenas solo es posible si así lo solicita la totalidad del respectivo cabildo¹⁷, corporación que a su vez necesitaba un respaldo de “las dos terceras partes de la población, sin distinción de sexo, inscritos en el censo correspondiente” (art. 7). Sin embargo, no podrán dividirse, según reza el artículo 8, las parcialidades que tengan pleito pendiente de dominio con terceros. Esta disposición facultó a las autoridades para solicitar la división de los resguardos, hecho que significó un avance en el reconocimiento de la autonomía y la participación indígena en los asuntos que les conciernen.

En esta época inicia la integración de los estándares internacionales de derechos humanos a la legislación interna. En primer lugar la Ley 28 de 1959, por medio de la cual se aprueba la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta ley fue importante para la cuestión indígena porque el Estado se comprometió internacionalmente a proteger, entre otras

¹⁶ Congreso de Colombia. Ley 81 de 1958. Sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas. Esta Ley es reglamentada a través del Decreto 2413 de 1961, estableciendo principalmente que las Comisiones de Asistencia y Protección Indígena del Ministerio de Gobierno reemplazan a la Sección de Negocios Indígenas y, además, establece las funciones de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno.

¹⁷ El hecho de que la Ley haya otorgado a los cabildos la competencia para decidir sobre el futuro de los resguardos denota un avance, aunque todavía incipiente, en la protección de los derechos indígenas.

personas, a los indígenas frente a tal delito. El artículo 1 entiende por genocidio “todos los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Esa integración normativa no solo robusteció la legislación nacional, sino que impulsó una transformación institucional importante.

Teniendo en cuenta este referente, a partir de 1960 se produjeron cambios institucionales con el fin de abordar el tema indígena, por ejemplo, la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Gobierno heredó las funciones que antes tenía el Ministerio de Agricultura respecto a estas colectividades. “Esta nueva entidad gubernamental fue encomendada al etnólogo Gregorio Hernández de Alba por el Decreto 1634 de 1960” (Bonilla, 2019b, p. 257). La División estaba integrada por la Sección de Resguardos y Parcialidades y la Sección de Protección Indígena y Jefatura de Comisiones. Otro ejemplo fue el Decreto 812 de 1961 que organizó el Instituto colombiano de antropología, dependiente del Ministerio de Educación Nacional, y que se encargaría del desarrollo de la investigación, conservación y protección del patrimonio arqueológico y cultural de la nación.

En ese mismo año se expidió la Ley 135 de 1961 sobre reforma social agraria, que marcó una tendencia distinta respecto a las normas anteriores, en el sentido de que reforzó la protección de las colectividades étnicas, adoptando las siguientes medidas:

- a) Prohibición de adjudicar baldíos que estuvieran ocupados por indígenas, sin el concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas.
- b) Expropiación de tierras colindantes a los resguardos en favor de éstos.
- c) Gestión de la ampliación y redistribución de parcialidades en caso de que sean insuficientes o improductivas.
- d) Constitución y división de resguardos indígenas, tarea encargada al Instituto Colombiano de Reforma Agraria, previo concepto favorable del Ministerio de Gobierno.

El artículo 94 de la Ley en mención establecía que los predios resultantes de la división de una parcialidad indígena quedaban “sometidos en cuanto a su uso y disposición al régimen de unidades agrícolas familiares”. Las unidades agrícolas tenían el propósito de desarrollar la economía

familiar, mejorar las condiciones de vida de los campesinos e indígenas y contribuir a la paz en el campo. Sin embargo, como lo dice Bonilla, la realidad desbordaba la norma.

No obstante la buena intención que parece motivar estas normas, resulta contrarrestada en la práctica por la obligación impuesta al indígena de pagar los nuevos predios que se les signen, en condiciones a menudo aberrantes. Tal es el caso de las tribus de la valle de Sibundoy: una vez denunciada públicamente la expropiación de que fueron objeto sus tierras por parte de la comunidad capuchino-catalana del Putumayo, el INCORA procedió a comparar las tierras acaparadas por los religiosos para parcelarlas entre los nativos, una vez sometidas a un vasto plan de desecación que ha elevado su costo (según los primeros cálculos) a más de 20.000 pesos (US\$ 1.000) la hectárea (Bonilla, 2019a, p. 67).

Este periodo continúa con la adopción de normas internacionales de derechos humanos. Así, en el año 1967, a través de la Ley 31 se aprobó el Convenio 107 de la OIT, “relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribuales en los países independientes”, adoptado en 1957 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Con este Convenio, la tierra deja de ser el elemento central de la legislación para ocuparse de otras dimensiones como la del trabajo y el bienestar de la población indígena. Empero, el enfoque integracionista y asimilacionista de este instrumento hizo que su vigencia estuviera destinada a perecer en poco tiempo.

El enfoque del Convenio 107 se reprodujo en el orden interno en distintas disposiciones, como por ejemplo en el Decreto 3159 de 1968, mediante el cual el Presidente Carlos Alberto Lleras Restrepo reorganizó el Ministerio de Gobierno y le adjudicó la competencia de asegurar la “integración, organización y desarrollo de las comunidades y la protección de la población indígena”, en conformidad con las políticas indigenistas nacionales y en coordinación con las demás instituciones creadas para tal efecto. A pesar de la buena intención del Decreto su eficacia se vio comprometida por la falta de compromiso político de la institucionalidad.

En la década del 70 se generó una producción normativa abundante. Ejemplos de esa proliferación son los Decretos expedidos por el Gobierno de Misael Pastrana Borrero, como el Decreto 2122 de 1971, el cual creó el Consejo Nacional de Política Indigenista, adscrito al Ministerio de Gobierno, como cuerpo asesor en materias relacionadas con el estudio y definición

de las políticas indigenistas. Siguiendo esas políticas, en 1973 el Ministerio de Educación Nacional y el Instituto Colombiano de Cultura expedieron la Resolución 626, que reglamentó las actividades de expediciones científicas extranjeras de índole antropológica en Colombia. Por su parte, el Ministerio de Gobierno promulgó el Decreto 1741 de 1973, sobre “las corporaciones y fundaciones constituidas para desarrollar actividades relacionadas con las comunidades indígenas”. La finalidad de esta norma era la de capacitar a las comunidades indígenas en técnicas avanzadas de economía y facilitar por esa vía su integración a la economía nacional.

Durante el Gobierno de Alfonso López Michelsen se expidió la Ley 20 de 1974, por la cual se aprobó el “Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede”, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973. En el artículo V se estableció que la Iglesia continuaría cooperando “por medio de sus instituciones y servicios pastorales, en particular mediante la educación, la enseñanza, la promoción social y otras actividades de público beneficio”. Señaló, además, que el Estado y la Iglesia “colaborarán en la pronta y eficaz promoción de las condiciones humanas y sociales de los indígenas y de la población residente en zonas marginadas susceptibles de un régimen canónico especial”. Para llevar a cabo esta tarea, ordenó conformar una Comisión integrada por delegados del Gobierno Nacional y preladados elegidos por la Conferencia Episcopal, con el objeto de reglamentar, programar y vigilar el desarrollo de los planes que se adopten (art. VI). Es pertinente señalar que la obra “Siervos de Dios y amos de indios”, fue fundamental para la revisión del Concordato en 1974 (Bonilla, 2019b).

Este mandato se pretendió corregir mediante Decreto 088 de 1976 del Ministerio de Educación Nacional, al establecer que los programas regulares para la educación de las comunidades indígenas “tendrán en cuenta su realidad antropológica y fomentarán la conservación y la divulgación de sus culturas autóctonas” (art. 11). Dispuso también que la función de diseñar, evaluar y programar el currículo para la educación de las comunidades indígenas debería contar con la participación directa de sus miembros y con la División de Diseño y Programación Curricular de Educación Formal, dependencia del Ministerio de Educación Nacional. En el mismo sentido, el Gobierno expidió el Decreto 1142 de 1978, en el que estableció que toda acción educativa debe estar vigilada y orientada por el Ministerio de Educación Nacional, lo que no excluye la participación de las comunidades indígenas, con el fin de garantizar el desarrollo productivo y respeto por su organización y cultura. Sin embargo, según lo indica Houghton (1998),

estos decretos no se aplicaron “a los programas oficiales de educación y los indígenas continúan sometidos a currículos diseñados a partir de las necesidades y los intereses de sociedades y culturas totalmente diferentes a las suyas (citado por Rojas, 1999, p. 47).

En el periodo de Belisario Betancur Cuartas se expidieron dos normas en relación con la educación indígena: la Resolución 3454 de 1984 y el Decreto 2230 de 1986. Mediante la primera, el Ministerio de Educación creó el grupo de Etnoeducación, el cual fundamentó “su trabajo en los planteamientos desarrollados por Guillermo Bonfil Batalla sobre Etnodesarrollo y la Etnoeducación como corolario” (Rojas, 1999, p. 47). Este grupo de trabajo logró un nivel de desarrollo destacado, por lo que a través del Decreto 2127 de 1992 se transformó en la División de Etnoeducación del Ministerio de Educación Nacional. Esta división en la reforma de 1994 nuevamente fue transformada en un grupo de trabajo, señala Rojas. La segunda norma fue el Decreto 2230 de 1986, “por el cual se creó el Comité Nacional de Lingüística Aborígen, como un organismo encargado de asesorar al Gobierno Nacional en la investigación, formulación de políticas, enseñanza, difusión, utilización y conservación de las lenguas indígenas y criollas supervivientes”. A diferencia de las normas de carácter general, estas normas especiales tuvieron algún tipo de impacto en la formulación de las políticas dirigidas a las colectividades indígenas en el ámbito de la educación.

Con el fin de lograr mayor cobertura en la educación, sobre todo en las zonas periféricas de difícil acceso, el Gobierno del presidente Virgilio Barco Vargas se dispuso a flexibilizar algunos requisitos para el ejercicio de la docencia, sobre todo en el nivel básico y medio. Así, en el Decreto 1217 de 1987 se exceptúa el requisito de título profesional a los docentes directivos para el nivel básico secundario y medio vocacional en las zonas de difícil acceso, comunidades y zonas indígenas. “En estos casos, quien vaya a ejercer el cargo, debe acreditar grado ocho (8) en el Escalafón Nacional Docente y cinco (5) años de experiencia docente” (art. 1). Esta medida obedeció a la falta de docentes profesionales en esas áreas, decisión que sacrificó calidad por cobertura. Este es un problema que todavía no ha podido resolverse.

Ya en vigencia de la Constitución de 1991, en 1994, finalizando el periodo César Gaviria Trujillo, se expidió la Ley General de Educación, Ley 115, que en relación con las colectividades indígenas aspiró a fomentar el interés y el respeto por su identidad cultural y la tradición lingüística

propia. Esta ley señala que la etnoeducación es “la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos”. Reiteró que este tipo de educación “debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones” (art. 55). Dicha educación, según lo señala el artículo 56, debe fundarse en los principios de “integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad”.

Hasta el momento se piensa que la educación intercultural es solamente para los indígenas o grupos minoritarios. Nosotros pensamos que esto no debe ser así. Dado que la Constitución es clara en reconocer el carácter multicultural del país, la educación debería ser concordante con los postulados de la Carta Magna. Esto significa que la educación intercultural debe ser impartida a todos los colombianos, pertenezcan o no a un grupo minoritario. Ésa será una manera de conocer y valorar la riqueza de las diversas culturas y lenguas indígenas, y a la vez una efectiva manera de enriquecer la escuela colombiana (Rojas, 1999, p. 57).

No obstante esos principios y finalidades, lo cierto es que la educación propia enfrenta serias dificultades, como la incapacidad de articularse con la “escuela estatal”. Por ese motivo la educación, como lo señala Tulio Rojas, debe abrirse a la interculturalidad.

Otro tema importante en relación con la cuestión indígena es la salud. El Ministerio de Salud, a través de Resolución 10013 de 1981, estableció una política de respeto cultural, en los siguientes términos: “los programas de prestación de servicios de salud de atención primaria que se desarrollan en comunidades indígenas deberán adaptarse a la estructura organizacional, política, administrativa y socioeconómica, de forma tal que se respeten sus valores, tradiciones, creencias, aptitudes y acervo cultural”. En consecuencia, todo programa y toda acción de salud “que se proyecte adelantar en comunidades indígenas deberá ser previamente acordada con ellas y aprobada por los respectivos cabildos o autoridades que ejerzan el gobierno interno de las mismas”. Lo anterior aseguraba la participación de las comunidades indígenas en todas las fases de la política pública de salud, como “el diagnóstico, diseño, ejecución, evaluación y veeduría de los procesos pertinentes a su desarrollo”. En realidad estas finalidades escasamente pudieron cumplirse debido a la falta de coordinación institucional y por la ausencia de una política pública que estableciera los mecanismos y estrategias para su conformación y desarrollo.

Parte de ese contenido se reprodujo en el Decreto 1811 de 1990, el cual contenía el reglamento para la prestación de servicios de salud en las comunidades indígenas. Estableció que todo programa y acción de salud “que se proyecte adelantar en comunidades indígenas debería ser previamente acordada con ellas y aprobada por los respectivos cabildos o autoridades que ejerzan el gobierno interno de las mismas”. Para ello era necesario crear espacios de reflexión que garanticen el respeto de su lengua, así como la forma tradicional de discusión y adopción de decisiones, siguiendo estudios y metodologías que ayuden a la comprensión de las necesidades de las comunidades indígenas.

Siguiendo con lo estipulado por el Ministerio de Gobierno a través del Decreto 1741 de 1973, el presidente Gaviria expidió el Decreto 1407 de 1991, por medio del cual autoriza “el reconocimiento, suspensión y cancelación de la Personería jurídica a las corporaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, creadas para adelantar actividades en comunidades indígenas”. Esta disposición señaló que la competencia para llevar a cabo esta tarea “corresponde a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, cuando sean de carácter nacional, y a las Gobernaciones, Distrito Especial de Bogotá, Intendencias y Comisarías, cuando sean de carácter departamental o local”. La finalidad de los Decretos era garantizar la idoneidad de las organizaciones para adelantar planes, programas, proyectos y actividades en las comunidades indígenas. La medida tenía sentido, ya que algunas comunidades habían mostrado rechazo frente a algunas personas (naturales y jurídicas) por no respetar sus usos y costumbres, o porque el trabajo realizado no representaba ningún beneficio para la comunidad.

Ese catálogo normativo, y otras tantas normas que de ahí en adelante se expidieron, diseñadas con enfoque unidireccional, integracionista y asimilacionista, si bien tuvieron algún efecto frente a la protección de las colectividades indígenas no han servido efectivamente a tal propósito, por no corresponder con las necesidades indígenas y carecer de legitimidad. Con justa razón, Bonilla afirma que los efectos de

(...) esta legislación caduca, incompleta y segregacionista, no sólo repugna en el plano teórico con los extensos y complejos estatutos jurídicos que rigen los derechos del común de los colombianos y denotan una total inadaptación a los conceptos modernos que deben guiar a los legisladores en estas materias, sino que se manifiestan en situaciones exóticas y en la permanente conculcación de los derechos humanos más elementales (Bonilla, 2019a, p. 67).

A Bonilla le resulta claro que con ese catálogo normativo, diseñado de forma rudimentaria por los legisladores, es imposible una garantía real de los derechos indígenas. Insiste, cooptado por un pesimismo justificado, que en relación con la cuestión indígena “todo está por hacer”.

1.3. La crisis del constitucionalismo tradicional y los orígenes del constitucionalismo actual. Una oportunidad para los derechos étnicos

En esta sección del capítulo el propósito es exponer algunos antecedentes del cambio constitucional de 1991 y analizar las propuestas y debates que se surtieron en relación con los derechos indígenas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente.

1.3.1. Algunos antecedentes del cambio constitucional

1.3.1.1. Antecedentes en América del sur: las declaraciones de Barbados de 1971 y 1977

Desde la primera reunión de Barbados, llevada a cabo en 1971 con el objeto de discutir sobre la sistemática vulneración de los derechos de los pueblos indígenas en América del Sur, los antropólogos “disidentes” tuvieron la oportunidad de referirse a los actos de barbarie y etnocidio en contra de las colectividades indígenas de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Venezuela. En este primer escenario también tuvieron la oportunidad de criticar el enfoque indigenista, “expresión ideológica y práctica de la situación colonial en términos de los intereses de la sociedad dominante acerca de las sociedades dominadas” (Bonfil, 2019, p. 26).

Las enseñanzas de esta primera reunión son: i) la toma de conciencia frente a la realidad de los indios, ii) las propuestas en cuanto al cambio de políticas en ese mismo sentido y iii) las respuestas que vendrían más adelante por parte de las colectividades indígenas. Por estas razones, en adelante la suerte de los indígenas no podía quedar en manos de los Estados, de normas segregacionistas, de antropólogos clasistas y de una política indigenista unidireccional. De ahí que la discusión y las decisiones “pongan en marcha las estructuras necesarias para cambiar, o, al menos, limitar la deplorable situación vigente” (Bonilla, 2019a, p. 73).

En este escenario se reiteró que el “indio” es una invención del agente colonizador y de las relaciones de colonización. Es así una categoría de demarcación y etiqueta que permite englobar - sin hacer ninguna diferenciación entre los pueblos, comunidades y grupos- realidades étnicas diversas. En efecto, catalogarlos de esa forma permite una homogeneización cultural y anular por tanto las diferencias culturales. Romper esas relaciones significa destruir la categoría de indio como término de colonización, lo que no significa que no sigan existiendo colectividades indígenas. “Al morir el indio como categoría colonial surgirán en todo su vigor las múltiples entidades étnicas que representan una de las riquezas potenciales más preciosas de América Latina” (Bonfil, 2019, p. 28).

En 1977, en la segunda reunión de Barbados, la cuestión indígena tomaría matices más profundos. La presencia indígena le dio un carácter más legítimo a la discusión, que giraría hacia un ambiente de acción política como alternativa de cambio. El análisis se centró, como en la primera reunión, en los procesos y estructuras de dominación, que como tal cobijan los campos como el económico, social y político. Empero, esta vez la discusión trascendería a la reflexión de la “etnicidad”, de la afirmación de la “indianidad” y de la “conciencia de clase”, como elementos esenciales para alcanzar la “liberación”. No escapa a ese análisis el papel de los Estados en la formulación de políticas tendenciosas, a veces tímidas, que no se atreven a reconocer tales elementos.

La presencia del indígena en esta reunión, sus discursos, experiencias y propuestas muestran su fortaleza y voluntad política. Los sujetos de dominación ahora son capaces de levantar la voz en contra del Estado, de las instituciones, de los privados y hasta en contra de los intelectuales. Ellos quieren propiciar escenarios no solo de discusión -que son importantes, claro-, sino escenarios de transformación. Y esto no es un planteamiento nuevo, la lucha indígena siempre ha estado en ese camino, en lograr objetivos sociales en el presente bajo el influjo de su historia. En ese sentido, el pasado y el presente son importantes para el sujeto político indígena.

Todo ese pensar y repasar del indígena frente a su existencia sin duda es importante para tenerlo en cuenta dentro de las ciencias sociales, ya no como unas ciencias dueñas de un conocimiento teórico y crítico, sino como ejercicio y práctica para la transformación. Aquí otra enseñanza de estas reuniones.

1.3.1.2. El escenario político y el movimiento indígena. Desde la colonia hasta el siglo XX, la lucha indígena fue más bien pasiva, con algunas excepciones que terminaron en la extinción de los pueblos. De esa suerte tuvieron conciencia los indios, los cuales, como una estrategia de supervivencia aguantaron los abusos en silencio. Las normas -obra de otros- poco o nada pudieron hacer en su favor, ya que seguía persistiendo una condena de la sociedad mayoritaria hacia su ser. Con todo, el indio optó por unos mecanismos de defensa y resistencia alternativos. Según Cárdenas-Castillo (2019), la lucha del indio recurrió a los siguientes mecanismos:

- 1) El escape geográfico hacia la periferia:
- 2) El escape psicológico hacia el interior de su espíritu, cerrando las puertas del alma al invasor de su mundo exterior; y
- 3) El cultivo de una profunda indiferencia por todo lo que pasaba entre los blancos (p. 87).

Ausente de la realidad de los españoles, el indígena utilizó su inteligencia para evaluar las condiciones y posibilidades reales de libertad, con el fin de elaborar un mundo distinto; esto le permitió resistir y sobrevivir, pues de otra manera la extinción hubiera sido inevitable.

La lucha, hasta ese momento pasiva, se transformó en una lucha activa y perpetua. La tierra concretaba (aún lo hace) su mundo, tanto físico como espiritual, por eso se convirtió en un fundamento político esencial del discurso y de la lucha indígena hasta nuestros días. La tierra arrebatada por la fuerza, a veces con engaños, debía recuperarse a como diera lugar, porque es la oportunidad de recuperar también la dignidad, se decía. Esas ambiciones, justificadas legítimamente, germinaron a finales del siglo XIX y los inicios del siglo XX en un terreno de dificultades, si se tiene en cuenta que en principio no existía una organización indígena tal y como se conoce hoy, siendo facciones atomizadas que a su modo reclamaban libertad y derechos.

Entre 1910 y 1928, los intelectuales indígenas que vinieron a aportar insumos para una organización indígena, por lo menos en la región del suroeste andino, fueron José Gonzalo Sánchez y Manuel Quintín Lame. Sobre todo este último, no en vano titulado como el “general” o el “profeta de su raza”, sentaría como nunca antes una verdadera doctrina en defensa de los indígenas en Colombia. Lame sostenía los reclamos de los indígenas más allá de los derechos sobre su territorio, pues para él era importante que el indio fuese consciente de su existencia y de la necesidad de protegerla. Según Quintín Lame, las banderas de la lucha indígena son:

- 1) Defensa de los resguardos y oposición militante a las leyes de división y partición de los estos;
- 2) Consolidación del Cabildo indígena como centro de autoridad y base de organización;
- 3) Recuperación de las tierras perdidas a manos de los terratenientes, y desconocimiento de todos los títulos que no se basen en cédulas reales;
- 4) Liberación de los terrazgueros, mediante la negación a pagar terraje, o cualquier otro tributo personal; y
- 5) Afirmación de los valores culturales indígenas, y rechazo de la discriminación racial y cultural a que son sometidos los indios colombianos (Cárdenas-Castillo, 2019, p. 98).

En general, la doctrina de Lame se la puede resumir en los siguientes puntos:

1. La consustancialidad del indio con la naturaleza: su madre y su maestra.
2. La tierra pertenece a la raza indígena.
3. La conciencia del indio frente a las relaciones históricas de sometimiento, discriminación y abusos de toda clase.
4. la necesidad de que la raza indígena despierte de su sueño y advierta la amenaza, el peligro.
5. La exaltación de la raza indígena: la inteligencia superior del indio; mayor memoria e inspiración.
6. El triunfo final de la raza: la virtud y la inteligencia del indígena, la ley natural, la ley de compensación y su fuerza lo llevarán “a recuperar su trono” (Cárdenas-Castillo, 2019, pp. 103-105).

En particular, el líder indígena empujó sus esfuerzos a la derrota del terraje, una institución mediante la cual se obligaba a pagar con fuerza laboral la utilización de una parcela que pertenecía al hacendado, pero que además había sido parte de territorios indígenas, lo que la hacía perversa a los ojos del *profeta*. Ese trasegar por la cuestión indígena le significó la pérdida de la libertad en varias ocasiones (más de 100). En adelante y hasta su muerte la persecución de Quintin Lame y de los “lamistas” fue una constante.

Ante los oídos sordos del Estado, un sector indígena llevó su lucha al campo armado, con un ideario revolucionario de su ser y de su existir. No pudo haber sido de otra manera, si se tiene en

cuenta la situación precaria en la que vivían las colectividades indígenas: el problema de la tierra, la discriminación, la ausencia de un verdadero reconocimiento, el asesinato de varios de sus dirigentes a manos de terratenientes y del mismo Estado, entre otros factores. Apareció así en 1984 el movimiento armado Quintin Lame, considerado como la primera guerrilla indígena de América Latina que se sublevó en contra del Estado, de algunos terratenientes y de otras guerrillas. Luego de un proceso de diálogo con el presidente César Gaviria, el 31 de mayo de 1991 se desmovilizaron. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ya como parte de la sociedad civil, tienen representación a través de Alfonso Peña Chepe.

Por otra parte, del lado político-organizativo, a partir de 1960 la lucha indígena se acompañó de otros sectores sociales emergentes que compartían la necesidad de ser reconocidos, como sindicatos, campesinos, estudiantes, entre otros. En ese ambiente, el movimiento indígena acompañó las luchas campesinas que fructificaron cuando la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC) institucionalizó la lucha social en torno al problema de la tierra. La ANUC propició nuevos espacios de reflexión y decisión que dieron como resultado la reclamación y recuperación de tierras en beneficio del campesinado colombiano. Este proyecto común mantenía unidos a campesinos e indígenas, aunque con ciertas diferencias.

Esas diferencias fundamentales llevaron a que en la década de los 70 se iniciara un nuevo proyecto político, en el que la organización indígena estableció una lucha constante por la defensa de sus derechos diferenciados. El movimiento indígena decide más o menos a partir de 1977 seguir su camino manteniéndose al margen de la ANUC, así como de otros movimientos sociales. En forma semejante señala Castrillón (2006):

Fue en la década de los setenta cuando los pueblos indígenas lograron deslindarse del movimiento obrero y campesino, con quienes habían establecido una relación que les ayudó a producir sinergias, que detuvieron la estrategia del Estado frente a ellos durante muchos años. La relación de los pueblos indígenas con el sector obrero, si bien fue una relación de aliados, siempre fue conflictiva pues el imaginario político obrero, al igual que el de las elites, es producto del paradigma filosófico moderno-rationa-lista y a través de éste observaban a estas estructuras socioculturales con los mismos parámetros etnocentristas; es decir como sobrevivencias del pasado que debían ser sujetos de políticas particulares para adaptarlos a relaciones modernas de sociabilidad (p. 337).

Como fenómeno político importante, en esa misma década surgió un movimiento en el sur del país que daría respuesta efectiva a las necesidades relativas de la organización. Se trata del surgimiento (24 de febrero de 1971) del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), inspirado en la plataforma ideológica de Manuel Quintín Lame. “Su propósito era exigir la devolución de tierras usurpadas por los hacendados, el respeto por los cabildos indígenas y la abolición de todas las formas serviles de contratación” (Roldán, 2000, citado por Rodríguez, 2015, p.31). Posteriormente, el ejemplo organizativo de la CRIC impulsó la creación de otras organizaciones, como la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) (1982). Esta organización nace con propósitos similares, por lo que conjuntamente con la CRIC impulsarán una lucha social y política importante.

Debido a fracturas internas, una parte disidente de la CRIC decidió, conjuntamente con indígenas de Nariño, fundar el Movimiento de Autoridades Indígenas del Sur Occidente (MAISO), según lo explica Kloosterman:

Sin embargo, en Colombia surgió una escisión dentro de las organizaciones indígenas porque un número de paéz y guambianos del Cauca desaprobaron la postura ideológica del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC; 1982). Este grupo se escindió del CRIC y fundó el Movimiento de Autoridades Indígenas del Sur Occidente (MAISO), que estaba en estrecho contacto con los cabildos de los resguardos de Nariño (Kloosterman, 1997, p. 75).

Este movimiento, a partir de 1991, con el ánimo de abrirse y ampliar su espectro decide mutar al Movimiento de Autoridades indígenas de Colombia (AICO). Este movimiento “actúa de la mano y con el respaldo de un amplio grupo de Solidarios, aunque sea con base en el precepto de “juntos, pero no revueltos»” (Laurent, 2010, p. 42). La organización reúne a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas asentadas en el suroccidente colombiano. En esa coyuntura nace también la Alianza Social indígena (ASI) (1991) y el Movimiento Indígena Colombiano (1993).

La lucha de estas organizaciones indígenas giró básicamente en torno a la recuperación del territorio y al fortalecimiento de su identidad, pero también abrió su espectro a un terreno más amplio, en el que comulgaban intereses de otras colectividades, a los que genéricamente se les

llamaba “oprimidos”. La lucha discursiva se trasladó a la movilización social pragmática, es decir, apelaron en muchos casos a las vías de hecho para hacer visibles sus necesidades y reclamar el reconocimiento y respeto de sus derechos. Como consecuencia de ese accionar, las comunidades fueron víctimas de ejércitos privados, grupos al margen de la ley y, en ocasiones, hasta del mismo Estado.

Ejemplo de ello son los homicidios de líderes indígenas de los Resguardos de Colimba, Guachucal y Muellamues en el Departamento de Nariño, señores Libardo Ramiro Muñoz (1990), Laureano Inampué Cuatin (1994) y Buenaventura Cuastumal (1984), respectivamente. En 1992, en un acto conmemorativo, Inampué públicamente reiteró su rechazo frente al homicidio de Libardo Ramiro Muñoz. Él preguntó: “¿Y por qué lo asesinaron?” Y respondió: “Porque defendió la recuperación de nuestro pensamiento, porque defendió la recuperación de nuestra tierra, porque defendió el respeto a la dignidad de los pueblos indios y comunidades de Nariño” (1992). Cuatro años más tarde los compañeros de lucha de Laureano le harían el mismo tributo. “Él sabía que, tarde o temprano, sería asesinado, y por eso en los últimos años de su vida corta se ocupó de preparar a los jóvenes que debían ocupar su lugar después de su muerte. Sus ideas, por esto, no han muerto” (Kloosterman, 1997, p. 7). Kloosterman no se equivocó, su pensamiento sigue vivo en la comunidad y especialmente en su hijo, Bienvenido Inampué, un líder joven y carismático que asumió el reto de continuar lo que su padre inició.

Este es tan solo un ejemplo de la situación de las colectividades indígenas de Colombia. Muy a pesar de esos flagelos, actualmente la lucha continúa en el terreno social, político y jurídico.

1.3.1.3. El contexto de la Asamblea Nacional Constituyente. La violencia en la década de los años 80 había dejado un centenar de líderes sociales y otros cuantos políticos asesinados¹⁸, entre ellos Luis Carlos Galán. Paradójicamente, este episodio de nuestra historia sirvió como campo en el que germinaron propuestas de paz y de cambio constitucional, inicialmente promovidas por el movimiento estudiantil. De esta forma lo relata Quintero:

¹⁸ Dentro de esa población víctima se encuentran candidatos presidenciales, como por ejemplo Jaime Pardo Leal (11 de octubre de 1987), Luís Carlos Galán Sarmiento (18 de agosto de 1989), Bernardo Jaramillo Ossa (22 marzo de 1990) y Luis Carlos Pizarro León Gómez (26 de abril de 1990). Pero fue la muerte de Luis Carlos Galán el detonante de una serie de movilizaciones sociales, en las que la participación del movimiento estudiantil fue fundamental. La marcha del silencio de 1989, llevada a cabo el 25 de agosto en honor a Galán es un ejemplo de ello.

El antecedente inmediato de la movilización estudiantil fue el asesinato de Luis Carlos Galán el 18 de agosto de 1989. Dicho asesinato fue una manifestación de las características sociales y políticas colombianas: a mediados de la década de los ochenta las violencias en Colombia recrudecieron de tal forma que algunos sucesos como la toma del Palacio de Justicia en 1985, el asesinato de cuatro candidatos presidenciales en no más de tres años, la arremetida narcoterrorista contra la población civil en las ciudades más importantes del país y el fortalecimiento del paramilitarismo, generaron un sentimiento de incertidumbre y temor en el grueso de la sociedad colombiana (Quintero, 2002, pp. 126-127).

De los cuestionamientos y críticas al modelo de Estado y sociedad, el movimiento estudiantil pasó a la acción social y política, proponiendo alternativas de cambio constitucional que se formalizaron en la propuesta de la “séptima papeleta”, acogida por la ciudadanía en las elecciones del 11 de marzo de 1990. Con ello, el *alma mater* no se limitaba a las aulas de clase, sino que su laboratorio serían las calles, la sociedad y el Estado. Rodríguez (2013) destaca la importancia de la participación del movimiento estudiantil en la estructuración, ejercicio y cambio constitucional de 1991, así:

La Constitución de 1991 fue el punto de llegada de uno de los procesos participativos de mayor dimensión que ha vivido Colombia en muchas décadas; fue también el inicio de un esfuerzo democratizador que ha enfrentado grandes obstáculos creados por quienes han visto con nostalgia que los esquemas de funcionamiento del poder público hoy responden a parámetros más pluralistas (...) si la noción del constitucionalismo se confunde con la limitación en el ejercicio del poder, aquello que se logró gracias a un esfuerzo iniciado en las aulas de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, es uno de los grandes hitos de la historia constitucional de nuestro país. El movimiento estudiantil de comienzos de los años noventa, que impulsó la “séptima papeleta”, cubre toda una generación que luchó por encontrar respuestas distintas a lo propuesto por generaciones anteriores. Sin embargo, el proyecto generacional, que tuvo como principal logro la Constitución (...)” (Torres Forero, 2009, citado por Rodríguez, 2013, p. 22).

Ambientado por esas circunstancias sociales, el presidente Virgilio Barco expidió el Decreto Legislativo 927 de 1990¹⁹, el cual en la parte resolutive autorizó a la organización electoral²⁰ a “adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produzcan en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional”. En ejercicio del control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal constitucional, declaró la exequibilidad del Decreto 927 mediante Sentencia 59 del 24 de mayo de 1990, con fundamento en la necesidad de permitir “registrar la expresión de la voluntad popular, acerca de la posibilidad de integración de una Asamblea Constitucional para fortalecer la democracia participativa y en la cual estén representadas las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación”.

La iniciativa de Barco tuvo respaldo en amplios sectores de la sociedad, sobre todo de los sectores que habían sido excluidos de la regla de la democracia. Ese respaldo se evidenció en las elecciones del 27 de mayo de 1990. Según Hernán Olano, la votación fue 5.236.863 votos, el mayor respaldo “lo obtuvo la constituyente en Cundinamarca con 1.241.898 votos, en Antioquia con 570.861 votos, en Atlántico con 238.600 sufragios y en Boyacá 202.219 votos” (2007, p. 318).

En esa misma fecha fue elegido presidente el liberal Cesar Gaviria Trujillo, quien continuaría con lo que restaba del proceso constituyente. Con facultades plenas y en virtud del artículo 121 de la Constitución vigente, Gaviria, habiendo efectuado un previo acuerdo político, expidió el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, mediante el cual estableció los requisitos, composición y temario de la Asamblea Nacional Constituyente (Noguera y Criado, 2011, p. 27). La Corte

¹⁹ En las consideraciones se resalta la voluntad popular expresada el 11 de marzo de 1990, jornada en la que “un número considerable de ciudadanos, por iniciativa propia, ante la inminente necesidad de permitir el fortalecimiento institucional en ejercicio de la función constitucional del sufragio y de su autonomía soberana, manifestaron su voluntad para que la Constitución Política fuera reformada prontamente por una Asamblea Constitucional y que dicha convocatoria fuese recogida y reiterada por las diversas fuerzas políticas y sociales”. En consecuencia, “el Gobierno debe facilitar que el pueblo se pronuncie en las elecciones del 27 de mayo de 1990”, puesto que “La Nación Constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental”. Ver: Gobierno de Colombia. Decreto Legislativo 927 de 1990. Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público.

²⁰ En ese sentido decretó que la Tarjeta Electoral contendría el siguiente texto: “Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia SÍ NO”.

Suprema de Justicia en Sentencia 138 de 1990²¹ señaló que el órgano democrático es un poder originario, que no admite limitaciones impuestas por los poderes constituidos:

En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como Constituyente Primario en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contienen el numeral 4° de las bases del Acuerdo político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance (Corte Suprema de Justicia, 1990).

Al término de la decisión de la Corte, con una baja participación democrática²², según lo afirma Quintero, se procede a realizar la elección de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente el nueve (9) de diciembre de 1990, como lo indica la siguiente tabla:

Cuadro 1. Miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.

Miembros de la Asamblea Nacional Constituyente		
N°	Facciones políticas	Número delegados con voz y voto
1.	Partido Liberal Colombiano	25
2.	Movimiento M-19	19

²¹ La Corte Suprema de Justicia en Sentencia 138 del 09 de octubre de 1990 declaró su constitucionalidad, con excepción del temario, pues la Asamblea en ese momento actuaba como poder constituyente originario: “(...) la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contiene el numeral 4° de las bases del acuerdo político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance”.

²² “(...) de 14.237.110 electores potenciales, tan sólo 3.710.557 acudieron a las urnas, lo cual correspondió a un 74% de abstención electoral. De los 3.686.091 votos válidos, el 81% estuvo a favor de la Asamblea y 2% estuvo en contra” (Quintero, 2002, pp. 133-134).

3.	Movimiento de Salvación Nacional	11
4.	Partido Social Conservador	05
5.	Conservadores Independientes	04
6.	Movimiento de Unión Cristiana	02
7.	Unión Patriótica	02
8.	Movimiento de Unión Cristiana	02
9.	Movimientos Indígenas (ONIC-AICO)	02
Nº		
.	Representantes de grupos desmovilizados	Número delegados con voz y sin voto
1.	Ejército Popular de Liberación	02
2.	Partido Revolucionario de los Trabajadores	01
3.	Movimiento Quintín Lame	01

Cuadro 1. En el cuadro se indica la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Elaboración propia.

En dicha jornada se eligieron en total setenta (70) asambleístas con voz y voto, y cuatro más con solo voz²³. Especialmente, el movimiento indígena tuvo una representación directa de tres integrantes en la Asamblea Nacional Constituyente. Dos con derecho a voz y voto: uno perteneciente a la Organización Nacional Indígena (ONIC) y otro al movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia (AICO). El delegatario con derecho solo a voz representaba al Movimiento Martín Quintín Lame. Respectivamente, Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas Hurtado y Alfonso Peña Chepe continuarán la lucha en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente.

²³ “Constituyentes con Voz (Guerrilleros reinsertados a la vida civil): Jaime Fajardo (EPL), Valentín González (EPL), Darío Mejía (PRT) y Alfonso Peña Chepe” del Movimiento Martín Quintín Lame (Olano, 2007, p. 328).

Al término de los debates, se firmó la Constitución el 04 de julio de 1991 por Álvaro Gómez Hurtado (Movimiento de Salvación Nacional), Horacio Serpa (Partido Liberal Colombiano) y Antonio Navarro Wolff (Alianza Democrática M-19).

1.3.2. Las propuestas alrededor del reconocimiento de los derechos étnicos

Se presentaron varias propuestas en favor de las colectividades indígenas: unas provenientes de los constituyentes indígenas, otras provenientes de otros delegatarios. La Corte Constitucional, en Sentencia T-428 de 1992, recalcó la importancia de la presencia indígena en la Asamblea, así como la importancia de las propuestas relacionadas con los derechos étnicos:

Un hecho importante dentro de la Asamblea Nacional Constituyente fue la presencia de los indígenas y las propuestas en materia de derechos étnicos y culturales. Entre los proyectos sometidos a la Asamblea, reconocen el carácter multiétnico y pluralista de la nación colombiana, con todas sus implicaciones en materia de derechos culturales, territoriales y de educación, los presentados por los constituyentes Navarro Wolf, Arturo Mejía Borda, Fernando Carrillo, Eduardo Espinosa Facio-Lince y por el Gobierno Nacional (CC. ST-428, 1992).

Es importante también resaltar la propuesta indígena presentada el 08 de marzo de 1991 por Lorenzo Muelas Hurtado ante la Secretaría General de la Asamblea Nacional Constituyente, por considerar que recoge el sentir indígena de forma completa. El constituyente Muelas “impulsó la propuesta indígena en la reforma constitucional, la cual desarrolló, en un primer lugar, el alejamiento del régimen constitucional de 1886, que había distanciado y mantenido en el anonimato el principio de la diversidad étnica y cultural en Colombia” (Ramírez y Laureano, 2017, p. 32).

La propuesta de Muelas está dividida básicamente en dos secciones: la primera denominada “RAZONES DE LA PROPUESTA” y la segunda titulada como “PROPUESTA INDÍGENA”. La primera inicia con una parte introductoria que contiene los fundamentos sustanciales del pensamiento indígena. Textualmente dice: “Los Pueblos Indígenas miramos hacia el pasado y

hacia el futuro para presentar esta propuesta a los Constituyentes de Colombia”. Las razones de la propuesta tienen sustento en la incapacidad de los constituyentes de la Constitución de 1886 para aceptar una realidad irrefutable: los pueblos indígenas son parte de la nación, pero son diferentes. Según esto, las consecuencias del desconocimiento del “indio” en el “Texto de la Primera Ley de la República” son las siguientes:

- Implantó la discriminación política en contra nuestra, al ignorar los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas en el marco de la legislación colombiana;
- Fundamentó el desconocimiento de todos nuestros derechos en el seno de la población colombiana, desde el momento en que estableció como características de la nacionalidad un idioma (el castellano) y una religión (la católica) que nos son extranjeras;
- Sirvió de justificación a la ideología dominadora y colonialista en contra de nuestra gente, señalando entonces con los calificativos de *salvajes e infieles* para segregarla de una vida social común, cuando no sometida a toda clase de vejámenes, explotaciones y masacres.
- En fin, fue la herramienta para romper el progresivo desarrollo demográfico, social, económico, técnico, cultural y político que autónomamente veníamos operando, y mantenemos, en cambio, marginados de la evolución humana durante siglos (Muelas, 1991, p. 1).

Según la propuesta, una razón del racismo y de la discriminación se debe a la ideología adoptada por los fundadores de la República, que bajo la influencia del liberalismo y la igualdad concibieron una igualdad universal, que disminuyó la visibilidad de otras realidades que eran y son diferentes. Estas diferencias “clarísimas” se resumen en las siguientes líneas:

- pensamos distinto, porque nuestra forma de situarnos frente al mundo y a los demás no se compagina con la idea blanca. En primer lugar porque para nosotros “el mundo está hecho para todos”, no para ser objeto de una apropiación y explotación individuales; sino también por vivir la existencia en función de comunidad y no de aspiraciones meramente privadas;
- hablamos distinto, como cualquiera puede verificarlo recorriendo el país identificando las decenas de idiomas indios que hablamos en Colombia;

- sentimos distinto, frente al aire, frente a la naturaleza, frente al agua, frente al dinero, frente a la autoridad, frente al mundo y frente a los demás, dando a nuestras vidas una ubicación y una dimensión diferente.

Difícilmente se pueden compaginar nuestra visión, sentimiento de ser hijos de la tierra, con la característica actual de una población nacional, constituida por “hijos del viento”, para la cual el arraigo, la raíz y la pertenencia, constituyen rémoras que les impiden desparramarse por el país o irse a vivir en otras partes del mundo.

Y cuando se piensa, se habla y se siente distinto, es inevitable que se actúe también distinto (Muelas, 1991, p. 2).

Además de esas razones y fundamentos, la propuesta de reforma indica la conveniencia de reconocer los derechos indígenas en la nueva Constitución. Si se “quiere garantizar la libertad de SER Y DE HACER, es decir, los derechos de cada cual, tiene que tomar en cuenta lo que SOMOS Y LO QUE HACEMOS cada cual; y no meternos a todos dentro del mismo saco” (Muelas, 1991, p. 2). Una vez se conocieron las razones de la propuesta, el estudio se trasladó al contenido la “Propuesta Indígena”.

Con el fin de evitar la producción de un texto “ilógico y fuente de futuros conflictos” es necesario hacer que los términos utilizados en el Preámbulo sean “reales e incontrovertibles para todos”. Asimismo, dentro de ese segmento, dicen, debe incluirse la diversidad en todas sus expresiones, es decir, la diversidad política, económica, étnica, etc. De la mano de la diversidad debe incluirse el “haber espiritual” y el llamamiento a “mejorar la vida, como una meta digna de ser alcanzada”. “Es un esfuerzo en la búsqueda de una nueva ética que nos garantice unas armónicas relaciones con la naturaleza y el hombre colombiano” (Muelas, 1991, p. 4).

En seguida se propuso un “título especial” para los Pueblos indígenas, como un modo de resarcir el olvido y la marginación histórica, y también para reconocer un estatus especial a dichos pueblos y comunidades, exigible a las autoridades nacionales. Dice Rojas Birry (Comisión Primera):

El presupuesto de la propuesta de introducir un título especial de derechos de los grupos étnicos es el de reconstruir la identidad nacional a partir de la premisa de respeto y

reconocimiento a la pluralidad. Este reconocimiento ya se ha hecho explícito en la referencia propiamente política al pluralismo y en el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano. Ahora, es preciso actualizar este principio introduciendo en la Constitución un título nuevo que haga efectivo el respeto a la pluralidad étnica y cultural (1991, p. 4).

El núcleo del Título Especial estaba conformado por las siguientes declaraciones y derechos:

- 1) Reconocimiento de “la existencia de los Pueblos y de sus derechos constitutivos”. Por tanto, no podrán ser compelidos a renunciar a su nacionalidad por ningún motivo.
- 2) Reconocimiento del derecho sobre sus territorios.
- 3) Determinación de su Gobierno propio.
- 4) Reconocimiento, como oficiales, de “los idiomas hablados por los Pueblos y Comunidades”. El castellano será el idioma nacional.
- 5) Garantía de la propiedad comunitaria y familiar indígena, de conformidad con sus usos y costumbres.
- 6) Derecho a desarrollar formas propias de organización social.
- 7) Garantía de la educación propia como forma de asegurar su existencia, sus instituciones y su cultura.
- 8) Creación de la Jurisdicción Indígena y la aplicación de la Justicia Propia, articulada con el sistema nacional.
- 9) Garantía de la plena participación de los Pueblos indígenas en los cuerpos colegiados del País.
- 10) Reconocimiento de “los derechos sociales, económicos y culturales”.
- 11) Establecimiento del derecho a la “objeción cultural”, como una forma de concertación entre las comunidades y el Estado, cuando éste pretenda “desarrollar proyectos, planes de desarrollo y explotación de recursos naturales en los territorios indígenas”.

- 12) Vigencia de las normas anteriores a la nueva Constitución que les sean favorables, bajo el principio de “derechos adquiridos” (Muelas, 1991, p. 4).

Además del contenido de Título Especial, se hicieron cuatro planteamientos concretos respecto al articulado:

- a) *Identidad y doble nacionalidad indígena.* Reclaman el derecho a una identidad original por la pertenencia a América, que es el derecho a sentirse como “SOMOS”, sin demarcación territorial para los indígenas del continente.
- b) *De la Territorialidad y la Autonomía.* La necesidad de mantener un Estado Unitario, “que no sea ni centralista ni federal”, y que otorgue autonomías y responsabilidades a los entes territoriales.
- c) *Derecho de Objeción Cultural.* Se refiere al derecho a determinar y participar en las decisiones que puedan afectar a las colectividades indígenas.
- d) *De la Reconstrucción Económica y Social.* Se pretende el reconocimiento de la responsabilidad del Estado frente a la situación de empobrecimiento de los pueblos y comunidades indígenas. A partir de allí desarrollar acciones “compensatorias” (con enfoque étnico) por los daños sufridos históricamente, por un término de “una generación o 30 años”.

Sumado a lo anterior, y con el fin de establecer concordancias entre los “principios generales y el resto de la Constitución”, se propusieron nuevos artículos o reformas al proyecto. Dentro de estas propuestas se pueden rastrear, por ejemplo:

a) La complementaria del TÍTULO I, DE LA NACIÓN Y DEL TERRITORIO: “Las delimitaciones de los territorios indígenas se harán de común acuerdo entre el gobierno y las autoridades indígenas correspondientes” (Muelas, 1991, p. 10).

b) La complementaria del TÍTULO II, DE LOS DERECHOS CIVILES Y GARANTÍAS SOCIALES: “Se garantiza a los pueblos indios su derecho a publicar por hablado o por escrito en sus lenguas vernáculas y el acceso a los medios de comunicación regulados por el Estado”.

c) La del TÍTULO VIII, DEL SENADO: “Los Pueblos Indígenas gozarán de una circunscripción electoral especial de cobertura nacional, mediante la cual podrán elegir a 4 senadores, más uno adicional por todo aumento de doscientos mil indígenas o fracción de 100.000” (Muelas, 1991, p. 12). En este mismo título se fijaron los requisitos generales para aspirar al Senado por la circunscripción indígena: i) “haber ejercido la mayor autoridad de su respectivo Pueblo o Comunidad al menos una vez” y ii) o “haber sido dirigente de Pueblos u Organizaciones indígenas a nivel nacional”.

Como puede observarse, el contenido de la propuesta indígena es bastante amplio y está presente en la mayoría de los ejes temáticos de la Constitución, incluyendo derechos y garantías tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica. El núcleo fuerte de este sustento adquiriría la forma de derechos, sobre todo de derechos humanos y fundamentales. La “propuesta indígena significó el reconocimiento real en el texto constitucional de sus derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de los pueblos” (Ramírez y Laureano, 2017, p. 32).

Otras propuestas sobre derechos étnicos fueron presentadas por el Gobierno, por la Subcomisión de Igualdad y Carácter Multiétnico de la Comisión Preparatoria de Derechos Humanos y por distintos constituyentes. Dichos proyectos acompañaban las propuestas que provenían de los representantes de las colectividades indígenas, como Lorenzo Muelas, Francisco Rojas Birry y Alfonso Peña, constituyentes indígenas.

1.3.3. Debate constituyente en relación con los derechos étnicos

Bonilla (2006) destaca que los proyectos y discursos presentados por los anteriores constituyentes tienen una estructura común, que “puede dividirse en dos secciones que tienden en direcciones opuestas: igualdad y unidad política, por una parte, y diferencia y autonomía política, por otra” (p.127). Lo anterior demuestra la necesidad que tenían los pueblos indígenas de ser reconocidos cultural, política y socialmente. Así lo deja ver Rojas Birry en Ponencia titulada “Los derechos de los grupos étnicos”, de fecha 30 de abril de 1991:

Para ello se hace necesario proponer estrategias políticas globales que hagan posible que estos pueblos, con largas historias de marginamiento puedan participar en condiciones de igualdad y con garantías para sus formas particulares de ser, en la vida nacional. Su participación plena, política y económica, debe estar acompañada del derecho a que su carácter específico se refleje debidamente en el sistema jurídico y en las instituciones políticas, con la debida consideración de sus leyes y costumbres (1991, p. 3).

Esta fue una visión incluyente de sociedad, que aspiraba a nuevos espacios y oportunidades para todos, pues eliminaba la visión clasista de ciudadanía, que consistía en catalogar y encuadrar a los ciudadanos de conformidad con ciertos privilegios y prerrogativas especiales. La división entre ciudadanos de primera y segunda clase debía confrontarse a través de una Constitución inclusiva y diversa. Por ello era necesario establecer la igualdad para los “iguales”, y un tratamiento especial para los “diferentes”.

Cepeda (1997) indica el avance del derecho internacional en el reconocimiento de la igualdad, pero también indica la pasividad del Estado colombiano en ese cometido, por lo que la Asamblea era la oportunidad para que el constituyente reconozca esa realidad y salde directamente esa deuda a través de la Constitución. En efecto, se presentaron y discutieron dieciséis proyectos, los cuales contenían tanto una fundamentación como un catálogo dogmático fuerte, especialmente de reconocimiento de los derechos humanos.

No se puede decir lo mismo del proyecto presentado por el Gobierno nacional, porque como lo menciona Pineda, la propuesta era bastante precaria respecto al reconocimiento de los derechos étnicos. Ahí “se pone de manifiesto la precaria y casi inexistencia de los derechos étnicos en la propuesta original que no recogió a este respecto las recomendaciones de la Subcomisión de Igualdad y Carácter Multiétnico” (Pineda, 1997, p.118).

Por su parte, Rojas Birry profundizó en la necesidad de reconocer en un título o capítulo especial dichos derechos, porque a pesar de que la Subcomisión Segunda redactó un catálogo en el cual estaban inmersos el derecho a la Cultura, a la identidad y la dignidad, era necesario estipular una protección especial para las comunidades indígenas y grupos étnicos. El “mantener nuestra identidad cultural depende del respeto a nuestra forma de vida, del respeto a nuestras tradiciones,

del reconocimiento a nuestras autoridades, del respeto a nuestros territorios” (Rojas Birry, 1991, p. 26).

Gómez dice al respecto que lo que se pretendía con ello era el reconocimiento de una realidad preexistente que por mucho tiempo permaneció oculta ante los ojos del Estado:

A la Asamblea Nacional Constituyente, fue presentada una propuesta basada en la consagración de una jurisdicción indígena por el representante Lorenzo Muelas, propuesta orientada no tanto a la creación de una institución, sino al reconocimiento legal de una realidad preexistente. Dicha propuesta soportada a su vez por los pronunciamientos de Francisco Rojas Birry, planteaba la necesidad del establecimiento de una jurisdicción indígena para la conservación de sus culturas, claro está, reconociendo la necesaria articulación con la estructura nacional, de manera que sus decisiones y actos se ciñeran al respeto a los derechos humanos (2018, p. 601).

Los constituyentes indígenas defendieron cabalmente el establecimiento de una “jurisdicción especial indígena” en la Constitución, que por muchos años operó y gestionó el orden y la gobernabilidad en sus territorios. Esta jurisdicción cumple con el firme propósito de que sus costumbres y tradiciones se mantengan a salvo, pues solo así se garantiza la subsistencia de las comunidades indígenas. Por ello es necesario, diría Espinosa Facio-Lince, establecer el carácter multiétnico de la nación, y en virtud de ello el reconocimiento de “la diversidad cultural de la nación colombiana” (Citado por Rojas Birry, 1991, p. 6).

En sesión de la Comisión Primera del día 9 de mayo de 1991, la Constituyente María Mercedes Carranza manifestó que en la Constitución se deben reconocer “la igualdad y dignidad de todas las culturas y el derecho a preservar su identidad cultural”. Señaló, en el mismo sentido, que la palabra cultura no era extensiva a los grupos minoritarios en el texto de la constitución de 1886, por lo que era el momento para corregir dicha omisión. En seguida enfatizó en que “la cultura indígena ha sido sistemáticamente atropellada y destruida, entonces, se impone el reconocimiento del respeto de todas estas culturas que de alguna manera termine el atropello y el exterminio de las expresiones culturales” (1991, p.8). El constituyente Jaime Fajardo en sesión plenaria del cinco de junio de 1991 expresó su conformidad con dicho reconocimiento, pero dentro de unos límites formales: “los límites son la misma Constitución y la ley” (1991, p. 4).

Por esa razón, el reconocimiento de la autodeterminación y la autonomía de los pueblos indígenas permitiría que su cultura y sus prácticas ancestrales permanezcan intactas en su esencia. Esta autonomía otorgaría, según palabras de Antonio Navarro Wolf, un “régimen administrativo similar al de los municipios en que no se oponga a sus tradiciones y costumbres y participaran en las transferencias nacionales y departamentales en iguales condiciones de los municipios” (citado por Rojas Birry, 1991, p. 6). En esa tendencia también se encuentran Antonio Galán Sarmiento y Guillermo Plazas Alcid. El primero propuso que el Estado colombiano garantice “a las comunidades indígenas y a las demás colectividades humanas residentes en el territorio nacional el derecho a su autodeterminación social, política, económica, lingüística, étnica y religiosa”. El segundo insistió en que el Estado debe “reconocer el derecho que tienen las comunidades, la familia y los individuos a determinarse libremente y a escoger sus condiciones y formas de vida, respetando sus creencias, valores étnicos, culturales y morales” (citado por Rojas Birry, 1991, p. 8).

De la misma forma, los constituyentes indígenas manifestaron la inconformidad que sentían respecto al olvido y la marginalización de su religión, la cual había sido satanizada por los colonizadores españoles. La evangelización para las comunidades indígenas trajo consigo explotación, miseria e irrespeto por su cultura, dice Muelas. Además:

Nosotros siempre hemos dicho, del sector indígena hemos sido los respetuosos a la otra parte de la religión en lo católico, en lo evangélico o en cualquier otra secta religiosa, nosotros nunca nos hemos atrevido a irrespetar un templo, una catedral, pero de parte nuestra siempre hemos sido calificados en estos sitios como obra del demonio, como de hechicería o de brujos, pero para el mundo indígena sí son sitios sagrados y que debemos nosotros objetar ya que en este momento se trata especialmente de derechos, nosotros creemos que es un derecho sobrenatural, un derecho nacido de la tierra y de la comunidad (1991, p. 46).

Rojas Birry tampoco perdió la oportunidad para manifestarse en contra del establecimiento de un Estado confesional, del cual, como se sabe, se han derivado experiencias nefastas para las sociedades. El debate que se generó en la Asamblea, en torno al respeto por los sistemas religiosos indígenas, fue necesario debido al desconocimiento generalizado de sus creencias. Entonces, establecer el dominio de una sola religión en Colombia implicaba seguir perpetuando la colonización, y con ello la pérdida de una cultura que se alimenta de un espíritu propio.

Posteriormente, el debate se trasladó al tema de los territorios indígenas. Arturo Mejía Borda manifestó que es necesario crear programas de restitución de tierras a los indígenas, pues estas comunidades “son las únicas titulares originarias del derecho eminente de propiedad sobre el territorio nacional, desarrollará en el término que la ley señale programas de restitución de tierras a dichas comunidades garantizándoles su dominio a perpetuidad” (Mejía, citado por Rojas Birry, 1991, p. 5). Con una argumentación similar intervino Espinosa Facio-Lince, para quien el Estado debe garantizar “el respeto a las formas de propiedad de las minorías indígenas nacionales, tales como resguardos y territorios”. Estos planteamientos son respaldados por Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño, en el sentido de que los territorios tendrían un régimen especial “conforme a sus tradiciones y cultura, dentro de un marco de autonomía y respeto por la identidad”. Así, las “propiedades de las comunidades indígenas serán inalienables e inembargables” (citados por Rojas Birry, 1991, pp. 7-8).

Desde una postura diferente, el constituyente Cornelio Reyes, en sesión plenaria del 16 de julio, manifestó acerca de los territorios indígenas que era basta la normatividad que le había reconocido ese derecho, por lo que no estaba de acuerdo con las afirmaciones de los constituyentes indígenas. El “decreto de Bolívar de 1820, la ley 89 del 90, la ley del 58, la ley 30 del 88, la ley 135 del 61, hacen referencia, dando ventajas o derechos a las comunidades indígenas” (1991, p. 29). Continúa Reyes diciendo: “Yo les he dicho con todo cariño a mis amigos indígenas que ese es un sistema de producción en desuso en el mundo, y una de las razones del atraso tecnológico, del atraso económico, del atraso social de las comunidades indígenas” (1991, p. 30).

Por su parte, Lorenzo Muelas replicó frente a estos argumentos y señaló que resulta necesario aceptar el desarrollo “para todos”, “de igual a igual”, de “convivencia con la Madre Tierra”, y no que “se nos trate de meter en una carrera desenfrenada hacia el modelo occidental”, hacia lo que ahora llaman de “liberalismo” de “apertura” y de “integración” al mercado capitalista (1991, p. 7). La propiedad colectiva, según la visión de Muelas, extrae al ser humano del individualismo y crea al mismo tiempo relaciones de igualdad y armonía con la Madre Tierra. Siguiendo esa idea, Navarro Wolf planteó la posibilidad de declarar las tierras de Resguardos como inembargables e imprescriptibles, aunque “pueden ser objeto de enajenación, pero solo a la propia comunidad y por decisión mayoritaria de ésta, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones”. Propuso en seguida que el Estado debe apoyar y crear estímulos para que las comunidades indígenas “puedan cumplir

con la responsabilidad de proteger los recursos naturales y el medio ambiente” (Citado por Rojas Birry, 1991, p. 6).

El derecho a la objeción cultural que había planteado atrás Muelas tiene conexión directa con los territorios indígenas, pues es ahí donde la actividad del Estado puede ocasionar una injerencia negativa, incluso hasta poner en peligro la vida y la subsistencia de las comunidades. Este derecho de objeción será interpretado por los constituyentes Misael Pastrana y Augusto Ramírez Ocampo como el consentimiento que deben dar los pueblos indígenas para emprender la explotación de los recursos naturales encontrados en sus territorios. Al lograr el consentimiento, las comunidades indígenas, dicen ellos, recibirán por parte del Estado unas “regalías justas y equitativas” (Citado por Rojas Birry, 1991, p. 8).

Sin embargo, la propuesta del Gobierno hace referencia a un escenario de participación, pero sin efectos vinculantes para el Estado. De esa manera, “la adopción de decisiones que pueda afectar directamente a las comunidades indígenas, se convocarán audiencias públicas para que aquellas promuevan sus intereses, salvo cuando se trate de asuntos relacionados con la seguridad pública” (Citado por Rojas Birry, 1991, p. 9). En consecuencia, ese planteamiento se aleja de la posibilidad de hacer objeción cultural, ya que las comunidades indígenas no podrían oponerse a la intervención del Estado cuando consideren que esa actuación conlleva efectos negativos para ellos.

De la mano del tema del territorio, también se hacía imperativo discutir sobre la situación de los indígenas pertenecientes a las zonas fronterizas, en cuanto a su estatus, nacionalidad y ciudadanía. La importancia radicaba en que muchas comunidades indígenas comparten territorios fronterizos, y la idea de comunidad o pueblo que ellos tienen no sigue la lógica occidental de límites y fronteras inflexibles. La historia de Colombia muestra en ese campo que la fijación de límites territoriales generó una inmensa división de comunidades y familias, ejemplo de ello es la división fronteriza con Panamá, que generó la división de la comunidad Emberá.

En la práctica se trata de resolver por vía de derecho indígena el problema generado por la arbitraria demarcación de las fronteras con los países vecinos. Demarcaciones que pretenden mantener divididos e incommunicados a multitud de Pueblos Indios, de familias, de hermanos, por circunstancias en las que nada tienen que ver ni histórica ni humanamente. Además, esta apertura es concurrente con el actual espíritu de los pueblos de romper fronteras y propiciar

un mutuo acercamiento que está más en la vía de lo escrito en nuestro Preámbulo (Muelas, 1991, p. 5).

Por ello, deben los constituyentes, dice Muelas, establecer las condiciones necesarias para que los indígenas de las zonas fronterizas puedan transitar libremente por los territorios que consideran suyos. Estos argumentos son apoyados por el constituyente Rojas Birry, quien hace un llamado al gobierno nacional para adelantar los acuerdos internacionales necesarios con los países fronterizos, con el fin de que los indígenas que se encuentren en estas zonas tengan libre locomoción en ambos territorios. Sobre este punto Leiva advierte la necesidad de “saber de qué pueblo se trata y hasta dónde se extiende del otro lado de la frontera, pues en un momento determinado un país puede prohibir el paso. Además, en cada zona la connotación cultural es distinta” (1991, p. 10). En cambio, el constituyente Esguerra señaló que la concepción de delimitación del territorio no es un factor importante para los indígenas que comparten territorios, ya que prevalece la cultura y la interacción con sus hermanos indígenas, sin “importar la ubicación geográfica” (Esguerra, 1991, p. 65).

Otro tema complejo fue el de la educación étnica. Los indígenas exigían el respeto del derecho a la educación autónoma de sus comunidades, porque era el medio más eficaz para conservar su cultura y promocionar el pensamiento indígena a través del diálogo intercultural. Sobre este tema, en sesión de la Comisión Primera del 11 de abril de 1991, Rojas Birry precisó lo siguiente:

El derecho a la educación bilingüe, el derecho a la salud integral, la medicina tradicional de los indígenas, o sea, como derecho el derecho a una educación bilingüe, el derecho de la utilización de la lengua materna en las escuelas, pero la verdad es que si quedan como principios no hay ningún inconveniente, pero la verdad es que tenemos propuesta donde hablamos de que haya reconocimiento como la lengua materna, como oficial además del español.

Fernando Carrillo consideró que “los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos tienen derecho a que la educación que reciben del Estado o de los particulares respete sus tradiciones o diferencias”, “que proteja e impulse su identidad cultural, su vocación económica”. En el mismo sentido se pronunció Ignacio Molina, para quien las colectividades indígenas “tienen derecho a que la educación que reciben del Estado o de los particulares respete sus tradiciones o diferencias”.

Gustavo Zafra recogió estos argumentos para afirmar que la enseñanza debe responder “a la diversidad regional y las tradiciones de los grupos étnicos minoritarios”. Finalmente, la Subcomisión de Igualdad y Carácter Multiétnico de la Comisión Preparatoria de Derechos Humanos insistió en que el sistema educativo debe promover el conocimiento de la diversidad étnica y la enseñanza “intercultural y bilingüe” (citados por Rojas Birry, 1991, pp. 6-8).

De otra parte, la exoneración de la prestación del servicio militar a los miembros de las comunidades indígenas fue defendida abiertamente, argumentando que previamente a la Asamblea Nacional Constituyente era un derecho adquirido. La propuesta inicial sobre el servicio militar obligatorio rezaba: “Prestar en los términos que rige la ley un servicio militar obligatorio o social. Se establece la objeción de conciencia al servicio militar que la ley reglamentará” (Asamblea Nacional, 1991.). Tal redacción no era clara en torno a los miembros de las colectividades indígenas, lo que hizo necesario establecer de forma expresa dicho privilegio.

Rojas Birry advierte los riesgos a los que se enfrentan las comunidades indígenas cuando se les obliga a prestar el servicio militar a los jóvenes, como es la pérdida de su identidad, amenazando la subsistencia de las mismas comunidades:

La gran mayoría de los reclutas o de los que prestan su servicio militar no son los grandes jóvenes, los hijos de los grandes ricos del país, son la gente pobre que están en el campo, los que traen a las grandes ciudades o los mandan a guerriar, en ese sentido como argumento también más, nuestros jóvenes que van y prestan servicio militar llegan atropellando nuestra gente, llegan hablando vulgaridades e incluso llegan a las comunidades a darles patadas a los otros cuando se toman los dos primeros tragos, es porque ya han ido y saben manejar armas y saben de gimnasia, saben de todo, entonces llegan a las comunidades a imponer e incluso a desautorizar a nuestros caciques, a nuestras mamas, a nuestros curacas (1991, p. 48).

La Constitución de 1991 también consagró un espacio de participación política para pueblos indígenas, los cuales serían representados por integrantes de su misma raza, y cuya labor principal sería la defensa del estatus especial logrado en la constituyente. Por tanto, los derechos alcanzados no podían limitarse a la expedición y promulgación de la carta política, sino que tenían que trascender a un espacio que garantizara la participación política de las comunidades indígenas constantemente.

Nieto Roa en esa perspectiva propone “darles a ellos un tratamiento especial de dos miembros del Senado” (1991). Gustavo Zafra considera que en la circunscripción electoral de carácter nacional especial tanto la población indígena como la negra “tendrán derecho a elegir cada una, cuatro miembros del órgano legislativo, sin perjuicio de que los miembros de tales minorías puedan postularse y ser elegidos en las listas de los partidos o movimientos políticos”. Complementando la propuesta de Nieto y Zafra, Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño proponen al tiempo que las comunidades étnicas elegirán cinco representantes a la Cámara en circunscripciones especiales con arreglo a la ley (Citado por Rojas Birry, 1991, pp. 7-8).

Al final, el reconocimiento de los indígenas abrió espacios de participación política y de inclusión, además de implementar una circunscripción especial nacional indígena para el Senado (dos senadores) y una circunscripción especial nacional para Cámara de Representantes (dos representantes afrodescendientes y uno indígena).

1.3.3.1. Sobre las interpretaciones del discurso indígena. El discurso indígena en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, según Libardo Ariza, “es pronunciado por un sujeto que se reconoce en él y que funda su identidad, precisamente en un conjunto de enunciados, relatos históricos y estilos de vida que dan forma al modo de ser y a la existencia del indígena como sujeto” (2008, p. 633). Desde esta visión, el sujeto indígena elaboró y compartió un discurso que es propio de un pasado oscuro y violento.

Así, a través de la palabra, los representantes indígenas ratificaron en la Asamblea lo que una historia no oficial ya había dicho, afirmando que la violencia ha sido una constante hasta nuestros días. Esta fue la oportunidad para contar una historia desde el sujeto que la padeció, y para insistir en que esas vivencias otorgan la suficiente autoridad para reclamar horizontalmente unos derechos, especialmente a ser diferentes. En suma, los indígenas constituyentes son “los mismos indígenas que fueron sometidos al tormento de la Conquista, a la explotación de la encomienda y a la segregación de los resguardos. Se representan como tales, como los mismos” (Ariza, 2008, p. 635).

Según Oscar López, el análisis discursivo de Ariza es ambiguo, ya que en principio impugna el colonialismo y posteriormente lo reproduce en su análisis. Él ignora que ellos, los constituyentes y los demás indígenas, no son producto del discurso histórico, “lo son desde el aspecto concreto y

material de su existencia” (López, 2016, p. 250). En otras palabras, los indígenas no son sujetos del mero discurso histórico ni de la colonización retórica, pues actualmente son sujetos de realidades y prácticas concretas. En consecuencia, el ser del indígena también es cuestión del ahora.

López argumenta que Ariza utilizó un concepto occidental (guambiano) en el análisis del discurso de Muelas, lo que constituye un error de definición. Según López, el pueblo Misajk no se reconoce en esos términos (guambiano), pues tienen una connotación colonial. Sin embargo, la crítica más fuerte de López está dirigida a la distinción entre “diferencia natural” y “diferencia esencial” que hace Ariza del discurso de Muelas. Al respecto, López dice que finalmente Ariza está haciendo una distinción entre naturaleza y cultura, aceptada por el pensamiento occidental, pero no del todo por el pensamiento indígena. “Para Muelas quizás no existe diferencia entre naturaleza y cultura; por ende, para él, hablar de una diferencia natural implica necesariamente una de tipo cultural, aspecto al que el pensamiento cartesiano dominante en el trabajo de Ariza permanece ciego” (2016, p. 253).

Finalmente, López reitera que las exigencias, que son el contenido del discurso de Rojas Birry y Muelas, no están encaminadas simplemente a una indemnización (a la que también tiene derecho, por supuesto) o al aseguramiento de unas condiciones que le permitan al pueblo indígena “crecer, reproducirse y aumentar”, como lo dice Ariza, sino al reconocimiento de una concepción del “tiempo plural”, “no fragmentada”, en la que se perpetúan las prácticas de sometimiento y violencia, que al mismo tiempo constituyen una subjetividad constante.

Lo anterior es un ejemplo de cómo las interpretaciones que se hacen de los discursos pueden dar lugar a la ambigüedad y a las confrontaciones teóricas, lo que no es malo *per se*. Sin embargo, explicar la influencia de tal o cual fundamentación en el debate sobre derechos indígenas puede ser algo complejo, sobre todo si se pretende hacer desde el pensamiento occidental.

CAPÍTULO II

2. LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL MARCO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

El día en que se diga que los derechos fundamentales no puedan contra todo el Estado; o una parte de él (la rama judicial) ese día se marchitarán y desaparecerán los derechos fundamentales, y por ese mismo camino desaparecerá el Estado Social de Derecho” (CC. SC-034, 2006).

Introducción al capítulo

El propósito de este capítulo es examinar los derechos indígenas en el neoconstitucionalismo colombiano. Este propósito se formula partiendo de la siguiente pregunta: ¿de qué modo el neoconstitucionalismo colombiano aborda los derechos indígenas? Una respuesta puede formularse en el sentido de afirmar que el neoconstitucionalismo integró elementos teóricos, axiológicos y metodologías para la optimización de estos derechos.

Para confirmar dicha hipótesis, en primer lugar se realizará una aproximación a los conceptos de supremacía constitucional, Estado Constitucional de Derecho y constitucionalización del derecho. En particular se hará referencia al proceso de constitucionalización de las realidades indígenas, el cual ha sido un proceso lento, pero que ha representado un avance significativo. Asimismo, se mostrará que incluso antes de la Constitución de 1991 ciertos instrumentos internacionales ya habían reconocido los derechos étnicos, con los cuales posteriormente van a conformar, en compañía de otras normas, el bloque de constitucionalidad. Este bloque, tanto sustantivo como procedimental, facilitará la constitucionalización de los derechos indígenas.

Finalmente, se pretende explicitar la fundamentación epistemológica del neoconstitucionalismo en relación con la diversidad cultural, desarrollando tres grandes enfoques que sirvieron para fundamentar el reconocimiento, garantía y eficacia de los derechos indígenas: la multiculturalidad, la interculturalidad y la interseccionalidad. Con estas perspectivas se espera lograr una comprensión de su contenido, de sus características y de su alcance en el reconocimiento. Además, se confirmará que estos enfoques tienen una finalidad común (justicia), por lo que no son excluyentes entre sí (se necesitan mutuamente y se complementan).

2.1. Algunos conceptos fundamentales

En esta sección del capítulo se pretende analizar los conceptos de neoconstitucionalismo, Estado constitucional de derecho, constitucionalización del derecho y bloque de constitucionalidad, con el fin de precisar su contenido y su alcance en relación con el principio de diversidad étnica y cultural, particularmente con los derechos indígenas en Colombia.

2.1.1. La recepción del neoconstitucionalismo en Colombia

García señala que la genealogía de ese nuevo derecho se encuentra, como se planteó inicialmente, en los actos preparatorios de la Asamblea Nacional Constituyente, específicamente, la ubica en el marco de la Sentencia del 09 de octubre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 del mismo año.

Respecto a la genealogía del nuevo derecho hay que precisar que, contrario a lo que pudiera pensarse, la sentencia de una alta Corte que se podría concebir como inspirada en el mismo es anterior a la Constitución del 91, y por lo tanto anterior a la Corte Constitucional. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (de 9 de octubre de 1990) que declaró constitucional el Decreto mediante el cual se convocó a elecciones para elegir una Asamblea Constitucional, cuya competencia no estaría limitada por reglas jurídicas, sino por un acuerdo político suscrito entre el presidente electo y ciertos dirigentes políticos (García, 2008, p. 295).

A partir de ahí, el nuevo derecho, derivado de la nueva Constitución, tendrá el reto de enfrentar las tensiones y desafíos que el constitucionalismo clásico colombiano no pudo resolver. Así, el neoconstitucionalismo es definido como el conjunto de cambios y transformaciones producidas en

el derecho a partir de los años 90, específicamente con los actos preparatorios de la Asamblea Nacional Constituyente que terminaron en la Constitución de 1991. En este constitucionalismo (social, en palabras de Pablo Manili, popular, en términos de Chemerinsky y Parker, cultural según Peter Haberle) la guarda de la integridad, supremacía y vigencia constitucional, así como la efectividad de los derechos, ya no son responsabilidad plena del poder legislativo, como se predicaba en el constitucionalismo clásico, sino que son responsabilidad, aunque no exclusiva, de los jueces constitucionales.

2.1.2. El Estado Constitucional de Derecho y los derechos indígenas

El Estado constitucional de derecho ha cambiado la noción y la percepción del derecho y del Estado, porque orientó su transformación en distintas direcciones y ámbitos que terminaron por moldear su estructura y su contenido, así como sus funciones y finalidades. Lo que importa en este nuevo Estado ya no corresponde a categorías formales ni a constructos generales, sino a constructos concretos en función de la justicia material y la dignidad humana.

Ese derecho dúctil, como lo señala Alberto Alcalá, incorporó nuevos elementos que le permitieron diferenciarse y superar al viejo Estado legislativo. El modelo de Estado de Derecho “fue sustituido por el actual Estado Constitucional de Derecho (constitucionalismo), que es el moderno Estado de Derecho con el que actualmente operamos las Democracias modernas” (2011, pp. 75-77). En este nuevo Estado se produce una alteración profunda de las estructuras del Estado, tanto así que incorpora un nuevo elemento que complementa a los elementos clásicos que lo definían. Es en realidad un cuarto elemento, para utilizar el término de Ferreyra: “tratándose de la arquitectura del poder y el deslinde entre autoridad y ciudadanía, con semejante sustantividad, la Constitución se incorpora como cuarto y nuevo elemento al sistema” (2015, p. 409).

Pero ¿qué debe entenderse por Estado Constitucional de Derecho en el derecho contemporáneo? Antes de responder esta pregunta, es necesario identificar los componentes de esta fórmula constitucional. Nótese que el Estado constitucional de derecho se conforma de tres elementos fundamentales: El Estado, la Constitución y el derecho. Estos elementos se encuentran en una relación indispensable, de tal modo que el Estado y el derecho están vinculados por la

Constitución. Visto de esa forma, el Estado constitucional de derecho no es simple retórica que encanta el pensamiento constitucional, sino una fórmula cuya finalidad fundamental es la vigencia constitucional y la vigencia de los derechos humanos y fundamentales.

Los rasgos o características de este nuevo Estado, partiendo de la visión de Prieto Sanchís, pueden resumirse en: i) la vigencia del principio de supremacía constitucional, ii) la fuerza normativa de la Constitución, iii) la rematerialización de su contenido, iv) la vigilancia jurisdiccional de la Constitución y v) la rigidez constitucional (Prieto-Sanchís, 2003, pp. 25-32). Estas características relacionan al Estado y a la Constitución armónicamente, hasta el punto de ubicar en esa relación a la Constitución como la norma esencial y como el instrumento necesario para la organización del Estado. Siguiendo esa línea argumentativa, Zagrebelsky en su obra “El Derecho Dúctil” identifica otros rasgos que son propios del Estado constitucional y que lo distinguen de la idea del Estado de derecho decimonónico. Estos rasgos tienen que ver con los cambios en la relación estado - ciudadanos, la especificidad de las normas, la pluralidad normativa y la función integradora y unificadora de la Constitución (1995, pp. 34-41).

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia SU-747 de 1998 estableció que la “norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. Ello permite la formulación del concepto de Estado constitucional de derecho” (CC. SU-747, 1998). Para el Alto tribunal, el Estado Constitucional es una de las variantes (cualitativa) del Estado Social de Derecho, que ilustra el contenido dogmático representado en valores, principios y derechos fundamentales, así como en procesos participativos y de organización política establecidos en la Constitución. En esos términos define al nuevo Estado constitucional democrático como:

(...) la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política (CC. ST-406, 1992).

Los derechos fundamentales y en general los derechos humanos son un límite que impone una obligación de respeto a las autoridades del Estado, y al mismo tiempo imponen la obligación de garantizarlos, pues solo así la función del Estado estará en armonía con la exigencia de la Constitución. Ello permite afirmar que el “día en que se diga que los derechos fundamentales no puedan contra todo el Estado; o una parte de él (la rama judicial) ese día se marchitarán y desaparecerán los derechos fundamentales, y por ese mismo camino desaparecerá el Estado Social de Derecho” (CC. SC-034, 2006).

Recientemente, en el contexto del control de constitucionalidad que realiza frente a las normas sobre el Acuerdo de Paz, la Corte señaló que la finalidad del Estado Constitucional es la “consecución de la paz y la convivencia a través del orden jurídico y la protección de los derechos fundamentales de las ciudadanas y ciudadanos” (CC. SC-027, 2018). Y más adelante añadió que el principio de igualdad, así como los demás derechos fundamentales, hacen parte del núcleo estructural del Estado constitucional.

Los efectos del Estado constitucional se expandieron igualmente a los derechos indígenas, bajo la idea de que el Estado también está comprometido con el pluralismo y la diversidad. Lo más importante es que se reconocen principios y derechos diferenciados. Las disposiciones constitucionales que hacen referencia a valores, principios y derechos de valor étnico son múltiples, sin excluir otras que deben observarse por estar dirigidas a todos los nacionales como sujetos individuales de derecho. Igualmente, deben tenerse en cuenta los derechos de valor étnico establecidos en la jurisprudencia constitucional y convencional.

En última instancia, el Estado, a través de los jueces, termina siendo el ejecutor de la garantía de tales derechos. Así lo afirma Rocío Villanueva en el artículo publicado en la Revista Derecho del Estado (34), titulado “La interpretación intercultural en el Estado constitucional”:

Aunque esa interpretación no tiene por qué darse solo en el ámbito judicial, no se puede negar la enorme importancia que tienen los jueces en el Estado constitucional y el hecho de que los debates en torno a la identidad cultural y al pluralismo jurídico no han sido ajenos a las altas cortes de justicia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia demuestra que uno de los problemas que se plantea a raíz del reconocimiento constitucional del derecho a la

identidad cultural y de la jurisdicción indígena es el de cómo interpretar el alcance de los derechos fundamentales de los integrantes de las comunidades indígenas (2015, p. 291).

De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido en distintas oportunidades que los jueces tienen la función de reconocer y proteger las colectividades indígenas, preservando y desarrollando la identidad cultural. Esta responsabilidad los ha llevado a transitar por las teorías de la justicia, como la multiculturalidad, la interculturalidad y la interseccionalidad. Del mismo modo han adoptado, desarrollado y aplicado cánones de interpretación, argumentación y decisión judicial. Con ese sustento, han establecido el alcance de los valores, principios y derechos diferenciados.

2.1.3. La constitucionalización de los derechos indígenas

El Estado Constitucional de derecho se construye y desarrolla de la mano de otro proceso constitucional denominado constitucionalización del derecho, mediante el cual la Constitución irradia todo su poder en todo el ordenamiento jurídico. El principio de primacía constitucional es el primer supuesto para que se realice la constitucionalización del derecho, pasando de una etapa de legalización a una de constitucionalización del derecho, en la que la materia, las fuentes, los procedimientos y en general la interpretación y aplicación del derecho se organizan armónicamente para controlar todo el ordenamiento (Quinche, 2012).

La constitucionalización es un proceso, por lo que no se puede afirmar que un ordenamiento jurídico está completamente constitucionalizado. Se habla entonces de niveles de constitucionalización, ya que puede darse en distintos grados, intensidades y matices (Guastini, 2003). Es necesario advertir, además, que como proceso puede tener dificultades, muchas veces relacionadas con el desconocimiento de su naturaleza y alcance. Ejemplo de esa dificultad la encontramos en el proceso de constitucionalización al interior del derecho: el derecho privado ha sido, entre todas las disciplinas del derecho, la que más se ha resistido frente a la constitucionalización (Calderón-Villegas, 2011). En consecuencia, la constitucionalización es un proceso que está por definirse y construirse; es “un deber ser”, es algo deseable.

En los Estados latinoamericanos la constitucionalización se ha producido a través de la intervención de los jueces o por la intervención del legislativo, dependiendo del modelo constitucional. Mauricio García Villegas señala que existen dos modelos alternativos (diferentes del constitucionalismo preservador y del constitucionalismo ideal) que muestran el actor que en cada caso dinamiza el proceso de constitucionalización. Dice textualmente:

Al primero de estos modelos intermedios lo denominaré Aspiracional-judicial y al segundo Aspiracional político. Ambos difieren no tanto en el contenido de sus textos como en la manera o en los mecanismos a través de los cuales tratan de llevar a la práctica los postulados constitucionales. El primero se vale de los jueces y en particular de los tribunales constitucionales, para cumplir con sus cometidos. El segundo se vale sobre todo de la ley y de las mayorías políticas para lograrlo. Me parece que el caso colombiano representa bien esta primera variante mientras que el caso venezolano representa la segunda. Razones de tipo sociopolítico en ambos países explican esta elección (2012, p. 99).

Sin embargo, estas no son las únicas autoridades que llevan a cabo la tarea de promover la constitucionalización, existen otras como las autoridades del poder ejecutivo que también desempeñan esa labor al momento de adoptar sus decisiones. Los actos de la administración deben sujetarse a los postulados fundamentales de la Constitución, solo así quien tiene la facultad de ejecutar la ley puede garantizar al mismo tiempo los derechos de los administrados. Este ejercicio, como se puede apreciar, también contribuye a la constitucionalización del derecho.

Respecto del tema indígena, el proceso de constitucionalización se ha producido a través de distintas vías, pero no hay duda de que la más efectiva ha sido la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional ha proferido varias decisiones que dan cuenta de la constitucionalización de las realidades indígenas, muestra de ello son las sentencias C-139 de 1996 y T-634 de 1999 de la Corte Constitucional. En la primera, precisó que no “es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional”, ya que la “Constitución tiene efectos normativos directos”. Además, señaló que los límites al ejercicio de la autonomía y autogobierno solo pueden derivarse de la misma Constitución, o en su defecto del legislador, siempre y cuando este actúe conforme ella.

En estos términos se expresó la Corte:

La potestad otorgada al Gobierno y a las autoridades eclesiásticas para intervenir en el gobierno de los pueblos indígenas contraría el artículo 330 de la Constitución Política, que prescribe: “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...”. En este precepto se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado sólo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a aquéllas. Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizadas por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno indígena (CC. SC-139, 1996).

Otro ejemplo de constitucionalización de las realidades indígenas es la que se relaciona directamente con los territorios indígenas, en el entendido de que estos no son, como lo predica el pensamiento occidental, simples “tierras” objeto de derecho (CC. ST-634,1999), sino el campo donde se desarrolla la cultura y su ser colectivo. En ese mismo sentido se pronuncia Ariza, para quien el territorio es un espacio no exclusivamente físico, donde las colectividades indígenas desarrollan y satisfacen sus necesidades materiales, culturales y espirituales: “el territorio es la base material (y espiritual) sobre la que se fundamenta la vida social” (2019, p. 220). En efecto, para las colectividades 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” (CrIDH, 2001)²⁴.

El máximo órgano de la jurisdicción ordinaria también se ha referido al proceso de constitucionalización, especialmente en relación con la jurisdicción indígena. En uno de sus pronunciamientos estableció que “el postulado de efectividad de las normas sustanciales u objetivas demandan de las instituciones públicas el desarrollo, en el ámbito de sus competencias, de todas las gestiones tendientes a que la jurisdicción especial indígena sea una realidad” (CSJ. SP14851, 2015). Sin embargo, lograr ese objetivo no depende exclusivamente del grado o nivel

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Sentencia T-376 de 2012. En la misma línea la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Sentencias T-496 de 1996, C-418/02, C-127/02, SU-383/03, T-955/03, C-554/07, T-693/11, C-395/12, C-068/13, C-371/14, C-644 de 2017, T-713/17, T-001/19, entre otras.

de constitucionalización de la administración pública, sino también del grado de constitucionalización de las realidades indígenas.

Como estos ejemplos, otros confirman el proceso de constitucionalización en el ámbito de los derechos de las colectividades indígenas en Colombia. El poder judicial, sobre todo, ha comprendido la necesidad de protección constitucional de esas colectividades, por la razón de su importancia en el Estado constitucional y en la construcción de una nación intercultural.

2.2. El reconocimiento constitucional y convencional de los derechos indígenas

Los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas iniciaron procesos de lucha y organización motivados por la necesidad de reconocimiento. Con el reconocimiento de los derechos propios en instrumentos internacionales y en las constituciones años de olvido y ocultamiento llegaron parcialmente a su fin. A continuación se describirá dicho reconocimiento en los diferentes instrumentos jurídicos.

2.2.1. El reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional

En palabras de James Anaya, el derecho internacional se interesa en las colectividades indígenas “como parte de una sensibilidad más amplia hacia aquellos segmentos de la humanidad que han experimentado una historia de colonización y que continúan sufriendo el legado de esta historia” (2005, pp. 84-85). Estos instrumentos contienen cláusulas que fundamentan la protección de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, de tal forma que son referentes indispensables para la producción e interpretación normativa de los Estados.

Uno de los primeros estándares que contenía disposiciones relativas a las colectividades indígenas fue el Convenio 107 de 1957, un instrumento diseñado con la finalidad de proteger a los pueblos étnicos, pero que por su misma naturaleza (proteccionista e integracionista) no tuvo la legitimidad ni la eficacia suficiente para asegurar su vigencia. Por esa razón, la Comisión de

Expertos lo catalogó como un instrumento obsoleto en el cometido de proteger los derechos indígenas.

Al respecto, Rodríguez-Piñero precisa que el Convenio 107 tiene una marcada tendencia positivista, unilineal y unilateral:

La sensibilidad antropológica de las normas de 1957 es solo proporcional con la convicción de inviabilidad de las sociedades indígenas ante el empuje de las fuerzas del desarrollo y la modernización, cuando no del callado desdén por el valor de sus culturas. Las asunciones civilizatorias características del paradigma positivista se reflejan en el Convenio 107 con un vocabulario ahora pretendidamente científico. La noción misma de integración -como la de desarrollo- no hace sino evocar una evolución unilineal y unidireccional (...). Mientras tanto, los pueblos indígenas son presentados como pueblos “atrasados”, cuyas culturas deben cambiar necesariamente para alcanzar el “desarrollo” (2004, p. 69).

Teniendo en cuenta esa situación, la Conferencia Internacional de Trabajo “en colaboración con representantes de Naciones Unidas, como la OMS, la UNESCO, la FAO y el Banco Mundial, inició una revisión de la Convención 107” (Kloosterman, 1997, p. 11). El diagnóstico reveló las falencias y dificultades que presentaba, por lo que se abrió paso la adopción del Convenio 169 de 1989. A pesar de que no hubo una participación directa de los pueblos indígenas en la estructuración del Convenio, posteriormente se aseguró en la revisión llevada a cabo entre 1987 y 1989.

De manera general, el Convenio 169 de la OIT agrupa un contenido que atiende a la vieja clasificación generacional de los derechos humanos. En ese plano, hacen parte de las normas convencionales los derechos civiles y políticos; los derechos sociales, económicos y culturales (DESC); los derechos colectivos y los fundamentales. Todos ellos son reconocidos en función de la persona humana. Sin embargo, recientemente han aparecido otros derechos que se reconocen a

otros seres sintientes, inclusive a los no vivos²⁵, cuyo reconocimiento se ha dado, sobre todo, con ayuda del intérprete autorizado²⁶ de la Convención y de las autoridades de los Estados Partes.

Para la profesora Esther Sánchez (2010), el Convenio se destaca por haber consagrado los siguientes puntos: “a) el reconocimiento de los indígenas ante la normatividad internacional; b) el reconocimiento de los pueblos indígenas como miembros de una comunidad nacional; c) el paso de destinatarios de políticas que los afectan; d) la estrecha relación indígenas- medio ambiente y e) la tierra y el territorio de los pueblos indígenas” (pp. 38-39). Así, las colectividades indígenas pasaron, con el apoyo del Convenio, del ocultamiento a la visibilidad internacional. A partir de ese momento son considerados verdaderos sujetos de derechos, por lo menos desde la formalidad.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁷. A partir de ese momento, este instrumento internacional fue legitimado por las colectividades al punto de acogerlo como un insumo para la elaboración de normas, políticas y proyectos. Sirve, además, como un instrumento simbólico con carácter internacional y local para el fortalecimiento de la identidad y las formas de vida propias.

En la Declaración, que es el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales, figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos. Aunque no se aplica de forma uniforme o coherente, la Declaración orienta normalmente a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos, en concreto en el establecimiento de medios para atender mejor las reclamaciones que presentan (Naciones Unidas, 2013, sp.).

La Declaración, desde su misma fundamentación, reconoce que los pueblos indígenas son dignos de un reconocimiento igualitario, libre de toda forma de discriminación, pero al mismo

²⁵ Como ejemplo de esta nueva era de los derechos, la Corte Constitucional Colombiana ordenó la conservación y protección del Río Atrato en Sentencia T-622 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶ En primera instancia el intérprete último de la Convención es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), Tribunal cuyas decisiones, por la dinámica misma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), son un factor vinculante para los jueces de los Estados que se han sometido voluntariamente a esta jurisdicción. En segunda instancia, y por ello no menos importante, la aplicación de la Convención es trabajo de las autoridades de los Estados Partes.

²⁷ Su aprobación se realizó con 144 votos a favor, 11 se abstuvieron y 4 votaron en contra de la Declaración.

tiempo es respetuosa de su diferencia. Establece que los “indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos” (art. 1).

Estos instrumentos ingresan al orden constitucional por autorización de la propia Constitución, así adquieren una supralegalidad suficiente tanto en el terreno sustantivo como en el procedimental. Como valor sustantivo, estos derechos reconocen unos mínimos que se supone son aceptados por su naturaleza axiológica. Como valor procedimental, estos derechos son parámetros de interpretación, es decir, son un nuevo canon hermenéutico que permite realizar tanto el juicio de constitucionalidad como el de convencionalidad.

2.2.2. El reconocimiento de los derechos étnicos en la Constitución

En primer lugar hay señalar que algunas constituciones de América Latina, sobre todo en los estados suramericanos, fueron diseñadas y aprobadas con la participación democrática de personas que anteriormente no habían tenido la oportunidad de participar en esos procesos, a saber, las mujeres, las comunidades étnicas y otros sectores históricamente marginados. Estas condiciones pueden explicar de alguna forma el contenido del catálogo constitucional. De esa misma forma lo plantea el profesor Guillermo Padilla, cuando afirma que:

Las Asambleas Constituyentes que en América Latina han generado este nuevo tipo de constitucionalismo se caracterizan, entre otras razones, por estar conformadas por mujeres y hombres de diversa extracción social, étnica y cultural, lo que fue particularmente notorio en Colombia (1991), Bolivia (2009), Ecuador (2008) y Venezuela (1999), países en los que fue importante la participación de maestras, obreros, académicos, campesinos, exguerrilleros y representantes de las llamadas comunidades étnicas y, donde se hizo énfasis en la incorporación de derechos específicos a las minorías, lo que constituye un cambio importante respecto de quienes en el pasado monopolizaron la creación de constituciones, generalmente hombres, abogados y políticos (Padilla, 2016, sp).

La incidencia del neoconstitucionalismo no se quedó solamente en promover una mayor legitimación en los procesos constituyentes, en la forma que lo describe Padilla, sino que se arriesgó por una apuesta hacia el multiculturalismo. Países como Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y Perú tuvieron un importante avance en materia de reconocimiento de derechos indígenas. Estas experiencias muestran un tránsito hacia nuevas reconfiguraciones en los diseños institucionales, en la democracia y en los derechos humanos.

En algunas constituciones latinoamericanas, los estándares jurídicos internacionales fueron adoptados de forma literal y también a través de cláusulas remisorias. En las dos formas, la integración de una normatividad vieja pero novedosa en las constituciones produjo la conformación de un catálogo amplio y complejo de normas. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos no fue auspiciado por la voluntad de los Estados, sino por la lucha constante de los indígenas. La profesora Alcida Ramos comparte esta idea, pues para ella las reformas constitucionales no reconocieron de forma auténtica los derechos indígenas, sino que lo hicieron desde una lamentable condescendencia.

Nuevas constituciones traen vientos de esperanza que, no es raro, acaban por generar más frustración que júbilo. Sabemos que los beneficios que los indígenas obtuvieron en las nuevas constituciones nacionales no fueron concesiones desinteresadas de sus respectivos Estados nacionales, sino el resultado de largos años de organización y lucha por el reconocimiento de la legitimidad de la presencia indígena en los territorios nacionales, y de sus derechos humanos y colectivos. Esa lucha sobrepasó los límites de las naciones y alcanzó foros supranacionales, como la ONU, que acogieron las reivindicaciones indígenas y se convirtieron en fuentes aliados en la búsqueda por la justicia étnica en cada país. No obstante, las concesiones que los países suramericanos hicieron a los pueblos indígenas en sus constituciones, en su mayoría, sino en la totalidad de los casos, se revela más como una lamentable condescendencia para con el dominado, que como un auténtico reconocimiento de las diferencias (Ramos, 2014, p. 11).

La primera Constitución que reconoce derechos étnicos fue la de Guatemala, afirma Clavero (2008). Posteriormente, la Constitución Política de Colombia reconoce los derechos indígenas en

varias disposiciones²⁸. El principio fundamental de todas ellas es la diversidad étnica y cultural, consagrada en el artículo 7. La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia T-380 de 1993, señaló que la diversidad cultural “supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental” (CC. ST-380, 1993).

Finalmente, la diversidad cultural en la Constitución de 1991 “se concretó en derechos particulares y específicos para los pueblos indígenas: a la tierra, la educación, la salud, la cultura, la jurisdicción en su territorio, la lengua, pero, sobre todo, adoptó la forma de derechos colectivos para sujetos colectivos” (Jimeno, 2014, p. 63). También se reconoció la identidad cultural, la autodeterminación y autonomía, territorio, recursos naturales, el derecho propio o consuetudinario, la consulta previa y participación. Empero, el reconocimiento así establecido contrasta abiertamente con la eficacia de los derechos.

²⁸ Ejemplos de este reconocimiento constitucional son el artículo 7, que dispone que el “Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; el artículo 8 establece que es “obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”. El artículo 9 señala que las “relaciones exteriores del Estado se fundamentan (...) en el respeto a la autodeterminación de los pueblos (...). El artículo 10 reconoce las lenguas y dialectos de los grupos étnicos como oficiales en sus territorios. Según señala el artículo 63, “la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe” y “las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una “formación que respete y desarrolle su identidad cultural” según el artículo 68. Y el artículo 70 reza que la “cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad.

Asimismo, el Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”. Esto se evidencia en el artículo 72, que determina que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado”, así como la “riqueza arqueológica”. En cuanto a los indígenas que habitan en las fronteras, el artículo 96 señala que “los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad”, pueden ser colombianos por adopción. Con relación a la justicia, el artículo 246 indica que 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 leyes de la República”.

En cuanto al territorio, el artículo 286 reconoce como entidad territorial a los territorios indígenas y el artículo 329 hace referencia a la “conformación de las entidades territoriales indígenas (...) con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial”. Además, establece que los resguardos “son de propiedad colectiva y no enajenable”. Finalmente, el artículo 330 fija que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”, y en el marco de esa competencia ejercerán unas funciones especiales”.

2.2.3. El bloque de constitucionalidad en perspectiva de los derechos indígenas

Al bloque de constitucionalidad ingresan prescripciones internacionales relativas a las colectividades indígenas, instrumentos que, como se verá más adelante, han servido para fortalecer la garantía de los derechos étnicos en la región. Entre estos instrumentos internacionales se encuentra el Convenio 169 de la OIT, el cual se consolidará como un presupuesto jurídico del principio de diversidad étnica y como el fundamento axiológico de los derechos indígenas.

Christian Courtis afirma que los estados tienen distintas estrategias de incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos al derecho interno. El autor explica este proceso de integración normativa en los siguientes términos:

En algunos países, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y al Convenio 169 se les ha asignado una categoría similar a la de la constitución. Entre estos países se destacan Bolivia y Colombia, que han operado esta asimilación del Convenio 169 a la Constitución por vía del empleo de la noción de “bloque de constitucionalidad”. De acuerdo con esta noción, la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno obliga al intérprete constitucional a leer conjuntamente los derechos fundamentales incluidos en la constitución y los derechos humanos incluidos en tratados internacionales. Ambos grupos de derechos deben complementarse y sostenerse mutuamente, formando una unidad en la que prima –en caso de diferencias entre una fuente y otra– la interpretación pro homine, es decir, aquella que reconoce mayor extensión a los derechos (2009, p. 58).

La Corte Constitucional colombiana ya se había pronunciado en una variada jurisprudencia²⁹ sobre el lugar y el alcance del Convenio 169 de la OIT en el bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, sobre el derecho fundamental de participación de los pueblos étnicos, en Sentencia SU-039 de 1997 la Corte Constitucional señaló que “está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991, Convenio que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano” (CC. SU-039, 1997).

El referente más temprano sobre esta materia es la Sentencia T-428 de 1992, en la cual la Corte Constitucional resaltó el cambio de percepción de los derechos indígenas, promovida por los

²⁹ Ver al respecto Sentencia SU-039 de 1997; T-634 de 1999; C-418 de 2002; C-891 de 2002, C-030 de 2008; C-175 de 2009; C-366 de 2011; T-693 de 2011; T-129 de 2011; C-389 de 2016.

instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta sentencia, hito en esta materia, es una evidencia de la adopción de una nueva tendencia en materia de derechos étnicos.

Se suman a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Convenio 169 de la OIT otras normas, como las siguientes:

(...) el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de las controversias y además marco de acción para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos indígenas, como un principio de derecho internacional público. Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General N° 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa (CC. SU-123, 2018).

Este conjunto normativo se integra al ordenamiento jurídico colombiano con rango constitucional, configurando un bloque sustantivo y procedimental, que servirá de fundamento para el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, todo ello en función de la garantía y eficacia de los derechos étnicos.

El segundo tipo de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en perspectiva indígena son los derechos innominados, derechos que tienen su fundamento en el artículo 94 de la Constitución, según el cual la “enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (C.P, 1991). Entre estos derechos encontramos el derecho a la subsistencia; derecho a la cultura y tradiciones; derecho a su historia, espiritualidad y cosmovisión; derecho a su identidad colectiva, entre otros. Por tener esa naturaleza, estos derechos son identificados y reconocidos por el legislador y especialmente por los jueces constitucionales, siendo la jurisprudencia la fuente de mayor importancia.

Igualmente, hacen parte del bloque los significados de las normas constitucionales, cuya evidencia son las reglas jurisprudenciales (precedentes), las cuales tienen efecto directo y vinculante para todos los jueces, autoridades y sociedad en general. Lo mismo se puede predicar de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a Colombia. Estos pronunciamientos han tenido eco en el trabajo legislativo, sobre todo en las leyes estatutarias y orgánicas.

2.3. La fundamentación epistemológica en relación con la diversidad cultural

En este apartado se pretende mostrar cómo el constitucionalismo, en el ámbito de la cuestión indígena, adoptó paulatinamente una fundamentación epistemológica desde la teoría de la justicia, representada en la multiculturalidad, la interculturalidad y la interseccionalidad. Esta fundamentación irradió tanto la producción normativa como su interpretación y aplicación por parte de las autoridades.

2.3.1. La multiculturalidad y la diversidad cultural indígena

2.3.1.1. Premisas y presupuestos de la multiculturalidad. Según Lemaitre, “los modelos legales utilizados en Colombia para enfrentar la cuestión indígena han sido básicamente tres: el modelo católico, el indigenista, y el tercero y vigente a partir de la Constitución de 1991, el multicultural” (2009, pp. 291, 292). Sin que sea un hecho indiscutible, o un modelo infalible, es necesario resaltar que el modelo constitucional propuesto desde 1991 creó un escenario de discusión sobre la problemática ancestral de exclusión física, ideológica, cultural, sociopolítica y jurídica.

El multiculturalismo como teoría trata de explicar las sociedades multiculturales; es decir, sociedades cuya característica es la diversidad étnica y cultural. Aunque es una epistemología foránea, nacida en los trabajos de Kymlicka y Taylor, especialmente, fue trasplantada con éxito en el ordenamiento jurídico colombiano y desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. El interés de esta corriente es explicar la importancia del reconocimiento, de la

identidad cultural, del principio de diferencia, del pluralismo y de los derechos diferenciados en función de grupo, entre otros.

Según la Corte Constitucional de Colombia, el multiculturalismo es un pilar de la nacionalidad y está fundado en las siguientes premisas:

(i) que en Colombia existen diversidad de culturas e identidades étnicas, (ii) que todas son merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) que todas son constitutivas de la identidad general del país y (iv) que todas son titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo” (CC. SC-208, 2007).

Asimismo, la multiculturalidad ha sido un elemento fundamental en la construcción y consolidación del Estado Social de Derecho, específicamente porque la nación está conformada por diversas culturas e identidades que merecen un trato digno y respetuoso de su ser. Con esa finalidad, el derecho debe promover la inclusión de perspectivas diferentes, las cuales nutren, al igual que el pensamiento occidental, la idea de nación. “Con base en el reconocimiento del pluralismo jurídico legal, y con un marco de nación multiétnica y multicultural, se hace necesario, para el ejercicio de la justicia, saber leer los contenidos de los distintos derechos legales que coexisten en el territorio nacional” (Sánchez, 2017, p. 38).

El ámbito político puede ser un buen lugar para descubrir esos referentes que se encuentran ocultos y para producir a través de las distintas normas un reconocimiento horizontal que posicione a las nuevas realidades en un lugar visible dentro de la pluralidad, respetando la esencia misma de su identidad cultural. “Cabe destacar que en el ámbito político, el principio de mayoría como principio regulador debe ser entendido desde el pluralismo como un principio limitado donde se respeten los derechos de las minorías” (Alavez, 2014, p. 33). El pluralismo debe, como lo argumenta Alavez, orientar la posición de los actores en un terreno de igualdad respetando la diferencia, evitando relaciones de dominación y sometimiento que reproduzcan la historia negra de las colectividades indígenas. De ahí la necesidad de establecer límites que neutralicen el poder de la sociedad mayoritaria.

2.3.1.2. El reconocimiento de la multiculturalidad. En el caso colombiano, el reconocimiento de la multiculturalidad no se hizo expreso en la Constitución, sino que su desarrollo se derivó del

contenido del artículo 7 constitucional. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural otorgó un estatus especial a las comunidades indígenas, el cual se traduce en derechos de distinta naturaleza. Al respecto, Frank Semper dice:

En el principio de la diversidad étnica y cultural quedaría establecido el estatus especial para las comunidades indígenas, el cual se manifestaría en el ejercicio de los derechos de legislación y jurisprudencia dentro de su área territorial, en coincidencia con sus propios valores culturales (artículo 246 de la CP), de la autogestión mediante poderes propios dentro de sus usos y costumbres (artículo 330 de la CP), la creación de distritos electorales especiales para senadores y diputados indígenas (artículos 171 y 176 de la CP) y el ejercicio irrestricto de la propiedad sobre sus resguardos y territorios. Asimismo, el principio debe actuar sobre la definición conceptual de los diferentes derechos fundamentales, que la Corte Constitucional ha desarrollado en beneficio de las comunidades indígenas (Semper, 2006, pp. 765-766).

Esa noción de diversidad empujó el cambio en la concepción de la identidad nacional, en la que se incluyen formas y concepciones de vida diferentes a las dominantes en la sociedad. Esto es muy importante, teniendo en cuenta que la sociedad colombiana se ha caracterizado por ser muy poco abierta al reconocimiento de las diferencias y, en contraste, se ha consagrado como una sociedad conservadora y tradicional, defensora de los valores de las élites herederas del sistema colonial. Alcanzar el reconocimiento desde escenarios multiculturales implica reconocer sus diferencias, “con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías” (Carrillo, 2010, p. 126).

La consagración constitucional de este tipo de disposiciones generó ciertas tensiones entre los derechos. Por un lado, los derechos de corte individual, marcados por la lógica liberal, y por otro, los derechos y principios colectivos, que no obedecen estrictamente a esa lógica. “La tensión entre los derechos individuales contenidos en la Carta de Derechos y las tradiciones iliberales de los grupos indígenas puede ser vista con claridad si explicitamos los presupuestos morales y políticos en los que los primeros y las segundas se asientan” (Bonilla, 2006, p. 148). Pero estas tensiones no son exclusivas del constitucionalismo colombiano, pues es un fenómeno que está presente donde quiera que se pretenda el reconocimiento de realidades diversas.

En Sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional presentó una fórmula que permite conciliar la tensión entre los derechos individuales y los derechos colectivos: la garantía de los primeros es el presupuesto de efectividad de los segundos. A la vez, la eficacia de los derechos colectivos depende en buena medida de los límites establecidos frente a los derechos individuales. La Corte señaló al respecto:

En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen 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 expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (CP art. 1 y 7). 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 (CC. ST-380, 1993).

La Corte insistió en que la protección de la diversidad étnica no es posible sin que se les reconozca personería sustantiva a las colectividades étnicas, pues ese atributo es el que les otorga un estatus especial, sobre todo relacionado con la exigencia de reconocimiento y eficacia de sus derechos. Tal personería "les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados" (CC. ST-380, 1993).

Posteriormente, reiteró su precedente en Sentencia C-139 de 1996, aquí decidió sobre una demanda en contra de algunos artículos de la Ley 89 de 1890. Su argumentación se orientó en el sentido de afirmar que la eficacia de los principios étnicos y los derechos fundamentales solo es posible si se asegura cierta libertad a las comunidades indígenas, haciendo que su autonomía no tenga restricciones externas injustificadas, en ese caso principalmente impuestas por el legislativo (CC. SC-139, 1996). Así, la integridad y vigencia del principio de diversidad étnica y cultural solo es posible con un alto grado de autonomía, por lo que la imposición de restricciones debía ser mínima y por tanto debía ajustarse a dos condiciones especialmente:

- a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna).
- b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas (CC. ST-349, 1996).

En otras palabras, “la diversidad étnica y cultural, como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir” (principio de proporcionalidad). Con base en este presupuesto, la Corte determinó que “las autoridades tradicionales tienen autonomía para establecer sus faltas”; pero no pueden imponer sanciones a una persona por simple hecho de profesar otro culto, “pues la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial - el mínimo de los mínimos - de la libertad de cultos” (CC. ST-349, 1996). Sin embargo, en caso de incompatibilidad entre el ejercicio de la libertad de cultos y las normas tradicionales, las autoridades podrían, eventualmente, hacer uso de su jurisdicción, siempre y cuando observen el derecho fundamental al debido proceso e igualdad.

La jurisprudencia constitucional caminó en esa línea argumentativa, reiterando que la diversidad étnica, así como otros principios de ese mismo valor tienen sustento y respaldo en la Constitución material. No obstante ese presupuesto, insistió en que este catálogo no es absoluto, por lo que debe “coordinarse, armonizarse y conciliarse” con el ordenamiento jurídico en general y con los derechos fundamentales en particular; “ya que si bien los Pueblos Indígenas son autónomos y tienen derecho a autogobernarse, estos derechos deben coordinarse, armonizarse y conciliarse con el principio de unidad nacional” (CC. ST-001, 2012). Igualmente, ese catálogo debe conciliarse con los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y al debido proceso, “principios de mayor monta que la diversidad étnica y cultural y sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural” (CC. ST-001, 2012).

2.3.1.3. Críticas a la multiculturalidad. También es oportuno precisar, desde una orilla crítica, que el multiculturalismo desarrollado por la Corte en algunas de sus sentencias se circunscribe a una vertiente liberal fuerte, en el sentido de que el trato hacia las colectividades indígenas -como lo hacía el enfoque liberal tradicional- es paternalista, asimilacionista y conservador. La “fragilidad de la existencia indígena y la apremiante necesidad de adoptar medidas, de leer las normas con

base en el fin último de la conservación, es el recurso hermenéutico más empleado por Corte” (Ariza, 2008, p. 675). En ese mismo sentido se pronuncia López, al precisar que el Alto tribunal tiene un “afán museológico conservacionista de la cultura como una suerte de esencia pura, prístina, cuya garantía debe procurarse incluso limitando derechos y libertades individuales de las personas que conforman el grupo poblacional” (López, 2011, p. 174).

Para ilustrar esta idea, López se apoya en algunas sentencias de la Corte en las que utiliza expresiones como población en “desamparo”, “indefensión”, “vulnerabilidad”, “debilidad manifiesta”, condiciones que hacen necesaria la adopción de enfoques diferenciados y acciones afirmativas. Asimismo, la Corte, dice López, ha pretendido mantenerlos en una “pureza cultural” o “autenticidad”, despojándolos de la capacidad de trascender e interactuar culturalmente. A esto se suma la crítica de Barona y Rojas (2007), en el sentido de que los jueces constitucionales han adoptado una epistemología que no es idónea para resolver cuestiones tan complejas como las étnicas, y que, por tanto, terminaron imponiendo una visión de lo que debe interpretarse y aplicarse. Ejemplo de ello son las categorías, reglas y definiciones construidas desde una epistemología liberal en relación con la identidad y la diversidad. Ese despojo de la epistemología propia conlleva inevitablemente a una aplicación del derecho en perspectiva extraña a las colectividades indígenas.

Además, los jueces precisan su interpretación y decisión con el auxilio de los intermediarios del saber que se predica “auténtico”, el cual proviene sobre todo de antropólogos y abogados, como lo había señalado Hale. Estos actores dicen tener la autoridad intelectual para interpretar la diversidad; sin embargo a veces pecan de arrogancia, porque en realidad los mensajes descifrados no son los correctos. La “tesis de la diferencia indiferente vuelve a emerger y con ella la arbitrariedad del Estado colombiano al imponer su criterio, avalado por expertos, de reconocimiento de qué usos y costumbres son «indígenas» y cuáles no lo son” (Hale, 2007, p. 89).

Los autores muestran cierto desacuerdo frente a la afirmación de que los derechos fundamentales constituyen un límite para la convivencia, pues señalan que es un límite poco legítimo al ejercicio de la diversidad, porque en las jerarquías del ordenamiento jurídico la costumbre (“criterio auxiliar de la actividad judicial”) tiene un lugar precario, por lo que de entrada los derechos consagrados en las leyes tienen prevalencia frente al derecho consuetudinario. En esa

órbita, la regla de la jerarquía no permite que los derechos fundamentales de carácter consuetudinario (aún no reconocidos) tengan prevalencia frente a los derechos positivizados.

Finalmente, la idea de los investigadores es proclamar el abandono de los formalismos rígidos y de la retórica constitucional de algunos jueces que afirman que no hay primacía de una cultura sobre otra, y “creen que, por el hecho de decirlo, van a transformar las mentalidades” (Barona y Rojas, 2007, p. 203). Lo que se necesita es pasar a un terreno de lo material, donde se promueva el respeto íntegro del indígena, como un ser diferente y digno. Empero, este es un reto de grandes proporciones, por cuanto lo que se está diciendo no concierne solo al Estado, ni a los jueces, sino a la sociedad en general.

Pese a estas críticas, algunas de ellas muy acertadas y justificadas, lo cierto es que el multiculturalismo ha sido y sigue siendo una corriente teórica que ha fundamentado decisiones del órgano de cierre en perspectiva de los derechos indígenas. Sin duda la Corte Constitucional ha desarrollado, como ningún otro organismo estatal, fórmulas, reglas y otras estrategias para ofrecer una garantía, así sea parcial, a los derechos de las colectividades indígenas. Aquí se dirá en términos coloquiales: “es mejor una parcial y relativa protección que esperar lo que no ha de llegar”.

Ahora bien, el multiculturalismo no es la única perspectiva que permite comprender los derechos indígenas, por lo que debe complementarse con otros enfoques, como la interculturalidad y la interseccionalidad.

2.3.2. La interculturalidad y los derechos étnicos

2.3.2.1. La adopción de la interculturalidad y su legitimación. Inicialmente es oportuno señalar que el neoconstitucionalismo, consciente del avance del multiculturalismo para explicar las realidades indígenas, en seguida adopta otra perspectiva complementaria para fundamentarse en relación con los derechos indígenas. Este fundamento es la interculturalidad. Esta perspectiva parte de lo establecido para avanzar desde ahí hacia la protección integral de las colectividades indígenas.

La interculturalidad es entendida como un enfoque epistemológico, dentro de la teoría de la justicia, cuyo interés es explicar el encuentro inevitable de culturas, las cuales son incompletas y por tanto interdependientes. Esa necesidad exige la adopción de canales de comunicación efectivos, como el diálogo intercultural y la traducción intercultural, como estrategias para llegar a la comprensión, al entendimiento y a la completitud cultural. “La interculturalidad supone el derecho de acceder a todos los conocimientos, saberes o manifestaciones artísticas. Tanto las que se llaman ajenas o provenientes de una cultura de la que se es distante, como las que vienen de la cultura propia” (CC. SC-054, 2013).

El reconocimiento constitucional de la cultura ancestral, dice Holguín, concluye un largo periodo de monoculturalidad estatal, cuya naturaleza solo aceptaba una visión de pensamiento homogeneizante propia de occidente, y que, por lo tanto, no aceptaba la existencia de otras culturas. “El giro jurídico-cultural suscitado con la apertura constitucional de 1991, la capacidad de resistencia política de las minorías culturales y las luchas políticas de las comunidades indígenas, constituyen formas de poder que buscan crear un nuevo orden sociopolítico y destruir el modelo de Estado monocultural” (Holguín, 2012, pp. 60-61). De esta manera, se produjo un empoderamiento de las colectividades indígenas desde la Constitución y en todos los niveles de su mundo vital.

Según Axel Rojas, la interculturalidad aparece en el escenario normativo colombiano en la década de los 80, particularmente con una política indigenista alentada por el Ministerio de Educación Nacional. La política etnoeducativa, explica el autor, se definía “con tres rasgos fundamentales: ser participativa, bilingüe e intercultural” (2011, pp. 181-182). En una posición semejante, Celmira Castro afirma que “la etnoeducación tiene como principio la interculturalidad, por lo que su propósito debe estar dirigido al fomento de valores tales como: El respeto cultural, la tolerancia cultural, el diálogo cultural y el enriquecimiento mutuo” (2009, p. 361).

La interculturalidad, aunque no fue consagrada taxativamente en la Constitución de 1991, si ha sido establecida en distintas normas³⁰ y desarrollada en la jurisprudencia de la Corte

³⁰ Por ejemplo, el Decreto 804 de 1995, reglamentaria de la Ley 115 de 1994, en el numeral 2° establece que la interculturalidad debe ser entendida como “la capacidad de conocer la cultura propia y otras culturas que interactúan y se enriquecen de manera dinámica y recíproca, contribuyendo a plasmar en la realidad social, una coexistencia en igualdad de condiciones y respeto mutuo”.

Constitucional³¹. En la jurisprudencia se encuentra plasmada en categorías como “consenso intercultural”, “diálogo intercultural”, “encuentro intercultural”, entre otras acepciones (Sentencia T-349 de 1996)³². Igualmente, en el derecho consuetudinario indígena la interculturalidad ha sido legitimada ampliamente, evidencia de ello son las categorías conceptuales como “medicina intercultural”, “comunicación intercultural”, “educación intercultural”, “políticas interculturales”, entre otras.

La necesidad de integrar al ordenamiento jurídico colombiano el presupuesto de la interculturalidad, explica la Corte, se deriva del reconocimiento que la misma Constitución ha hecho de las formas de vida particulares, formas que no corresponden con la visión occidental de sociedad y que en ocasiones pueden ser antagónicas, incluso incompatibles con ella, pero que inevitablemente deben encontrarse y tolerarse. Al Estado “le está vedado imponer una concepción del mundo particular, 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 él mismo ha reconocido” (Sentencia, T-523 de 1997).

2.3.2.2. La interculturalidad en la jurisprudencia constitucional. Tempranamente, la Corte Constitucional se había pronunciado sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 parcial de la Ley 48 de 1993, sobre la exención de prestar el servicio militar para los indígenas

³¹ Ver al respecto: Sentencias T: 349 de 1996, 523 de 1997, 266 de 1999, 030 de 2000, 1127 de 2001, 1022 de 2001, 1130 de 2003, 552 de 2003, 811 de 2004, 1294 de 2005, 899 de 2005, 778 de 2005, 215 de 2005, 549 de 2007, 009 de 2007, 973 de 2009, 903 de 2009, 514 de 2009, 1045A de 2010, 952 de 2010, 659 de 2010, 617 de 2010, 110 de 2010, 907 de 2011, 812 de 2011, 601 de 2011, 379 de 2011, 129 de 2011, 116 de 2011, 650 de 2012, 557 de 2012, 514 de 2012, 001 de 2012, 523 de 2012, 921 de 2013, 871 de 2013, 866 de 2013, 858 de 2013, 659 de 2013, 548 de 2013, 496 de 2013, 049 de 2013, 969 de 2014, 849 de 2014, 642 de 2014, 524 de 2014, 384A de 2014, 355 de 2014, 098 de 2014, 661 de 2015, 208 de 2015, 196 de 2015, 026 de 2015, 010 de 2015, 196 de 2015, 718 de 2016, 622 de 2016, 530 de 2016, 466 de 2016, 436 de 2016, 201 de 2016, 515 de 2016, 713 de 2017, 667 de 2017, 592 de 2017, 357 de 2017, 329 de 2017, 306 de 2017, 302 de 2017, 298 de 2017, 052 de 2017, 002 de 2017, 443 de 2018, 103 de 2018, 365 de 2018, 466 de 2019, 444 de 2019, 315 de 2019, 281 de 2019, 228 de 2019, 208 de 2019, 063 de 2019, 011 de 2019. Sentencias C: 058 de 1994, 104 de 1995, 139 de 1996, 370 de 2002, 620 de 2003, 127 de 2003, 591 de 2005, 718 de 2006, 649 de 2006, 208 de 2007, 864 de 2008, 931 de 2009, 615 de 2009, 175 de 2009, 941 de 2010, 915 de 2010, 063 de 2010, 937 de 2011, 882 de 2011, 367 de 2011, 187 de 2011, 862 de 2012, 767 de 2012, 641 de 2012, 054 de 2013, 960 de 2014, 948 de 2014, 463 de 2014, 091 de 2015, 389 de 2016, 224 de 2016, 730 de 2017, 309 de 2017, 073 de 2018, 017 de 2018, 369 de 2019, 295 de 2019. Sentencias SU: 649 de 2017, 217 de 2017, 123 de 2018, 095 de 2018, 011 de 2018.

³² Por ejemplo, en una de las primeras sentencias, la Corte afirma que el “núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural”. Ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

que residan en su territorio y conserven su identidad cultural. La Corte reiteró que no se debe olvidar la situación de los pueblos indígenas y la necesidad de protegerlos, razón que fundamenta la prohibición del servicio militar obligatorio. En ese sentido aclaró que la interculturalidad no es la razón fundamental de la prohibición, pues el encuentro cultural no implica *per se* “la pérdida de su identidad ni de sus prerrogativas” (CC. SC-058, 1994).

Posteriormente, en Sentencia T-116 de 2011, la Corte Constitucional decidió sobre una acción de tutela interpuesta por Marciana Quira Calapsu, gobernadora del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana, por la vulneración de los derechos a la consulta previa, educación e identidad cultural. En este contexto, el Alto Tribunal reiteró que la interculturalidad debe ser entendida como “la capacidad de conocer la cultura propia y otras culturas que interactúan y se enriquecen de manera dinámica y recíproca, contribuyendo a plasmar en la realidad social, una coexistencia en igualdad de condiciones y respeto mutuo” (CC. ST-116, 2011).

Nuevamente, el Alto tribunal se pronunció sobre el tema de la etnoeducación en Sentencia C-054 de 2013, enfatizando en la necesidad de establecer un diálogo intercultural, el cual debe desarrollar las capacidades comunicativas de las culturas para lograr un encuentro cultural en torno a la educación étnica. “La interculturalidad supone el derecho de acceder a todos los conocimientos, saberes o manifestaciones artísticas. Tanto las que se llaman ajenas o provenientes de una cultura de la que se es distante, como las que vienen de la cultura propia” (CC. SC-054, 2013). En esa dimensión, la educación es construida simbióticamente, alimentada con los distintos saberes, los cuales se encuentran con el fin de la comprensión y entendimiento mutuo.

Por otro lado, respecto de la protección de las manifestaciones culturales diversas, en Sentencia C- 767 de 2012, con ponencia de la Dra. María Victoria Calle Correa, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la Ley 1516 del 6 de febrero de 2012, concluyó que entre los objetivos de la Convención está el de establecer un diálogo intercultural horizontal, con el objeto de fomentar y establecer relaciones bajo la idea de la interculturalidad. Para la Corte, la interculturalidad “se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo” (CC. SC- 767, 2012).

Esto mismo se predica en el tema de la salud. En Sentencia T-357 de 2017, el Alto tribunal afirmó que el sistema de salud debe respetar los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas e incorporarlos en un sistema integral de salud. Respecto de los principios consagrados en la Ley estatutaria (1751 de 2015), especialmente frente al principio de interculturalidad, dijo:

(i) la interculturalidad, como “*el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global*” (CC. ST-357, 2017).

Otro ejemplo de la interculturalidad se desarrolla en el ámbito del derecho fundamental a la consulta previa. La Corte Constitucional de Colombia examinó la naturaleza y el alcance de este derecho, afirmando que “es un derecho fundamental irrenunciable”, el cual solo es posible satisfacerlo si se practica un diálogo intercultural genuino, como un proceso de comunicación horizontal y desinteresado entre iguales (CC. T-063, 2019). El Estado y las comunidades étnicas deben establecer un diálogo intercultural directo y asertivo, con la finalidad de lograr el consentimiento.

La Jurisdicción Especial Indígena tampoco escapó a la irradiación de este enfoque. La Corte Constitucional estableció, en conformidad con la interculturalidad, que las jurisdicciones ordinarias deben establecer un diálogo intercultural con las jurisdicciones especiales, con el objeto de construir consensos interculturales para maximizar su autonomía y la capacidad de administrar justicia en sus territorios.

Finalmente, cabe resaltar que este caso constituye un precedente representativo del diálogo intercultural que debe darse entre las jurisdicciones ordinaria, contenciosa y constitucional y la jurisdicción especial indígena, a partir de la construcción de amplios consensos interculturales, en los cuales las comunidades indígenas puedan definir autónomamente, mediante usos y costumbres, los procesos sucesorales, de acuerdo con las normas tradicionales de parentesco que tenga cada comunidad indígena. Así lo consagra el artículo 23 y 54 del Decreto Ley 4633 de 2011, en el cual se establece un enfoque diferencial para que las actuaciones administrativas del Estado deban ser coordinadas armónicamente con las

autoridades indígenas, garantizando su participación efectiva, en tanto las normas constitucionales y legales admiten que las autoridades de los pueblos indígenas desarrollen las funciones propias de su competencia en el marco de la jurisdicción especial indígena, la Ley de Origen, la Ley Natural y el Derecho Mayor o Derecho Propio (CC. ST-010, 2015).

2.3.2.3. La interculturalidad en la JEP. La interculturalidad ha tocado también las actuaciones dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). El Reglamento General de la JEP, Acuerdo 001 de 2018³³, señala los principios, mecanismos y “criterios de articulación y coordinación interjurisdiccional”; esto es entre la JEP y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI).

Como ejemplo concreto, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Justicia Especial Para la Paz (JEP), mediante Auto No. 004 de 2018 prioriza y avoca conocimiento de violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidos por los miembros de las FARC-EP y de la Fuerza Pública, “que afectaron sobre todo a pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianos, campesinos, mujeres y personas LGBTI de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas, en el departamento de Nariño”. La importancia y la complejidad de este caso hizo necesario integrar el enfoque intercultural:

Este caso territorial avanza gracias a un gran ejercicio de diálogo intercultural y de articulación con otras jurisdicciones, que es inédito en el mundo y que cumple con disposiciones –que hasta ahora estaban pendientes– de la Constitución Política de 1991. Esto ha permitido a la JEP alcanzar hitos históricos como la acreditación del Katsa Su, gran territorio awá, la realización de 29 audiencias interjurisdiccionales, 13 jornadas de aproximación del caso a las víctimas en territorio, una práctica restaurativa con víctimas y cuatro diligencias de construcción dialógica de la verdad (JEP, 2018).

³³ Dentro de los mencionados criterios se encuentran los siguientes: comunicación intercultural e interjurisdiccional; acompañamiento y notificación a la autoridad étnica; renuncia a la competencia de la autoridad étnica; práctica de pruebas en territorios ancestrales; concepto de la autoridad sobre procesos de “armonización, ingreso y permanencia en el territorio étnico”; centros de armonización y equivalentes, reincorporación (procesos de armonización autónomos) y diálogo con las “escuelas de derecho propio o sus instituciones equivalentes”. La Comisión Étnica de la JEP promoverá el “diálogo de saberes con las escuelas de derecho propio y sus equivalentes” (art. 96).

Otro ejemplo es el salvamento de voto parcial al Auto de la Sección de Apelación (TP-SA 556 del 29 de abril de 2020), donde la magistrada Sandra Gamboa Rubiano manifestó que la interculturalidad es necesaria para abordar los fenómenos relacionados con la población indígena, e insistió en que el diálogo intercultural y la coordinación interjurisdiccional “deben tomar en consideración las debilidades que puedan aquejar a las autoridades y procedimientos tradicionales de justicia propia, encaminarse a brindar las herramientas para su fortalecimiento” (JEP, 2020). Ello significa cambiar la concepción restringida de la administración de justicia indígena, según la cual la Jurisdicción Especial Indígena es un “conjunto integrado por subconjuntos étnicos homogenizados por la metáfora ontológica, cronotópica y diacrítica, que le da identidad a esta jurisdicción” (Barona y Rojas, 2007, p. 56), para adoptar una visión intercultural y sistémica de la diversidad étnica y cultural.

Como estos ejemplos se pueden encontrar otros en relación con la incidencia que tiene la interculturalidad en las decisiones del poder judicial respecto de la protección de los derechos de las colectividades indígenas. Pero no solo la interculturalidad ha servido para fundamentar la jurisprudencia, también se ha utilizado como soporte axiológico en la creación normativa: leyes, decretos, resoluciones, entre otras formas jurídicas hacen referencia a esta categoría de análisis.

2.3.3. La interseccionalidad como criterio teórico y metodológico

2.3.3.1. El concepto de interseccionalidad. La interseccionalidad es una “herramienta de hermenéutica jurídica” para abordar todas las formas estructurales de desigualdad y de discriminación en sociedades diversas. Puede estudiarse desde dos ámbitos: como problema y como criterio teórico y metodológico. Como problema, los criterios de discriminación como la raza, etnia, el género, la clase, la sexualidad, creencias, entre otras, se entrelazan creando zonas independientes (interseccionales), fenómeno que hace de la discriminación una experiencia absolutamente perversa. Como criterio teórico y metodológico, el enfoque interseccional se preocupara por analizar y conjurar cada uno de los elementos amenazantes, enfocándose cuidadosamente en las zonas interseccionales.

La combinación de dichas variables mantienen a los criterios o factores de discriminación unidos en trenzas y juegos de relaciones, los cuales crean a la vez campos interseccionales. La cantidad de variables que intervienen en cada caso determina un tipo de discriminación distinta, indica la Corte Constitucional:

a) discriminación múltiple, que se produce cuando una persona es discriminada por diferentes motivos y en momentos temporales distintos; b) discriminación compuesta, en la que la discriminación se da como consecuencia de dos o más factores, añadidos el uno al otro en un determinado momento temporal, c) en tercer lugar, la discriminación interseccional, que se produce cuando varios motivos de discriminación interactúan o interaccionan a la vez – de forma concurrente, y ello tiene como efecto directo la dificultad añadida en el proceso de socialización e integración social de las personas que la sufren (CC. ST-376, 2019).

En la discriminación interseccional, el impacto de la discriminación es mucho más profundo, en el sentido de que los factores de discriminación no operan de forma autónoma, sino que se trenzan con el fin de impactar más agresivamente sobre la persona o colectivo. La profesora Luz Gabriela Arango comparte un ejemplo complejo de intersección de criterios sospechosos de discriminación, como la clase, la raza y el género. La autora afirma:

Las interrelaciones entre los sistemas de clase, raza y género son complejas y variables. La posición en el orden de género y en el orden racial no es dicotómica: las personas concretas no se definen por el rótulo simple y unívoco de “hombre” o “mujer”, “blanco” o “negro”. Opera más bien un continuo de posiciones que se modifican de acuerdo con la situación y las relaciones que se involucran. La marca del género y la raza, aparentemente corporal y evidente, depende de esquemas de clasificación que no solo interpretan el tono de piel en la gama de color o los atributos físicos “sexuales”, sino que manejan un conjunto de propiedades “enclasadadas” y “enclasantas” que incluyen el “cuerpo externo” (vestido, peinado, maquillaje) y la hexis corporal (modales, tono de voz, postura) (Arango, 2006, p. 37, citada por Gil, 2011, p. 4).

Este ejemplo ayuda a la comprensión de las desigualdades sociales y la discriminación desde una perspectiva integral, como un todo que se presenta en categorías distintas, internamente heterogéneas, y que se enlazan y se entrecruzan en una complejidad que necesita de un análisis

cuidadoso y profundo. A partir de este análisis se pueden formular políticas y estrategias de contención del problema de discriminación, las cuales deben preocuparse por cada uno de los factores, de las relaciones complejas que se establecen entre ellos y de los campos interseccionales creados por su interacción.

2.3.3.2. La interseccionalidad y los derechos étnicos. En el año 2002 la Relatora Especial de violencia contra las mujeres del sistema de Naciones Unidas se pronunció sobre la situación de las mujeres pertenecientes a comunidades étnicas en Colombia, diciendo:

Por otra parte, las mujeres de la población indígena y afrocolombiana sufren discriminación múltiple / intersectorial sobre la base de sexo, raza, color y origen étnico y como desplazados internos. Muchos sufren ataques a sus pueblos, especialmente los que viven en zonas donde la guerrilla está operando. El Estado ha sido acusado de no consultar con los líderes indígenas en relación con los asuntos que les conciernen. También a menudo se ven privados de acceso a la salud, la educación, el empleo y la representación política. Las mujeres de las comunidades indígenas a menudo necesitan el permiso de sus maridos para hablar en público. Por otra parte, las comunidades indígenas están muy cerrados y los casos de violación no se denuncian a los forasteros (CC. SU-659, 2015).

Se hace referencia a un tipo de discriminación intersectorial, profundizada por distintas violencias y por la indolencia del Estado. Sin embargo, sin restar importancia a este tipo de discriminación, lo cierto es que, en el marco de la diversidad, la discriminación es mucho más compleja y agresiva, debido a la multiplicidad de factores que interactúan. Este tipo de discriminación es la interseccional.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-730 de 2017 hizo control automático de constitucionalidad del Decreto Ley 893 de 2017, “por el cual se crean los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial – PDET”. En este ámbito, el Alto tribunal afirmó que la discriminación se produce por razones étnicas y de tipo interseccional³⁴. La interseccionalidad:

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-754 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta Sentencia la Corte, respecto al derecho de la salud de las víctimas del conflicto armado, señaló que “la disminución en la garantía del derecho a la salud en condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad conlleva dos clases de discriminación: i) por razones de género, y ii) de tipo interseccional. En este sentido, consideran que la norma genera un impacto

(...) hace alusión al cruce de factores de discriminación, que hace que dichos factores se potencien o creen impactos específicos y diferenciados que suponen complejidades y medidas antidiscriminación distintas a las que se podrían pensar para el análisis de un factor específico aisladamente considerado. Se trata de una perspectiva conceptual que plantea que el desconocimiento de diferentes factores de discriminación que operan simultáneamente puede llevar a fortalecer ciertos tipos de hegemonía. Así, cuando se habla de género, sin tener en cuenta la raza o la etnia, se puede fomentar indirectamente la superioridad étnica o racial, desde la reivindicación de una cierta visión de lo que es igualdad de género, que es la que étnica o racialmente prevalece (CC. SC-730, 2017).

La Corte decide la constitucionalidad de la norma bajo estudio, en el entendido de que la planeación participativa de los PDET permitirá “el reconocimiento de las particularidades de diferentes grupos dentro de las comunidades étnicas”, tales como “la mujer, la familia y la generación”. Con base en ese conocimiento, se formulan estrategias y políticas interseccionales para mitigar la discriminación étnica.

Es importante mencionar la Sentencia T-283 de 2016, en la cual se decidió sobre las demandas de una persona privada de la libertad, víctima del conflicto armado, perteneciente a la población LGTBI y perteneciente a la comunidad indígena Uitoto del Amazonas. Aunque la Corte en este caso declaró la carencia actual de objeto y no desarrolló el tema de la discriminación interseccional, sí resaltó la intervención que hacen los miembros del “Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes” sobre el tema de la interseccionalidad. La Corte resume la intervención así:

(...) las personas viven múltiples identidades derivadas de diversas relaciones sociales, orígenes y del funcionamiento de estructuras de poder. Concretamente, destacan que esta modalidad de discriminación se basa en la combinación de características que componen la identidad de una persona, en vez de basarse en una característica aislada.

Resaltan que el concepto de discriminación interseccional es importante para resolver el caso concreto, ya que la Corte debe reconocer que el peticionario pertenece a más de un grupo

desproporcionado en las mujeres, pues estas son las principales víctimas de violencia sexual, y las condiciones étnicas, raciales, de edad, o de discapacidad, acrecientan la posibilidad de ser víctimas”.

vulnerable y que la discriminación que ha sufrido no debe probarse de manera independiente (CC. ST-283, 2016).

En general, respecto de la situación de las colectividades indígenas, la Corte Constitucional ha establecido la necesidad de adoptar el “enfoque diferencial”³⁵ en todas las acciones y medidas que se quieran implementar a favor de esa población. Dicho enfoque, según lo afirma la misma Corte, servirá para contener las estructuras interseccionales que producen afectaciones negativas en las comunidades. No basta entonces con una intervención particular y diseccionada en cada uno de los criterios que conforman el problema de discriminación étnica entrecruzada, sino que el esfuerzo debe canalizarse en diagnosticar, tratar y controlar los espacios autónomos que se crean por la interacción de las estructuras de discriminación. En ese sentido es imperativa una política pública (interseccional) para contener los flagelos de la discriminación (interseccional).

2.3.3.3. La interseccionalidad en la JEP. En el marco de la implementación de los Acuerdos de Paz, se debe observar con especial cuidado el capítulo étnico, en el que se establece un enfoque transversal, de género, mujer, familia y generación. Desde aquí se hace referencia a la interseccionalidad como criterio analítico y metodológico, al ordenar su integración en “el enfoque étnico, de género, de ciclo de vida y discapacidad” (JEP, 2019, p. 30).

³⁵ Sentencias T: 1105 de 2008, 514 de 2009, 113 de 2009, 952 de 2010, 659 de 2010, 617 de 2010, 045 de 2010, 698 de 2011, 920 de 2011, 907 de 2011, 665 de 2011, 601 de 2011, 564 de 2011, 235 de 2011, 129 de 2011, 993 de 2012, 760 de 2012, 693 de 2012, 680 de 2012, 493 de 2012, 182 de 2012, 001 de 2012, 921 de 2013, 871 de 2013, 866 de 2013, 390 de 2013, 388 de 2013, 091 de 2013, 049 de 2013, 973 de 2014, 924 de 2014, 646 de 2014, 642 de 2014, 524 de 2014, 492 de 2014, 475 de 2014, 462A de 2014, 355 de 2014, 294 de 2014, 766 de 2015, 764 de 2015, 685 de 2015, 558 de 2015, 485 de 2015, 359 de 2015, 293 de 2015, 256 de 2015, 208 de 2015, 132 de 2015, 124 de 2015, 079 de 2015, 079 de 2015, 026 de 2015, 010 de 2015, 196 de 2015, 718 de 2016, 680 de 2016, 630 de 2016, 522 de 2016, 475 de 2016, 466 de 2016, 436 de 2016, 312 de 2016, 255 de 2016, 201 de 2016, 197 de 2016, 030 de 2016, 733 de 2017, 690 de 2017, 667 de 2017, 666 de 2017, 592 de 2017, 568 de 2017, 357 de 2017, 329 de 2017, 306 de 2017, 302 de 2017, 292 de 2017, 201 de 2017, 080 de 2017, 067 de 2017, 052 de 2017, 499 de 2018, 411 de 2018, 397 de 2018, 359 de 2018, 300 de 2018, 103 de 2018, 080 de 2018, 011 de 2018, 228 de 2019, 151 de 2019, 107 de 2019, 063 de 2019, 058 de 2019, 011 de 2019, 001 de 2019.

Sentencias C: 862 de 2012, 715 de 2012, 641 de 2012, 317 de 2012, 359 de 2013, 274 de 2013, 253 de 2013, 068 de 2013, 371 de 2014, 754 de 2015, 217 de 2015, 379 de 2016, 515 de 2016, 730 de 2017, 674 de 2017, 644 de 2017, 570 de 2017, 565 de 2017, 555 de 2017, 541 de 2017, 493 de 2017, 309 de 2017, 080 de 2018, 073 de 2018, 067 de 2018, 018 de 2018, 017 de 2018, 007 de 2018, 369 de 2019, 295 de 2019.

Sentencia SU: 254 de 2013, 123 de 2018, 011 de 2018.

En el mismo sentido, la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, en aras de asegurar la interseccionalidad y el desarrollo del enfoque de género, mujer, familia y generación, en el abordaje de casos de violencias basadas en género en pueblos y comunidades:

- Asegurará la participación de mujeres indígenas, Rrom, Afrocolombianas, Negras, Raizales y Palenqueras desde sus propias estructuras organizativas y reconociendo sus derechos colectivos.
- Establecerá los contactos con las coordinaciones, Consejerías y las Comisiones de mujeres étnicas para establecer las formas, rutas y escenarios para llevar a cabo las actividades que la Comisión de la Verdad tenga programado.
- Atenderá la participación paritaria de las mujeres pertenecientes a grupos étnicos en los espacios desarrollados por la Comisión de la Verdad y garantizar las condiciones para su participación activa en los mismos que atiendan a sus contextos y necesidades específicas.
- Asegurará la participación de sabios, ancianos, médicos tradicionales y autoridades políticas y espirituales.
- Asegurará con la autoridad tradicional y las coordinaciones o Consejerías de mujeres, la participación de mujeres de todas las edades en los espacios de reunión y socialización.
- Reconocerá los impactos y aportes diferenciales que han sufrido las mujeres y NNA en sus Pueblos y/o comunidades, así como el carácter colectivo de las afectaciones.
- Tendrá en cuenta las prácticas y abordajes psicoculturales/psicoespirituales del Pueblo y en particular las prácticas de sanación propia de las mujeres.
- Evaluará la pertinencia de visibilizar o abordar los impactos del conflicto armado sobre las mujeres y NNA de las comunidades y si lo hace, asegurará que no se generen señalamientos, daños adicionales o conflictos a las mujeres y a la comunidad.
- Incorporará a sus equipos de trabajo para el abordaje de la violencia sexual a mujeres indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rrom (JEP, 2019, pp. 57-58).

En esa vía, en el documento “Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz”, se establece un criterio diferencial y un elemento objetivo de medición. El primero señala un trato diferenciado a “los pueblos indígenas, afrodescendientes, Rromy en sus territorios”. El segundo tiene que ver con la interseccionalidad “del impacto diferenciado del sujeto colectivo (por ejemplo, mujeres indígenas víctimas de violencia sexual; niños, niñas o adolescentes indígenas víctimas de reclutamiento que hacen parte de un pueblo)” (JEP, 2018, p. 16).

Los ejemplos anteriores muestran la adopción del enfoque interseccional en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicha recepción ha sido reciente y paulatina, dinamizada sobre todo por la influencia de la doctrina y desarrollada concretamente por la jurisprudencia constitucional y convencional. En el campo de los derechos étnicos no existe hasta este momento una jurisprudencia constitucional amplia que desarrolle directamente este enfoque, aunque debe resaltarse que estos fenómenos de alguna manera han sido abordados desde la perspectiva diferencial, especialmente desde el enfoque étnico en la JEP.

CAPÍTULO III

3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES

(...) la construcción de la institucionalidad plurinacional parte del desmontaje de las lógicas de colonialidad, desmitificando la idea de que impartir justicia es solamente una ‘potestad’; sino por el contrario, asumirla como un servicio al pueblo, concebida como facultad/obligación, pues fruto de la colonialidad antes construida, se ha estructurado una ‘administración de justicia’ extremadamente formal, cuasi sacramental, reproductora de prácticas judiciales desde la colonia y el periodo republicano, fundadas en la señorialidad de esta actividad bajo la concepción de ‘potestad’ antes que de ‘servicio’ (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013).

Introducción al capítulo

El capítulo parte con la formulación de la siguiente pregunta de investigación: ¿cuál ha sido la incidencia que ha tenido el constitucionalismo en la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos indígenas en Colombia? Una respuesta previa puede darse en el sentido de que se ha producido un reconocimiento formal amplio, y concomitante a ello se han establecido unos mecanismos y procedimientos para hacerlos exigibles y justiciables.

El propósito de este capítulo es explicar cómo el constitucionalismo asume el reto de la garantía de los derechos étnicos, especialmente indígenas en Colombia. Teniendo en cuenta esa finalidad, el propósito es evidenciar que una vez logrado un estatus formal (reconocimiento), la preocupación girará en torno a la exigibilidad y justiciabilidad concreta de los derechos y de sus garantías (justicia constitucional y convencional), en lo que sin duda el juez será un protagonista importante.

El capítulo está organizado de la siguiente manera: en la primera sección se realizará una descripción de los mecanismos de protección de los derechos y un análisis sobre su aplicación. En otras palabras, se analizará la importancia que tiene la justicia constitucional y convencional en la protección de los derechos indígenas. En el mismo sentido se analizará la importancia de la acción Pública de Inconstitucionalidad en la garantía de estos derechos.

Posteriormente, el interés se centrará en la categoría de derechos colectivos fundamentales. Se iniciará esta sección con la crítica liberal a la categoría de derechos colectivos. Después, se conceptualizará la categoría de derechos fundamentales, con el fin de precisar el contenido y el alcance desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Acto seguido, se analizarán los derechos colectivos fundamentales indígenas y los mecanismos para su protección.

En seguida, se procederá con el estudio del caso de la consulta previa, libre e informada en Colombia. Sobre este derecho se describirán los sustentos fácticos y jurídicos que lo fundamentan; así como el desarrollo jurisprudencial, el cual, de una vez se advierte, ha sido ambivalente y regresivo en ciertos aspectos. Se insistirá en que la Corte Constitucional ha sido tímida a la hora de proteger el derecho. Finalmente, se pondrán de manifiesto algunas tensiones y desafíos que todavía están pendientes por resolver.

3.1. Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos indígenas

Después de lograr el reconocimiento de los derechos étnicos, sea directamente en la Constitución o por reconocimiento legal o normativo, el constitucionalismo colombiano estableció también los mecanismos por medio de los cuales se puede reclamar su exigibilidad y justiciabilidad. Las constituciones latinoamericanas coinciden en ese afán, contemplando en su cuerpo un sinnúmero de mecanismos e instrumentos, todos en la dirección de garantizar la integridad y la vigencia constitucional. Dichos instrumentos procesales se pueden agrupar en dos grandes categorías: el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

3.1.1. La justicia convencional

De la misma forma en que existe un control de constitucionalidad para garantizar y proteger la Constitución, existe también un control de convencionalidad para garantizar y proteger la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) y en general los instrumentos internacionales de derechos humanos (en adelante normas convencionales). La finalidad de este control es garantizar la vigencia de estas normas y su armonización con el derecho interno de los Estados Partes.

El control de convencionalidad se rige bajo el “principio de complementariedad” (subsidiariedad), es decir, que el deber de cumplimiento y protección de las normas convencionales corresponde en primer lugar a los Estados y de forma subsidiaria a los organismos e instancias internacionales. Así lo señaló en el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) en el Caso de la Masacre de Santo Domingo vs Colombia: “La responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios” (CrIDH, 2012).

El Tribunal interamericano señaló, además, que la competencia para realizar el control se genera en doble vía: de forma principal por los Estados Partes, y de forma subsidiaria por la CrIDHA. Mientras aquellos realizan un control difuso, esta realiza un control concentrado de convencionalidad. Respecto al control difuso, la CrIDH, en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, señaló:

(...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CrIDH, 2006).

En el Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia reiteró lo señalado en el Caso Gelman contra Uruguay, en el sentido de que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte” tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad difuso.

Haciendo control concentrado de convencionalidad, la CrIDH de la misma forma que lo hacen los tribunales constitucionales frente a la Constitución, no se ha limitado a decidir sobre la conformidad o no de ciertas normas de derecho interno de los Estados con la Convención, sus decisiones han trascendido ese punto hasta llegar a establecer, como lo afirma Quinche, reglas de “interpretación conforme, “e incluso, han dispuesto órdenes que obligatoriamente deben ser cumplidas por el Estado responsable” (2015, p. 165). Con ese panorama, el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la CrIDH ha permitido igualmente establecer un canon hermenéutico fuerte, el cual facilitará un ejercicio judicial razonable, sustentado en principios básicos de justicia³⁶.

Dichas exigencias se han establecido de forma parcial y escalonada. Por ejemplo, en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile³⁷, la CrIDH estableció que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos los órganos del Estado están sometidos a aquél, por lo cual deben ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana. Paralelamente, reconoció el progreso que ha tenido el Estado chileno³⁸ con respecto a la observancia de los derechos humanos. Sin embargo, reiteró que todo esfuerzo en ese afán no es suficiente, especialmente porque, aunque los jueces dejaron de aplicar el Decreto Ley 2191 desde 1998, su actuación dista de lo establecido en el artículo 2 de la Convención³⁹.

³⁶ Según Mejía, los principios de justicia “serán universales, para todos por igual; generales, regularán toda la estructura social; públicos, de fácil interpretación de toda la ciudadanía; jerarquizados, es decir, no podrán ser interpretados ni aplicados discrecionalmente por legisladores o jueces; y definitivos, en cuanto tendrán que ser concebidos para garantizar la estabilidad de la sociedad”. Ver a Mejía, Oscar. (2009). *El Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

³⁷ En este caso, la CrIDH estableció que “el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez. Esta violación se produjo por dos causas: i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar para que conociera el caso por la muerte del señor Almonacid Arellano, y ii) por la aplicación del Decreto Ley No. 2.191. La primera violación fue producto de la resolución de la Corte Suprema de 5 de diciembre de 1996 (supra párr. 82.17), mientras que la segunda fue consecuencia de las sentencias de 28 de enero de 1997 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (supra párr. 82.20) y de 25 de marzo de 1998 de la Corte Marcial (supra párr. 82.21)”.

³⁸ El Estado chileno ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990.

³⁹ En el numeral 147 de la sentencia, la CrIDH señala: “En vista de lo anterior, este Tribunal dispone que el Estado debe dejar sin efecto las citadas resoluciones y sentencias emitidas en el orden interno, y remitir el expediente a la justicia ordinaria, para que dentro de un procedimiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano”.

Posteriormente, en el Caso Mendoza y otros Vs. Argentina⁴⁰, el Alto Tribunal señaló la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico argentino en conformidad con los mandatos de la Convención y con la jurisprudencia del intérprete autorizado. En este cometido, no es suficiente retirar del ordenamiento jurídico interno disposiciones opuestas al contenido de la Convención, también se deben retirar las interpretaciones contrarias a su verdadero significado. Lo mismo dijo en el Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile⁴¹: “las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte (...), en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar que la medida de prisión preventiva sea siempre adoptada de acuerdo con esos parámetros”.

En el Caso Lagos del Campo Vs Perú, la CrIDH precisó que “la obligación de garantizar los derechos de la Convención presupone obligaciones positivas para el Estado”, con el fin de proteger los derechos, incluso en la esfera privada. En ese cometido, “las autoridades competentes, sean judiciales o administrativas, tienen el deber de revisar si las actuaciones o decisiones acarrear consecuencias a los derechos fundamentales”.

93. Sobre el particular, este Tribunal ha reconocido que “en términos amplios de la Convención Americana, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal”. En el caso de la libertad de expresión, cuyo ejercicio real y efectivo no depende simplemente del deber del Estado de abstenerse de cualquier injerencia, sino que puede requerir medidas positivas de protección incluso en las relaciones entre las personas. En efecto, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso frente a ataques provenientes de particulares (CrIDH, 2017).

⁴⁰ En el numeral 332 de la sentencia, “la Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo (8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte (...) considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

⁴¹ Respecto a las violaciones a los derechos humanos por la prisión preventiva de la libertad a la que fueron sometidas algunas personas, considerando que el Estado justificó tal conducta en el peligro que representaban aquellas personas para la seguridad nacional, sin que existiera un análisis de “necesidad” exhaustivo. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

En lo que concierne al tema indígena, la CrIDH ha manifestado en varias oportunidades su preocupación por la situación de estas colectividades frente a la vulneración de sus derechos humanos. Así, por ejemplo, en el Caso Saramaka vs. Suriname, la CrIDH estableció que los estados deben reconocer y garantizar el derecho a la propiedad colectiva, así como la propiedad sobre los recursos naturales necesarios para su supervivencia. “Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad” (CrIDH, 2007).

Por estas razones, el Estado debe establecer salvaguardas como la debida participación indígena en los planes, programas y proyectos que se realicen en sus territorios, así como también fijar el beneficio razonable para las colectividades indígenas y realizar estudios de impacto social y ambiental antes de cualquier intervención en sus territorios. En términos del control de convencionalidad concentrado ordenó: i) “revocar las disposiciones legales, administrativas o de otra índole que estén afectando los derechos indígenas”, ii) “adoptar medidas legislativas o de otra índole que puedan ser necesarias para brindar protección judicial y hacer efectivos los derechos colectivos e individuales del pueblo Saramaka”, iii) “reconocer y asegurar el derecho a otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento libre, previo e informado para aquellas actividades que afecten sus tierras, terrenos y recursos” y, iv) “reconocer en concreto la reparación (indemnización administrativa), garantías de satisfacción y no repetición”, entre otras (CrIDH, 2007).

De forma similar, en el Caso Sarayaku vs. Ecuador, la CrIDH señaló que el Estado incumplió con sus obligaciones frente al derecho internacional, al no permitir una participación efectiva en conformidad con los usos y costumbres en las decisiones que podrían afectarlos, según se prueba en el caso *sub examine*.

El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participará a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e

identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural (CrIDH, 2012).

Con base en lo anterior, ordenó al Estado i) reparar *in integrum*, es decir, abarcando todas las medidas necesarias para reparar los daños causados a la comunidad indígena, ii) realizar de estudios de impacto ambiental en conformidad con estándares internacionales y buenas prácticas de respeto y iii) establecer “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención” (CrIDH, 2012).

Años antes, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, fundamento 154, la CrIDH precisó que la propiedad está relacionada con espacios y factores que son importantes para la conservación de la identidad cultural de la comunidad indígena. “En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (CrIDH, 2005).

En esta ocasión, la CrIDH ordenó al Estado de Paraguay medidas adicionales a las que conforman la reparación *in integrum*, medidas que tienen que ver directamente con el ejercicio de control concentrado de convencionalidad, el cual, en este caso, se traduce en la obligación del Estado de adoptar “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (CrIDH, 2005).

Los ejemplos anteriores son solo una muestra de la forma en que la CrIDH y las autoridades de los Estados Parte ejercen el control de convencionalidad. En esa tarea, los Estados, a través de los poderes públicos, entidades y órganos autónomos, deben realizar el control de convencionalidad difuso, con el fin de armonizar el derecho interno de los Estados con el derecho convencional internacional en su integridad. De no cumplir con esta obligación internacional, la CrIDH avoca conocimiento de forma subsidiaria, con el fin de hacer el control que le corresponde.

3.1.2. La justicia constitucional

Como mecanismo para la defensa de los derechos y del orden jurídico en general, el control de constitucionalidad ha tenido receptividad en el constitucionalismo latinoamericano, sirviendo de plataforma para impulsar la defensa de la vigencia y supremacía constitucional. Precisamente, el control de constitucionalidad está para salvaguardar la norma fundamental de las amenazas que puedan generar otras fuerzas y poderes.

La mayoría de los Estados latinoamericanos siguieron la tradición norteamericana en cuanto al empoderamiento de los jueces en el ejercicio del control, pero también adoptaron la visión europea (kelseniana) en cuanto al empoderamiento de un solo Tribunal constitucional. El modelo que se adopta en la esfera regional es entonces un modelo mixto, caracterizado porque el control de constitucionalidad no es una facultad exclusiva de un solo ente, sino que esa facultad se desconcentra⁴² y descentraliza en otras autoridades⁴³. En el constitucionalismo latinoamericano conviven, por tanto, el control concentrado y el control difuso de constitucionalidad.

Según Claudia Storini y Marco Navas Alvear en su obra “La acción de protección en Ecuador. Realidad Jurídica y social”, la Constitución ha confiado en el poder judicial la defensa y garantía de los derechos. “Se trata de una defensa perfectamente garantizada, pues se atribuye a quien tiene encomendado el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, la competencia para asegurar la indemnidad del ordenamiento mediante la fiscalización del proceder de sus órganos” (2013, p.43). La confianza depositada en la magistratura para realizar el control de constitucionalidad y la defensa de los derechos humanos y fundamentales se debe a la legitimación social del Alto tribunal.

La defensa se confía, por tanto, a quien mejor pueda dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características propias de sus pronunciamientos. Además, la atribución de la competencia para tutelar derechos se lleva a cabo configurándola, a su vez, como un derecho de los titulares, el derecho que habilita a todas las personas para “obtener la

⁴² Es desconcentrada porque el otorgamiento de esa facultad se da dentro del mismo ente jurídico, llamado rama judicial o poder judicial. Tribunales, Cortes, Consejos, jueces de distintos rangos conformarían dicho poder, y todos tendrían facultades de control de constitucionalidad, aunque no con el mismo alcance.

⁴³ Es descentralizada porque la atribución de dicha facultad se realiza a distintos entes, no solo de la rama o poder judicial, como por ejemplo a las autoridades administrativas.

tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (Storini y Navas, 2013, p. 43).

En una de sus primeras y más recordadas decisiones, la Corte Constitucional de Colombia determinó que el juez es el “portador de la visión institucional del interés general”, y en esa medida es el encargado de hacer materialmente posibles los derechos fundamentales.

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela (CC. ST-406, 1992).

De esa manera, frente a la inactividad del legislador y frente a la intervención negativa del ejecutivo en los intereses de las colectividades indígenas, ha sido el juez la autoridad llamada a preservar su integridad. Especialmente, han sido los tribunales constitucionales los que a través de su jurisprudencia han identificado, interpretado y aplicado los valores, principios y derechos de valor étnico. El conocimiento de esas causas tiene su origen en la actividad oficiosa de la Corte como por vía de acción ciudadana. En este último caso, el orden constitucional colombiano creó unas acciones para que cualquier persona (individual o colectiva) o ciudadano pudiera promover el conocimiento de causa ante los jueces.

Desde siempre, las decisiones judiciales provenientes de la acción de tutela y de la acción de inconstitucionalidad, han sido el motor de la política indigenista o mestiza del Estado. Es más, Congreso y Gobierno nacional ciñen sus leyes y decretos, a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y esperan, en cada nuevo caso, luces para enfrentar situaciones complejas sobre el tema. De veintiséis fallos relativos a asuntos conectados con la diversidad, solo cuatro corresponden a acciones de inconstitucionalidad, los demás se relacionan con acciones de

tutela. Resulta sorprendente que un instrumento como la tutela, diseñado para defender derechos fundamentales en casos concretos, se haya convertido en el instrumento para fijar las líneas de acción de todo un Estado frente a grupos disímiles entre sí (Balanta, 2019, p. 245).

El diseño constitucional y legal de la acción de tutela posee unas características particulares, que se relacionan con la legitimación de la acción, con el objeto tutelado, con la prontitud de respuesta y con la eficacia del derecho. Por esas razones, esta acción goza de una fuerte legitimación por parte de las colectividades indígenas, pues afirman que ha sido la única forma efectiva para defender sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos. Por supuesto, dicha legitimación tiene que ver con las expectativas de las personas frente al sistema judicial, y sobre todo frente a la necesidad de que sus derechos sean debidamente tramitados y defendidos.

Según lo ordena el artículo 86 de la Constitución de Colombia, los fallos de tutela serán remitidos a la Corte Constitucional para su eventual revisión⁴⁴. De esta manera, compete a la Corte revisar, “en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales” (numeral 9 del art. 241). Sobre esa facultad, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86, dice: “Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave”. Esta disposición debe ser leída armónicamente con el artículo 610⁴⁵ de la Ley 1564 de 2012 y con el artículo 7, numeral 12⁴⁶ del Decreto 262 de 2000⁴⁷. No sobra mencionar, además, que las personas también podrían realizar dicha solicitud de revisión, siempre que demuestren, además de su interés, un interés público o social.

⁴⁴ Aunque en principio los efectos de la sentencia de revisión de tutela son *interpartes*, la *ratio decidendi* o razón fundamental de la decisión es obligatoria para todas las autoridades de todos los niveles.

⁴⁵ El parágrafo 3 del artículo 610 establece: “(...) Así mismo, en toda tutela, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrá solicitarle a la Corte Constitucional la revisión de que trata el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991”.

⁴⁶ “Solicitar ante la Corte Constitucional la revisión de fallos de tutela, cuando lo considere necesario en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

⁴⁷ “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.

A continuación podemos ver tres ejemplos de la adopción de esta acción en las constituciones latinoamericanas: 1. La Constitución Argentina consagra que toda persona “puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares” (art. 43). 2. La Constitución de Bolivia consagra que la Acción de Amparo Constitucional “tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley” (art. 128). 3. La Constitución de Honduras reconoce la garantía de Amparo, impulsada por toda persona agraviada “para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución, los tratados, convenciones y otros instrumentos establecen (art. 183).

Los fallos de tutela que pueden citarse para demostrar su pertinencia frente a la vigencia de los derechos indígenas son numerosos. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCPB), en Sentencia 1617 de 2013, señaló que la garantía y protección de los derechos de los pueblos indígenas depende del abandono de formas coloniales de interpretar y aplicar el derecho. Por tanto, “la construcción de la institucionalidad plurinacional parte del desmontaje de las lógicas de colonialidad, desmitificando la idea de que impartir justicia es solamente una ‘potestad’; sino por el contrario, **asumirla como un servicio al pueblo**” (TCPB, 2013).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano (STC 0022-2009-PI/TC) estableció que la consulta previa debe desarrollarse en conformidad con las circunstancias propias de los pueblos indígenas y sus costumbres, de tal manera que se proteja de forma íntegra su identidad cultural. Para ese efecto, i) debe ponerse a disposición del pueblo indígena toda la información y advertencias de las consecuencias del proyecto; ii) informarles sobre la metodología utilizada para la realización de la consulta y iii) traducir los documentos con el fin de asegurar la comprensión de la información (fundamento 35).

3.1.3. La importancia de la acción pública en la garantía de los derechos indígenas

Manuel Quinche resume muy bien la temporalidad de la API en el ordenamiento jurídico colombiano, estableciendo unos periodos de tiempo que, según él, fueron definitivos en la

consolidación de dicha institución. En sus palabras, la API puede ser comprendida en cinco segmentos:

La historia de la acción pública de inconstitucionalidad está ligada a la historia del control de constitucionalidad en Colombia, y su desarrollo puede ser presentado en cinco segmentos. El primero de ellos iría desde el nacimiento de la República hasta la expedición de la Constitución de 1853; el segundo segmento correspondería al periodo radical, yendo desde 1853 hasta la expedición de la Constitución de 1886; la tercera etapa, nuevamente conservadora, con supresión del control jurídico, va desde 1886 hasta 1910, momento que da lugar a la cuarta etapa del control, marcada por el establecimiento de la acción pública de inconstitucionalidad en 1910, que iría hasta 1991, cuando se expide la Constitución de ese año. Finalmente se tiene el período actual, caracterizado por el establecimiento de la Corte Constitucional y el ejercicio de lo que algunos caracterizan como control estricto de constitucionalidad (Quinche, 2015, p. 43).

Sin embargo, según la Corte Constitucional colombiana, la API es una institución que tiene en el constitucionalismo colombiano su vientre fértil. Al respecto, Alto Tribunal dice:

Uno de los grandes aportes del derecho colombiano a la ciencia universal del derecho ha sido el hecho de haber consagrado por primera vez la acción pública de inconstitucionalidad, esto es, el control de constitucionalidad de las leyes mediante acción pública.

Ello se consagró en la Ley 2a. de 1904, artículo 2º, para los decretos leyes, y en el Acto Legislativo N°3 de 1910 para las leyes -formales y materiales-. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968 conservaron la acción pública de inconstitucionalidad (CC. SC- 093, 1993).

A partir de ese momento, el control de constitucionalidad público se expandió a otras esferas constitucionales, no solo con la finalidad de defender la supremacía constitucional, sino también como un límite para el ejercicio del poder frente a los derechos humanos y fundamentales. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador establece la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer sobre las demandas de inconstitucionalidad frente a las normas de su competencia (art. 276), así como la legitimación para interponer las demandas de inconstitucionalidad y legitimidad depositada en mil ciudadanos “en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia” (art. 277). En cambio, en México la

legitimación para activar el control de constitucionalidad se reserva a ciertas autoridades del Estado y no a los ciudadanos directamente.

En Colombia se puede observar que la API ha sido legitimada por las comunidades indígenas, porque este instrumento, al igual que la tutela, ha representado una oportunidad efectiva para controlar la actividad del poder legislativo, frenar su ejecución por parte del poder ejecutivo y, por esas vías, garantizar sus derechos colectivos fundamentales. Teniendo en cuenta esa finalidad, las colectividades indígenas directamente, o en otras ocasiones apoyándose en otros estamentos, han promovido el ejercicio del control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional⁴⁸.

En un trabajo anterior se había concluido que la “API ha sido un instrumento efectivo para lograr la eficacia de los derechos de las minorías étnicas” (Zeballosf-Cuathin, 2019, p. 118). Al respecto, debe advertirse que distintas leyes fueron excluidas del ordenamiento jurídico por encontrarse en abierta oposición a la Constitución, especialmente por afectar principios y derechos de valor étnico. Ejemplos de esas decisiones son la Sentencia C-030 de 2008, sobre la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal); Sentencia C-075 de 2009, sobre la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural); Sentencia C-702 de 2010, sobre el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo

⁴⁸ Ver, por ejemplo, las siguientes sentencias C: 027 de 1993, 519 de 1994, 376 de 1994, 370 de 1994, 366 de 1994, 176 de 1994, 058 de 1994, 394 de 1995, 282 de 1995, 151 de 1995, 104 de 1995, 535 de 1996, 262 de 1996, 139 de 1996, 137 de 1996, 037 de 1996, 596 de 1998, 064 de 1998, 1160 de 2000, 795 de 2000, 392 de 2000, 371 de 2000, 288 de 2000, 825 de 2001, 737 de 2001, 579 de 2001, 169 de 2001, 088 de 2001, 891 de 2002, 791 de 2002, 692 de 2002, 614 de 2002, 418 de 2002, 370 de 2002, 898 de 2003, 894 de 2003, 879 de 2003, 694 de 2003, 620 de 2003, 551 de 2003, 292 de 2003, 151 de 2003, 127 de 2003, 245 de 2004, 591 de 2005, 401 de 2005, 208 de 2005, 180 de 2005, 649 de 2006, 187 de 2006, 921 de 2007, 554 de 2007, 398 de 2007, 208 de 2007, 1087 de 2008, 864 de 2008, 750 de 2008, 713 de 2008, 623 de 2008, 461 de 2008, 225 de 2008, 030 de 2008, 942 de 2009, 931 de 2009, 807 de 2009, 728 de 2009, 615 de 2009, 406 de 2009, 375 de 2009, 175 de 2009, 941 de 2010, 915 de 2010, 702 de 2010, 608 de 2010, 063 de 2010, 937 de 2011, 882 de 2011, 468 de 2011, 367 de 2011, 366 de 2011, 273 de 2011, 187 de 2011, 125 de 2011, 1051 de 2012, 943 de 2012, 862 de 2012, 781 de 2012, 767 de 2012, 715 de 2012, 644 de 2012, 641 de 2012, 605 de 2012, 540 de 2012, 489 de 2012, 398 de 2012, 395 de 2012, 318 de 2012, 317 de 2012, 303 de 2012, 293 de 2012, 196 de 2012, 077 de 2012, 027 de 2012, 909 de 2013, 624 de 2013, 359 de 2013, 274 de 2013, 253 de 2013, 252 de 2013, 194 de 2013, 068 de 2013, 054 de 2013, 960 de 2014, 951 de 2014, 948 de 2014, 501 de 2014, 463 de 2014, 371 de 2014, 332 de 2014, 313 de 2014, 269 de 2014, 754 de 2015, 623 de 2015, 620 de 2015, 617 de 2015, 217 de 2015, 150 de 2015, 091 de 2015, 666 de 2016, 520 de 2016, 389 de 2016, 388 de 2016, 379 de 2016, 330 de 2016, 326 de 2016, 298 de 2016, 297 de 2016, 289 de 2016, 273 de 2016, 224 de 2016, 157 de 2016, 730 de 2017, 674 de 2017, 644 de 2017, 607 de 2017, 570 de 2017, 565 de 2017, 555 de 2017, 516 de 2017, 493 de 2017, 309 de 2017, 290 de 2017, 289 de 2017, 135 de 2017, 091 de 2017, 077 de 2017, 080 de 2018, 073 de 2018, 070 de 2018, 067 de 2018, 048 de 2018, 028 de 2018, 027 de 2018, 025 de 2018, 018 de 2018, 017 de 2018, 013 de 2018, 007 de 2018, 492 de 2019, 369 de 2019, 295 de 2019, 253 de 2019, 252 de 2019.

01 de 2009 (circunscripción especial de minorías étnicas) y Sentencia C-366 de 2011, sobre la Ley 1382 de 2010, modificatoria de la Ley 685 de 2001 (Código de minas).

Otras normas acusadas de inconstitucionalidad, con sustento en el principio de conservación normativa y utilizando las sentencias modulativas fueron declaradas exequibles bajo la condición de que su interpretación y aplicación no transgrediera los derechos de las colectividades indígenas.

3.2. La elaboración de la categoría de derechos colectivos fundamentales

La construcción de los derechos colectivos causó fuertes críticas al interior del derecho, pues se decía que simplemente eran la sumatoria de los derechos individuales y que, por tanto, no tenían un sustento ni una naturaleza propia. Con el auge de los derechos humanos, especialmente los de “tercera generación”, se inicia un proceso de legitimación de tales derechos, reconociéndoles existencia autónoma y consustancial. Y partiendo de estos derechos, la jurisprudencia constitucional reconoció la existencia de unos derechos colectivos de carácter especial, a saber, los derechos colectivos fundamentales.

3.2.1. El concepto de derechos colectivos

La visión liberal de los derechos como derechos subjetivos individuales enfrentó una crisis asociada a la aparición de visiones diferentes, las cuales defendían la existencia de derechos no en función del sujeto particular sino del sujeto colectivo, que crea y moldea su identidad en conformidad con la cultura a la que pertenece. En esa perspectiva, la idea de que los derechos fundamentales son y se construyen alrededor del sujeto individual, en lo que se conoce como derechos subjetivos particulares, ya no corresponde con exigencias sociales de comunidades diversas, como la colombiana, en la que confluyen e interactúan diversas culturas. Entonces, fue necesario construir y acuñar el concepto de derechos colectivos.

El concepto de derechos colectivos es un concepto *esencialmente controvertido*, para usar las palabras de Pérez de la Fuente, ya que rompe diametralmente la noción de los derechos individuales, razón por la que el liberalismo reacciona, en primer lugar, refutando sus bases, su

naturaleza y su eficacia. “La noción de derechos colectivos es polémica, ya que domina la idea de que los derechos colectivos son una categoría injustificada, poco o nada consistente teóricamente, innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa” (Calera, 2000, p. 13, citado por, Pérez de la Fuente, 2005, p. 421)⁴⁹.

Pero lo cierto es que con el avance que han tenido los derechos humanos, especialmente los llamados de “tercera generación”, la comprensión de estos derechos ha sido un poco más sensible. Desde ese marco normativo y para el exterior, se dice que los derechos colectivos son los que corresponden a los pueblos, estados y naciones para lograr solidaridad, convivencia pacífica, desarrollo, autodeterminación, etc. En la esfera interna de cada Estado se habla de derechos colectivos, cuyo goce es de todos, como el espacio público, seguridad pública, patrimonio público, medio ambiente, entre otros.

3.2.2. El concepto de derechos colectivos fundamentales

Pero si comprender la existencia de tales derechos colectivos fue un asunto complejo y complicado, aún más lo será comprender que existen *derechos colectivos fundamentales*, que corresponden a colectivos que “tienen realidad propia, prefiguración necesaria, existencia autónoma, algún género de “vida” que, aun cuando necesite, como condición de posibilidad, de las células o componentes que son los individuos, rebasa, en una unidad superior, la realidad de esos sus componentes (Amado, 2001, p. 188).

Estos derechos tienen una singularidad especial, en el sentido de que son derechos fundamentales de una colectividad, y que, por tanto, pueden protegerse a través de la acción de tutela.

En este contexto los derechos colectivos fundamentales podrían definirse como aquellos derechos que le pertenecen a un *ente consustancial de derechos*, que están localizados fuera de la órbita de lo meramente individual para arraigarse en una *subjetividad colectiva*

⁴⁹ Pérez de la Fuente desarrolla cuatro tesis contra los derechos colectivos: i) individualista, ii) jurídica, iii) de la redundancia y iv) de los riesgos (2005, pp. 433-455). En seguida desarrolla también cuatro tesis a favor de dichos derechos: i) social, ii) colectivista, iii) política y iv) de la concreción (pp. 455-499).

connatural, aspecto que hace que dicha colectividad tenga sentido y funcionalidad en cuanto a su existencia. En consecuencia, no son derechos que se suman al tiempo que se suman individuos; son algo más, *tienen una esencia que se localiza en el espíritu de un ser que no es un ser particularmente considerado, sino un ser muchas veces intangible e incomprensible, pero que por su misma naturaleza requiere de una protección constitucional especial* (Zaballosf-Cuathin, 2019, p. 115-116).

Estos entes abstractos, que se crean en una arquitectura disímil, poseen unas cualidades esenciales que lo definen y lo distinguen, que lo hacen místico en su ser y complejo en su forma, pero que, al fin y al cabo, mantiene una sustancia que lo mantiene unido y que le otorga autonomía y especificidad: la identidad. Estas son, por ejemplo, las comunidades étnicas, cuya apreciación y valoración no es compatible con el derecho occidental, pues no se producen y desarrollan bajo esa lógica individualista, sino que, por el contrario, son reconocidos y aplicados en función de una titularidad colectiva.

En Colombia, estos “derechos colectivos fundamentales” fueron producto del activismo de la Corte Constitucional desde 1992, trabajo que ha sido permanente y cuyo registro ha quedado en una amplia jurisprudencia. Escapa a la intención de este trabajo analizar toda la jurisprudencia, por lo que se analizarán algunas sentencias que, a criterio propio, pueden mostrar el alcance de esos derechos.

3.2.3. Los derechos colectivos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El reconocimiento de principios, valores y derechos de valor étnico en la Constitución, como por ejemplo la diversidad étnica y cultural (art. 7), supone la existencia de colectividades diferentes, las cuales comprenden el mundo de una manera distinta al pensamiento occidental. Ahí se contienen sus usos y costumbres, sus tradiciones, su cultura, historia y espiritualidad, manifestaciones que no pueden ser comprendidas desde un enfoque individualista. Según lo señala Kloosterman, las colectividades indígenas “reclaman derechos colectivos porque estos garantizan, mejor que los derechos humanos individuales, la preservación de la identidad colectiva” (1997, p. 20). Esto, por supuesto, no contradice la existencia de derechos individuales para los miembros de

la comunidad, que en efecto existen y se garantizan. Simplemente se predica la existencia de otros que son una derivación del pensamiento holístico, integral y connatural de la colectividad.

En Sentencia T-380 de 1993, el Órgano de cierre estableció que los derechos de los pueblos indígenas no pueden confundirse con los derechos colectivos de otras colectividades nacionales. La comunidad indígena es un sujeto colectivo autónomo, “no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos”. Por ello, no hay que confundir los derechos colectivos de todos los nacionales colombianos, que son susceptibles de protección a través de las acciones populares (art. 88 C.P., y Ley 472 de 1998), con los derechos colectivos fundamentales de las comunidades étnicas.

La Corte afirmó que el reconocimiento de ese tipo de derechos es necesario para proteger el derecho fundamental a la subsistencia o supervivencia cultural de las colectividades indígenas, como derivación del derecho a la vida (art. 11). En otras palabras, los derechos colectivos son un fin en sí mismos por su conexidad con la dignidad y con los derechos fundamentales; pero también son el medio por el cual se satisface principalmente el derecho fundamental a la subsistencia cultural.

El Constituyente de 1991 “con el fin de proteger la integridad territorial y cultural de los pueblos indígenas estableció la propiedad colectiva de los resguardos y de las tierras comunales de las etnias asignándoles, entre otros, el carácter de inenajenables” (CC. SC-139, 1996). Se reconoce así que la propiedad colectiva (territorios, resguardos indígenas y tierras comunales) no es un elemento que puede instrumentalizarse para fines netamente económicos, sino que hace parte de su identidad cultural. En efecto, la concepción sobre los territorios indígenas trasciende la noción jurídica y económica de occidente, toda vez que las colectividades indígenas están vinculadas en una conexión simbiótica con esos espacios, en los que se incluyen con la misma importancia la dimensión “comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo” (CC. ST-188, 1993).

Por otra parte, la Corte Constitucional, acogiendo los mandatos internacionales, ha integrado a su jurisprudencia el principio de autodeterminación⁵⁰, que indica la potestad de las colectividades indígenas para determinar su existencia, sin más límites que los que imponga la propia comunidad, la Constitución y las leyes. Esa potestad es amplia, en el sentido de que cobija todas sus estructuras y formas de vida y organización. Sobre ese tema, en Sentencia T-371 de 2013 precisó que el principio de autodeterminación comprende los siguientes derechos:

(i) escoger la modalidad de gobierno que las debe regir; (ii) consolidar y determinar sus organismos políticos y sus funcionarios tradicionales; (iii) instituir de manera propia de acuerdo con sus usos y costumbres y lo establecido en la ley, las funciones que les corresponde asumir a tales autoridades; (iv) determinar los procesos y requisitos de elección de sus dirigentes, así como las modificaciones y actualizaciones de dichas normas; y (v) definir las instancias internas de resolución de sus conflictos electorales. Lo anterior, sin desconocer las limitaciones establecidas por la Constitución y el legislador (CC. ST-371, 2013).

En otra oportunidad, abordando específicamente el tema del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, indicó que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado este principio dentro del marco del Estado constitucional, concluyendo que los valores, principios y derechos de valor étnico son fundamentales para la garantía y respeto de la diferencia. La Corte señaló expresamente:

La jurisprudencia constitucional ha entendido la autonomía como el derecho que tienen a decidir por sí mismas los asuntos y aspiraciones inherentes a su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes culturales propios y a su cosmovisión, de conformidad con la pluralidad y la diversidad, pero conforme con el marco constitucional y legal del Estado constitucional y democrático de Derecho, toda vez que el pluralismo y la diversidad étnica y cultural (i) no pueden ser ajenos ni contrarios a la unidad nacional, ni a los valores constitucionalmente superiores; y (ii) por el contrario, constituye el presupuesto analítico y normativo sine qua non para que pueda garantizarse la tolerancia, la pluralidad y la diversidad, al constituir un marco normativo mínimo que fija los

⁵⁰ Sentencia T-601 de 2011, 300 de 2013, 371 de 2013, 871 de 2013, 973 de 2014, 462A de 2014, 155 de 2015, 188 de 2015, 313 de 2016, 704 de 2016, 302 de 2017, 357 de 2017, 568 de 2017, 576 de 2017, 650 de 2017, 272 de 2017, 009 de 2018, 300 de 2018, 107 de 2019. Sentencia C-293 de 2012.

valores, principios y derechos esenciales sin los cuales no puede existir el reconocimiento y la garantía y respeto de la diferencia (CC. ST-973, 2014).

La autonomía que se predica de la capacidad de las colectividades indígenas de autogobernarse, autogobernarse y decidir por sí mismas todo cuanto sea de su interés (social, político, cultural, jurídico, espiritual, etc.), se complementa con la autonomía territorial “(arts. 287, 329 y 330 de la CP), con la circunscripción especial para la elección de congresistas (arts. 171 y 176 Const.), con la autonomía jurisdiccional (art. 246) y con el gobierno propio (art. 330) (CC. ST-769, 2009).

De la mano del principio de autonomía, el constituyente de 1991 dejó consagrada la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) en el artículo 246 de la Constitución, en los siguientes términos: “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 leyes de la República”. En desarrollo de este postulado, el Alto tribunal ha reiterado⁵¹ que la JEI es un derecho de carácter fundamental, porque en ese sistema se encuentran tanto la estructura de autoridad como los límites, restricciones, sanciones y castigos, que son los insumos necesarios para controlar y restablecer la armonía de la comunidad. La Corte define la JEI con el siguiente alcance:

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con la jurisprudencia

⁵¹ Sentencias T: 254 de 1994, 496 de 1996, 349 de 1996, 523 de 1997, 667A de 1998, 652 de 1998, 344 de 1998, 934 de 1999, 634 de 1999, 266 de 1999, 030 de 2000, 1022 de 2001, 932 de 2001, 606 de 2001, 728 de 2002, 239 de 2002, 048 de 2002, 379 de 2003, 1238 de 2004, 811 de 2004, 1294 de 2005, 1070 de 2005, 778 de 2005, 603 de 2005, 996 de 2007, 945 de 2007, 549 de 2007, 009 de 2007, 1253 de 2008, 1026 de 2008, 349 de 2008, 973 de 2009, 903 de 2009, 514 de 2009, 113 de 2009, 952 de 2010, 617 de 2010, 110 de 2010, 812 de 2011, 670 de 2011, 669 de 2011, 601 de 2011, 364 de 2011, 235 de 2011, 523 de 2012, 236 de 2012, 097 de 2012, 002 de 2012, 001 de 2012, 942 de 2013, 921 de 2013, 866 de 2013, 659 de 2013, 548 de 2013, 496 de 2013, 454 de 2013, 449 de 2013, 975 de 2014, 973 de 2014, 764 de 2014, 642 de 2014, 491 de 2014, 098 de 2014, 463 de 2014, 169 de 2014, 685 de 2015, 661 de 2015, 300 de 2015, 208 de 2015, 196 de 2015, 081 de 2015, 010 de 2015, 530 de 2016, 522 de 2016, 515 de 2016, 500 de 2016, 397 de 2016, 312 de 2016, 201 de 2016, 443 de 2018, 365 de 2018, 300 de 2018, 009 de 2018, 405 de 2019, 208 de 2019, 172 de 2019, 063 de 2019, 001 de 2019.

Sentencias C: 058 de 1994, 104 de 1995, 139 de 1996, 037 de 1996, 393 de 2000, 392 de 2000, 760 de 2001, 756 de 2002, 580 de 2002, 457 de 2002, 370 de 2002, 879 de 2003, 694 de 2003, 151 de 2003, 127 de 2003, 187 de 2006, 921 de 2007, 713 de 2008, 063 de 2010, 882 de 2011, 326 de 2016, 154 de 2016, 674 de 2017, 080 de 2018, 025 de 2018, 007 de 2018.

Sentencias SU: 510 de 1998, 383 de 2003, 154 de 2006, 698 de 2017, 217 de 2017.

constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena⁵² ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad (CC. SC-463, 2014).

El anterior es un concepto de interés para el propósito de este trabajo, ya que para la Corte no se trata solo de una estructura funcional, sino de un derecho colectivo fundamental que se predica, más allá del ámbito de las autoridades y de los individuos, de la comunidad como un todo. Debe distinguirse la JEI del fuero indígena⁵³, entendido como “un derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas de acuerdo con sus normas y procedimientos” (CC. ST-921, 2013).

En 1996 el Tribunal de cierre, en el contexto de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 89 de 1890, había establecido cuatro elementos “centrales” de la JEI:

El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de "normas y procedimientos"-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma

⁵² El fuero, dice la Corporación en la misma sentencia, “es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional”.

⁵³ Sentencias T: 496 de 1996, 667A de 1998, 344 de 1998, 934 de 1999, 266 de 1999, 728 de 2002, 552 de 2003, 1238 de 2004, 811 de 2004, 1294 de 2005, 1070 de 2005, 778 de 2005, 945 de 2007, 009 de 2007, 1026 de 2008, 903 de 2009, 617 de 2010, 364 de 2011, 523 de 2012, 097 de 2012, 002 de 2012, 001 de 2012, 942 de 2013, 921 de 2013, 866 de 2013, 659 de 2013, 496 de 2013, 454 de 2013, 449 de 2013, 975 de 2014, 973 de 2014, 764 de 2014, 642 de 2014, 098 de 2014, 685 de 2015, 661 de 2015, 208 de 2015, 196 de 2015, 081 de 2015, 522 de 2016, 515 de 2016, 397 de 2016, 208 de 2019.
Sentencia C: 139 de 1996, 370 de 2002, 151 de 2003, 127 de 2003, 882 de 2011, 463 de 2014, 135 de 2017.

estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad, del que la Corte se ocupará en detalle más adelante (CC. SC-139, 1996).

Según lo explica la Corte Constitucional, los dos primeros elementos de la JEI conforman el núcleo esencial del principio de autonomía, el cual se traduce en la institucionalidad para administrar justicia y una potestad en la creación de derecho, en este caso consuetudinario, cuya materia principal son los usos y costumbres de la comunidad indígena⁵⁴. No garantizar dichos elementos que se sustentan básicamente en el artículo 7 y 246 de la Carta, ocasiona una vulneración directa al derecho fundamental de autonomía. Al contrario, si se sobrepasan los límites de la autonomía, se estaría generando una vulneración directa al contenido constitucional (CC. ST-098, 2014).

En esta instancia, es necesario diferenciar entre la autonomía que se predica, por un lado, cuando los conflictos involucran miembros de la misma comunidad, y por otro lado, cuando en el conflicto están involucrados miembros de otra cultura. En el primer caso, opera el principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos” (mayor autonomía frente a restricciones internas). En el segundo caso, procede el de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (minimización de las restricciones a su autonomía⁵⁵). “El principio de maximización de la autonomía en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas trasciende todo el orden jurídico nacional. Su manejo práctico queda demostrado en el caso de la colisión de bienes e intereses entre diferentes derechos e intereses privados y generales” (Semper, 2006, p. 773).

El principio de “mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía” puede ser aplicado indistintamente, por lo que es importante considerarlo en esta argumentación. El reto es determinar si esas manifestaciones culturales son aceptables frente a la Constitución, lo cual exige que las autoridades busquen en algunas ocasiones el apoyo en otras ciencias, disciplinas y saberes con el fin de que la traducción que se haga de esas expresiones culturales sea la correcta. En ese

⁵⁴ En conexidad con el principio de autonomía se encuentra el principio de autodeterminación, sustento axiológico que informa la capacidad de los pueblos de autodirigirse y gobernarse, de conformidad con sus tradiciones culturales.

⁵⁵ De acuerdo con la ponderación de los principios en disputa, las restricciones a la autonomía solo son admisibles cuando: “(i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad” (CC. SC-463, 2014).

sentido, se necesita de “una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos originarios, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de *traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa*” (CC. ST-514, 2009). Solo así podría determinarse cuáles elementos de esa moral colectiva son susceptibles de protección constitucional.

El supuesto del cual se parte es que no toda actividad jurisdiccional especial está permitida, solo lo está aquella que se ajuste a los cánones constitucionales, pues existen unos límites que deben observarse plenamente en el ejercicio de la JEI. Por ejemplo, el “derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas”, y en esa misma vía, “la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación” (CC. Sentencia T-254, 1994).

Respecto de la subsistencia e integridad cultural, en la Sentencia C-058 de 1994, el máximo órgano constitucional resuelve la constitucionalidad de la Ley 48 de 1993, en lo referente a la exención de la prestación del servicio militar obligatorio para los indígenas. La razón fundamental de la decisión en lo particular tiene que ver con la finalidad constitucional de la norma: la protección del ser indígena, tanto en su dimensión individual como en su ser colectivo. En ese momento la Corte pronunció:

Los indígenas constituyen grupos que, debido a los peligros que existen para la preservación de su existencia e identidad étnica y cultural, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta que justifica una especial protección del Estado. Además, las comunidades indígenas, como tales, son titulares de derechos fundamentales que deben ser protegidos por el Estado, entre los cuales el derecho a la subsistencia y a la no desaparición forzada. Para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica (CC. SC-058, 1994).

La corte concluyó que la finalidad de la norma es evitar que el indígena salga de su ambiente cultural, pues puede perder su identidad y la oportunidad de seguir “perpetuando su especie y su cultura”. Nótese que la norma en cuestión goza de validez constitucional porque, en primer lugar, establece una medida para proteger al individuo y, en segundo lugar, protege a la comunidad en

su identidad e integridad cultural. Ambas medidas son razonables, adecuadas, conducentes y necesarias a la luz de la Carta fundamental.

En Sentencia C-208 de 2007 la Corte se pronunció en el mismo sentido; pero esta vez refiriéndose al “derecho fundamental a la educación especial”. Reiteró que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales⁵⁶ tanto de forma individual como colectiva. El pronunciamiento del Alto tribunal llevó a concluir que la educación especial es un derecho fundamental y a la vez un medio para lograr la conservación de los patrones culturales de las comunidades étnicas. Expresamente señaló:

El derecho a una educación especial reconocido a las comunidades tradicionales es un derecho fundamental de doble vía. Lo es, por tratarse de un derecho connatural a todos los hombres entre los que se cuentan los indígenas, y también, por cuanto hace parte integral del derecho a la identidad cultural que, como se ha dicho, tiene dimensión *ius fundamentalis*. Este derecho fundamental de las comunidades indígenas a recibir una educación especial, también es reconocido por el Convenio 169 de la O.I.T. que, como se anotó anteriormente, se incorpora al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991 y hace parte del bloque de constitucionalidad, razón por la cual sus normas, al lado de la Carta Política, se constituyen en referente obligatorio para la Corte dentro del juicio de constitucionalidad de las leyes (CC. SC-208, 2007).

Once años más tarde, la Corte Constitucional reiteró respecto a la etnoeducación⁵⁷ que es un derecho fundamental -con enfoque diferencial-, pues a través de ese modelo se garantizan otros principios, como la diversidad étnica y cultural. “En consecuencia, (i) constituye un mecanismo que permite salir de la exclusión y discriminación y (ii) hace posible la conservación y el respeto de “sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos”. Es por ello por lo que “su titularidad se radica tanto en cabeza de los miembros de la Comunidad, individualmente considerados, como de la misma comunidad, en su la calidad de sujeto jurídico colectivo” (CC. ST-300, 2018).

⁵⁶ Se refiere también al derecho fundamental a la consulta previa, identidad cultural y etnoeducación.

⁵⁷ Ver también: Sentencia C-208 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-379 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-379 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-514 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-049 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-390 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T-355 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia T-397 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schelesinger; Sentencia SU-011 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-228 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Sobre el derecho a la salud, como se ilustró en la sección que abordó la interculturalidad, es un derecho colectivo fundamental, en el sentido de que la salud es comprendida en términos de tradición cultural. La libertad de escoger profesión u oficio en términos generales requiere de títulos de idoneidad; sin embargo, hay algunas excepciones: “puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales” (CC. SC-377, 1994). Estas prácticas se amparan en la diversidad étnica y cultural y en la exigencia de “adaptabilidad cultural” (CC. ST-302, 2017).

En la mencionada providencia, la Corte Constitucional declaró el “estado de cosas inconstitucional” frente a los derechos de los niños Wayuu de la Guajira. El Tribunal concluyó que los niños y niñas de este pueblo son víctimas de “una vulneración generalizada, desproporcionada e injustificada de los derechos al agua, a la alimentación y a la salud”, entre otros derechos (CC. ST-302, 2017). En cuanto a la seguridad alimentaria expresó: “La principal vulneración de este derecho se encuentra en la situación de inseguridad alimentaria causada, entre otros motivos, por la pérdida de las tradiciones alimentarias según los usos y costumbres del pueblo Wayuu”. Además, consideró que este derecho es un derecho colectivo por estar vinculado inexorablemente a sus tradiciones. Y con respecto al derecho a la salud dijo que en la prestación de los servicios de salud debe tenerse en cuenta el enfoque diferencial y las siguientes garantías:

(i) producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas; (ii) organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control; (iii) organizar y prestar los servicios de salud por los miembros de las comunidades indígenas conforme a sus convicciones y creencias; y por último, (iv) intervenir en la planeación, administración y ejecución de los servicios de salud. La Corte ha resaltado, con el ánimo de reivindicar los derechos de los miembros de las comunidades indígenas, que el Estado tiene el deber de construir un sistema de salud acorde a las diferencias y necesidades propias de los pueblos indígenas (CC. ST-302, 2017).

Como puede evidenciarse en ese pasaje, la prestación del derecho a la salud debe corresponder con la cosmovisión de las colectividades étnicas, en conformidad con sus particularidades, necesidades y tradiciones propias, tanto en el nivel individual como colectivo⁵⁸. Con ese

⁵⁸ El artículo 2 de la Ley 1751 de 2015 estableció al respecto que: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna,

fundamento debe estructurarse un modelo de salud integral, que tenga en cuenta todas las aristas y facilite el diálogo intercultural.

Los anteriores ejemplos muestran el desarrollo que han tenido los derechos colectivos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consolidándose como un tipo de derechos connaturales y consustanciales a la colectividad, que reciben un tratamiento especial por esas mismas razones y que responden a la organización y espiritualidad indígena. No obstante, en tal reconocimiento es necesario superar ciertas barreras que no permiten una visión integral de los derechos y sus garantías, y que la misma Corte debe observar, como el problema de la traducción intercultural y el ajuste de la fundamentación epistémica. Precisamente, estos retos son extensivos al derecho colectivo fundamental de consulta previa y consentimiento libre, previo e informado.

3.3. El caso del derecho colectivo fundamental a la consulta previa y consentimiento libre, previo e informado

En esta sección, el propósito es, en primer lugar, realizar una descripción de los fundamentos jurídicos del derecho a la consulta previa, libre e informada. En segundo lugar, analizar el desarrollo jurisprudencial del derecho en la Corte Constitucional. Y, finalmente, explicar el alcance de la participación, de la diligencia debida y del consentimiento previo.

3.3.1. El sustento normativo de la consulta previa

El Convenio 169 de la OIT señala que con el fin de alcanzar la garantía y el goce efectivo de los derechos humanos y fundamentales de los pueblos indígenas, los estados y los gobiernos deben diseñar e implementar acciones sistemáticas y coherentes encaminadas a proteger sus derechos (numeral 1, artículo 2). Esto significa que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse

eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente” (literal a, artículo 5). Para ello, 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;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin (numeral 1, artículo 6).

Para el cumplimiento de ese mandato, se ordena a los gobiernos a tomar medidas para su aplicación, sobre todo relacionadas con la necesidad de consultar a los pueblos, de buena fe, y siguiendo procedimientos apropiados, con el objeto de lograr un acuerdo consentido. La primera medida adoptada por el Estado colombiano fue aprobar la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprobó el mencionado Convenio. Más tarde, la Corte Constitucional precisará su ubicación y alcance en el bloque de constitucionalidad.

Las disposiciones constitucionales que se vinculan directamente con el Convenio 169 y que soportan axiológicamente el derecho a la consulta previa son varias, se destaca el artículo 330 de la Constitución Nacional, el cual dispone que 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”. Esta disposición señala, además, que “en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Aunado a ello, consagra el principio de participación efectiva, cuando la intervención del Estado ponga en riesgo la integridad de las comunidades étnicas.

Además, el derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad, a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante

Convenio 169 OIT–, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante PIDESC–, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –en adelante CADH–. Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de las controversias y además marco de acción para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos indígenas, como un principio de derecho internacional público. Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General N° 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa (CC. SU-123, 2018).

Ese catálogo es complementado con los pronunciamientos del Relator Especial para los Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General número 24), relativos a la necesidad de respetar los derechos humanos con la “*diligencia debida*”.

3.3.2. La consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En la primera década de su actividad, la Corte interpretó que el derecho fundamental a la identidad e integridad étnica se canaliza a través de otro derecho fundamental, a saber, el de participación. Este principio adquiere realidad a través del mecanismo de consulta. Así lo explicó el Tribunal en Sentencia SU-039 de 1997⁵⁹:

De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de

⁵⁹ “La Sala Plena de la Corte Constitucional revisa el proceso de la acción de tutela radicado bajo el número T-84771 instaurada por el señor Defensor del Pueblo, doctor Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia”. Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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 de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (CC. SU-039, 1997).

Cinco años más tarde, en Sentencia SU-383 de 2003⁶⁰, la Corte recordó que el Convenio 169 de la OIT y concretamente el derecho a la consulta previa hacen parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo, reiteró la importancia de la participación:

i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales – Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad (CC. SU-383, 2003).

En conformidad con la anterior argumentación, la participación de las comunidades mediante un mecanismo adecuado de consulta permitirá decidir sobre lo que atañe, “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 medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”, “buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y

⁶⁰ La Corte revisa los fallos de tutela proferidos “por el Juez Quince Civil del Circuito y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y la Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Consejo Nacional de Estupefacientes y cada uno de sus integrantes, la Dirección Nacional de Estupefacientes, y el Director de la Policía Nacional”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

tribales” (CC. ST-769, 2009)⁶¹. Este es un escenario en el que se hace posible un diálogo intercultural con fines de entendimiento, y particularmente para asegurar la participación efectiva en el debate y la decisión sobre lo que les concierne.

Las partes en conflicto, desde una posición de igualdad y a través de un diálogo intercultural, buscarán lograr consensos sin sacrificar del todo el principio de interés general o el principio de diversidad étnica y cultural. “Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales”, dice la Corte en la misma sentencia. Lastimosamente, la valoración que hace la Corte sobre las compensaciones que fungen como instrumentos de refuerzo (en realidad de intercambios) del diálogo y la consulta muestran resultados negativos, pues el escenario de consulta previa se convierte en un escenario de transacciones, donde el objeto y fin de la consulta pasa a un segundo plano.

El Tribunal también ha reiterado la necesidad de proteger la identidad de las comunidades étnicas y cumplir con la obligación de garantizar la autonomía y la participación, por lo que “las actuaciones del Estado que puedan afectarlas no se adelanten si les ocasionan desmedro a su integridad cultural, social y económica” (CC. ST-080, 2017)⁶². Además, de manera particular, con el fin de asegurar el correcto desarrollo del mecanismo de consulta y ante la ausencia de una reglamentación especial, el Tribunal constitucional ha proferido las siguientes reglas generales:

- (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.);
- (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta;
- (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los

⁶¹ La Corte revisa “el fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por Álvaro Bailarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Minas y Energía; y de Protección Social”. Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nelson Pinilla Pinilla.

⁶² La Corte revisa “el fallo de única instancia dictado por el Tribunal Administrativo de Villavicencio -Sala Penal- en la acción de tutela instaurada por Martín Narváez Gómez en calidad de Capitán del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) y otro, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Interior -Dirección de Consulta Previa-, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Defensa y otros”. Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-080 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (CC. ST-080, 2017).

Con respecto al primer criterio, se insiste en que el fin de la consulta es lograr un acuerdo genuino⁶³, mediante una participación efectiva⁶⁴ que procure un diálogo intercultural⁶⁵, lo que quiere decir que en esa instancia las partes son interlocutores válidos por encontrarse en el mismo nivel de interlocución. Según Padilla, “es precisamente en el ejercicio de la consulta previa donde con mayores garantías se genera el espacio que pueda hacer posible un diálogo intercultural entre valores, saberes y lógicas de pensamiento (2016, sp). Estos criterios son fundamentales para alcanzar consensos bajo el postulado de la confianza legítima, según el cual todos esperan que el Estado y demás intervinientes se comporten en conformidad con los mandatos de la Constitución, especialmente con los derechos fundamentales.

A partir de las anteriores reglas, la Corte ha construido unas subreglas para precisar mejor el proceso de consulta:

(i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la

⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018.

⁶⁴ Ver al respecto: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias SU-039 de 1997, T-376 de 2012 y T-550 de 2015. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones); Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 (excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (fondo, Reparaciones y Costas).

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-937 de 2011; -514 de 2012; T-436 de 2016; T-667 de 2017; T-002 de 2017; SU-011 de 2018; C-017 de 2018; SU: SU123 de 2018; T-011 de 2019; T- 063 de 2019; T-281 de 2019; Sentencia C-295 de 2019; T: 444 de 2019.

consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social (CC. ST-080, 2017).

Recientemente, en el año 2019, el Tribunal reiteró la necesidad de tener en cuenta esas reglas en el desarrollo de la consulta previa. Pero además planteó la necesidad de que la consulta esté acompañada por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, con el fin de asegurar la vigilancia institucional de ese proceso (CC. ST-444, 2019)⁶⁶. Entre dichas reglas, llama la atención la de celebrar una consulta sobre la consulta, o también llamada pre-consulta, cuyo papel es preparar el terreno para que el escenario de diálogo y concertación se desarrolle de manera planificada y con normalidad. Sin embargo, uno de los principales problemas que persisten en este contexto es precisamente la ausencia de unas reglas mínimas exigibles para el desarrollo del diálogo, sin las cuales no se puede hablar de un diálogo horizontal y mucho menos de una traducción intercultural.

La Corporación Constitucional⁶⁷ también ha establecido unos requisitos fácticos para la ejecución de la consulta, que tienen que ver especialmente con la afectación directa en la integridad de la colectividad indígena, entendida como el impacto positivo o negativo de las medidas sobre las estructuras de las comunidades. Existe afectación directa cuando:

(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la

⁶⁶ La Corte revisa el fallo de segunda instancia “proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 31 de mayo 2019, que revocó la sentencia del 20 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla que declaró improcedente el amparo para, en su lugar, negarlo”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-444 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

⁶⁷ Ver al respecto, entre otras sentencias, las siguientes: SU-039 de 2003, T-1045A de 2010; T-256 de 2015; SU-217 de 2017; SU-133 de 2017; T-733 de 2017.

medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido (CC. SU- 123, 2018).

En relación con las medidas de carácter general (leyes, reformas constitucionales y actos generales), en principio la Corte dice que no son susceptibles de consulta. Pero si las medidas afectan “con especial intensidad o de manera diferenciada” a las colectividades indígenas, la activación del mecanismo es inevitable. Así, en Sentencia C-030 de 2008, la Corte indicó que la consulta procede “cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”. Este supuesto se presentó por ejemplo en las Leyes 1021 de 2006, 1152 de 2007 y 1382 de 2010.

Por otro lado, la consulta procede también por la afectación del territorio, al considerar que este no se reduce a reglas abstractas y formalistas, por lo que debe “indagarse en la ley consuetudinaria de la colectividad o derecho mayor y con la comunidad en los términos del artículo 7.3 del Convenio 169 OIT sin que, en ningún caso pueda establecerse un criterio uniforme rígido de delimitación territorial” (CC. SU-123, 2018). Lo anterior teniendo en cuenta que el territorio para las comunidades indígenas puede ser definido tanto desde el punto geográfico o restringido, (resguardos, tierras comunitarias, territorios indígenas) como desde el punto de vista amplio (cultural)⁶⁸. Según la Corte, el problema que se advierte es que no toda afectación al territorio en su perspectiva cultural puede ser objeto de consulta.

Dicha apreciación restringida abre ampliamente las posibilidades para que el Estado omita el agotamiento de la consulta previa. Este fue el caso que resolvió la Sentencia inmediatamente citada, cuyo supuesto de hecho parte de la deficiencia en la comprensión del territorio desde la perspectiva cultural por parte de la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. En efecto, esta autoridad había certificado la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia del proyecto, no obstante, esto derivó en la vulneración de los

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: SU-039 de 1997; T-617 de 2010; T-235 de 2011; T-693 de 2011; T-698 de 2011; T-005 de 2016; SU-217 de 2017 y SU-123 de 2018.

derechos de las comunidades afectadas. “Por tal razón, la Corte considera que los certificados de presencia de las comunidades étnicas deben incluir un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia” (CC. SU-123, 2018).

Además de la afectación del territorio, la Corte Constitucional ha considerado que la afectación puede producirse en otros elementos que hacen parte de la cultura viva de las comunidades tradicionales, como por ejemplo el ambiente, la naturaleza y el hábitat, que son afectados por el impacto negativo ambiental⁶⁹, causado por la explotación en el marco de un reparto inequitativo de los bienes y cargas de los nichos ecológicos”. Estos eventos exigen abordar esta problemática desde la justicia ambiental⁷⁰, “distributiva” y “participativa”. Igualmente, pueden resultar lesionados otros derechos colectivos como la salud, las estructuras sociales, económicas, espirituales, culturales⁷¹. Y de manera particular, pueden surgir afectaciones en el plano de la implementación de medidas en el marco del Sistema Nacional de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR) y en la Justicia Especial para la Paz (JEP), razón que justifica la adopción de enfoque diferencial e interseccional para garantizar su identidad y cultura⁷².

3.3.3. Participación, *diligencia debida* y consentimiento previo, libre e informado

La Corte Constitucional afirma que hay básicamente dos tipos de participación en la consulta previa: el primer tipo de participación es débil debido a que la intensidad de la afectación es de bajo nivel y el segundo tipo de participación es fuerte, porque el nivel de afectación es alto, ya que

⁶⁹ Ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-359 de 2015, T-704 de 2016, T-730 de 2016, T-272 de 2017 y T-733 de 2017.

⁷⁰ La justicia ambiental puede ser entendida como el “tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-294 de 2014, T-294 de 2014, SU-133 de 2017, SU-217 de 2017 y T-272 de 2017.

⁷¹ Ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1045A de 2010 y SU-133 de 2017.

⁷² Al respecto Balanta afirma que las consultas previas “se llevaron a cabo a partir del mes de noviembre de 2018 con los pueblos rrom, indígena, las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras del país. A raíz de estas, las entidades del SIVJRNR adquirieron mayor legitimidad con los pueblos étnicamente diferenciados que desde el principio del proceso han reclamado respeto por sus derechos y adecuadas fórmulas para su participación en todas las instancias derivadas del punto 5 de los Acuerdos de Paz” (2020, p. 536).

puede comprometer la misma existencia de la colectividad. Para el Alto tribunal, la diversificación del principio de participación en las consultas obedece a una interpretación en clave del principio de proporcionalidad, según el cual es viable establecer límites a los derechos colectivos fundamentales.

En términos generales, el nivel de afectación⁷³ corresponde al nivel de participación y al nivel de aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad:

Cuando la medida no afecte directamente al pueblo étnico, la participación corresponderá al estándar de intervención básico que se relaciona con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese.

Cuando la medida sea susceptible de afectación directa al pueblo étnico, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo. En caso de que la consulta sea adecuadamente realizada pero no conduzca a un acuerdo, la administración deberá implementar la medida con base en los principios⁷⁴ de razonabilidad y proporcionalidad (CC. SU-123, 2018)⁷⁵.

Según esto, en caso de que la consulta se agote en conformidad con sus solemnidades (propias en cada caso) sin llegar a un acuerdo, el Estado, a través de sus instituciones, está en la obligación de actuar de una forma razonable y proporcionada. Le corresponde determinar la finalidad constitucional de la injerencia y garantizar que la medida sea idónea, necesaria y proporcional para alcanzar dicha finalidad. Si el Estado hace caso omiso a estas exigencias, será responsable por las afectaciones que pueda sufrir la comunidad, teniendo la obligación de reparar íntegramente el daño

⁷³ No obstante, “en algunos casos la Corte se ha abstenido de calificar el grado de afectación, pese a que ha identificado la existencia de una perturbación de la entidad suficiente para ordenar la consulta previa. Esa determinación se ha sustentado en que la comunidad debe ser quien determine ese aspecto en el marco de la consulta previa. En otras situaciones, el Tribunal ha verificado la afectación directa, pero ha modulado el grado de afectación ante la existencia de intereses constitucionales en tensión, verbigracia la seguridad nacional” (Sentencia SU-123 de 2018).

⁷⁴ “Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena” (Sentencia SU-039 de 1997).

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: T-1045A de 2010 y SU-133 de 2017.

causado. Para determinar tal situación, el operador judicial “debe verificar no solo la naturaleza del proyecto que se adelanta sino también: i) la intervención de la medida sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; ii) la imposición de cargas o beneficios que modifiquen la situación o posición jurídica de la comunidad; y, iii) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido (CC. T-063, 2019).

Dicha reparación debe obedecer a los mandatos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional de Colombia, en el sentido de reparar con enfoque diferencial étnico, o también denominado “etno-reparación”, en el cual se deben tener en cuenta, entre otros, “la particular identidad cultural del pueblo específico, la dimensión colectiva de las violaciones ocurridas y de las medidas reparatorias, las necesidades particulares de esos pueblos y que les permita un control de su implementación” (CC. SU-123, 2018).

El problema en esta cuestión es la metodología utilizada para determinar el nivel de afectación, que, en conformidad con los pronunciamientos de la Corte, debe enmarcarse en el principio de proporcionalidad y en el estándar de *diligencia debida* del Estado y de las empresas.

Para el efecto resulta necesario, primero, verificar si el comportamiento de las empresas fue diligente para la protección de los derechos de los pueblos tradicionales, con base en los estándares expuestos anteriormente. Una vez verificado el cumplimiento del deber de diligencia por parte de las empresas, corresponde al juez constitucional, en segundo lugar, verificar, a través del principio de proporcionalidad si es procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación, teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión. En otras palabras, la verificación de la debida diligencia sirve para que las autoridades, en un eventual ejercicio de ponderación, puedan determinar cuáles han sido ejercidos legítimamente (CC. SU-123, 2018).

Además, los criterios de diligencia debida y proporcionalidad sirven para determinar si se vulneró la consulta y para evaluar la procedencia de un eventual remedio judicial, así como para verificar los intereses en disputa. Para la Corte, esta forma de valoración constituye un “justo medio [...] entre la vulnerabilidad de la comunidad indígena, la función ecológica de la propiedad, la función social de la economía, el desarrollo sostenible y la seguridad jurídica” (CC. Sentencia SU-123, 2018). Este “justo medio” es precisamente el que preocupa, ya que el principio de

diversidad étnica y cultural y los derechos fundamentales son ubicados en un plano similar al de la función social de la propiedad y del desarrollo sostenible, como es propio de la visión occidental que todavía impera en la Corte.

Por otro lado, la consulta previa debe concluir con el consentimiento, pues es un presupuesto fundamental por el hecho de que es un fin en sí mismo y la vía mediante la cual el Estado interviene en las poblaciones sin causar afectaciones graves. “La consulta es el móvil, el consentimiento el fin” (CC. ST-704, 2016). En este sentido, el consentimiento libre, informado y previo no es un derecho aislado de la consulta, más bien mantiene una relación de dependencia, sobre todo cuando el impacto se produce a gran escala. “Más bien la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas” (Rodríguez, 2014, p. 207). El consentimiento es, entonces, un elemento esencial en los casos de gran impacto y el “deber ser” de todos los procesos de consulta.

En Sentencia T-129 de 2011, la Corte Constitucional señaló que es necesario que la consulta y el consentimiento previo, libre e informado se enfoquen en precisar la alternativa menos lesiva frente a los proyectos, planes de desarrollo o inversiones a gran escala y de gran impacto, como pueden ser por ejemplo los que “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto, (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. También deben proceder de esa manera si es evidente una afectación al territorio étnico:

Conforme a esta providencia toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas (CC. ST-129, 2011).

Pero no solo en esos casos es imperativo aferrarse al consentimiento, la misma Corte ha extendido los supuestos de afectación grave: i) “cuando la gravedad de la medida amenace la

existencia de la comunidad”, ii) “cuando se almacenen o no se eliminen materiales peligrosos en territorio étnico o el traslado del mismo la comunidad de su territorio” y iii) cuando se trate de planes de desarrollo a gran escala (CC. Sentencia T-704, 2016). La Corte aclara que no se trata de hacer un listado de causales de afectación, sino de que, en cada caso, se determine la afectación grave a los derechos territoriales y a otros que son esenciales para su existencia física, cultural y espiritual, con la finalidad de lograr un consentimiento. Sin embargo, insisto en que esto solo será posible si la voluntad política se canaliza a través de un diálogo horizontal y de una traducción intercultural, bajo el principio *pro homine*.

Ahora bien, como producto de las diferentes ambivalencias que el derecho formal supone frente a las tensiones existentes entre la formalidad jurídica y las pretensiones de justicia, Lemaitre también advierte que hay nuevos conflictos en relación con la naturaleza y los alcances reales de la consulta previa como el derecho colectivo fundamental para las comunidades. En palabras de la profesora, y hoy Magistrada de la Jurisdicción Especial para la Paz:

El tema de la consulta previa presenta una vez más esta ambivalencia del derecho, ya que otorga beneficios pero también trae costos importantes. Por un lado, la Corte Constitucional ha insistido una y otra vez que si bien es posible hacer grandes proyectos en los resguardos indígenas (represas, explotación de recursos naturales no renovables, carreteras, colocar una antena, etc.), es necesario consultar a las comunidades y morigerar el efecto que pueda tener el proyecto. Las comunidades juegan de manera estratégica a postergar la consulta en la medida de lo posible, pues una vez se haya hecho su opinión no es obligatoria. Esto, y las demás restricciones prácticas, afectan el verdadero goce de los derechos territoriales obtenidos” (Lemaitre, 2009, p. 335).

Aunado a esa problemática, aún siguen existiendo dificultades reales en esta materia, porque la consulta, como en el caso de Guatemala, según lo indica el profesor Padilla, se ha convertido en una oportunidad transaccional sin cumplir lo que debería ser, a saber, un escenario de diálogo para proteger el derecho constitucional. Luego, sería iluso pensar que la consulta previa es un escenario asimétrico de entendimiento.

Basta imaginar estos espacios considerando las diferencias respecto a la disponibilidad de equipos legales, acceso a la información, recursos financieros y, las relaciones con los poderes

locales, nacionales e internacionales, entre otros. Con la concepción de estos espacios de negociación se produce en la actualidad un desplazamiento de la concertación -que caracterizó las relaciones sociales en las décadas anteriores- a la transacción como la norma (Escobar, 2012), pretendiendo normativizar la razón "precio" detrás de cada relación y derecho (Padilla, 2016, sp).

En cierto modo, puede sostenerse que una de las graves tensiones que se evidencian entre el modelo constitucional paradigmático y las prácticas políticas pasan en buena medida por la insuficiencia de los alcances reales y materiales de instrumentos como la consulta previa, frente a las presiones de los grupos económicos y de poder, que son en últimas los que terminan por condicionar los planes, políticas económicas y decisiones fundamentales del Estado.

3.4. Las deudas del neoconstitucionalismo. Tensiones y desafíos frente a los derechos indígenas

La intención de esta sección es mostrar que al neoconstitucionalismo todavía le quedan cuestiones pendiente por resolver, y que a pesar de sus avances frente a los derechos étnicos, especialmente indígenas, -reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad-, es necesario que enfrente las tensiones y desafíos de una manera interseccional. En esta cuestión no solo deben intervenir los poderes y autoridades públicas, sino la sociedad en general.

Con el fin de explicitar las tensiones y desafíos en relación con los derechos indígenas, de manera discrecional se procede a agruparlas de la siguiente manera: 1) tensiones y desafíos en la eficacia de las órdenes judiciales, 2) tensiones y desafíos en la fundamentación y justiciabilidad de los derechos indígenas, 3) tensiones y desafíos frente al modelo de desarrollo, 4) tensiones y desafíos en el marco de la violencia y 5) tensiones y desafíos en el campo de la política.

3.4.1. Tensiones y desafíos en la eficacia de las decisiones judiciales.

Anteriormente se mostró con algunos ejemplos el reconocimiento, la exigibilidad y especialmente la justiciabilidad de los derechos indígenas por el juez constitucional, hecho que sin duda ha representado una oportunidad para la garantía real de este tipo de derechos.

No se puede desconocer que el activismo judicial llevó al derecho a otra dimensión, donde la decisión no es el resultado de una subsunción ni de operaciones formales, sino de un proceso de deliberación democrática que se apoya en métodos y metodologías concretas de interpretación argumentación y decisión, en la pretensión de buscar soluciones “justas”. Como en ningún otro lugar el desarrollo jurisprudencial frente a los derechos indígenas es tan abundante y creativo, algunas veces débil. Frente a esas decisiones pueden avaluarse críticas como la indiferencia frente a epistemologías propias o sobre la fundamentación, pero lo que en este espacio interesa es el problema de la eficacia de las decisiones judiciales, eficacia que se ha visto mermada por dinámicas jurídicas y extrajurídicas. A modo de ejemplo se pueden citar de manera discrecional cuatro casos especiales, que pueden ilustrar muy bien el problema de la eficacia del derecho en general y en particular de las decisiones judiciales.

A) El caso del derecho a la etnoeducación y desplazamiento en el marco de la Sentencia T-025 de 2004. Este ejercicio inicia con una de las sentencias que causó una ruptura en el tratamiento de la violencia y concretamente en el fenómeno del desplazamiento, Sentencia T-025 de 2004, que declaró el “Estado de Cosas Inconstitucional” (ECI), en consecuencia ordenó una serie de medidas para superarlo y que por distintas circunstancias algunas de ellas no fueron cumplidas. Entre esas medidas se encuentran las destinadas a la protección de los derechos de las comunidades indígenas. Por ese motivo la Corte ha tenido que pronunciarse a través de Autos de seguimiento, con el fin de constatar el avance en la protección de los derechos. Después de 17 años todavía se profieren este tipo de providencias, indicador de que “algo” frena la capacidad del derecho para cumplir su finalidad.

Así, por ejemplo, en Auto 151 de 2020 en el marco de la Sentencia T-025 de 2004 conoció sobre la solicitud de apertura de incidente de desacato por el incumplimiento de “la orden tercera del Auto 004 de 2009 y de las órdenes primera y cuarta del Auto 266 de 2017, en relación con la garantía del derecho a la etnoeducación de los pueblos indígenas del Cauca”, presentado por el

Consejero Mayor y Representante Legal del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC). En el primero ordenó un plan de salvaguarda étnica para evitar un exterminio físico y cultural; en el segundo realizó “una nueva evaluación de los avances, rezagos y retrocesos en la superación del ECI en el marco de las órdenes proferidas para la protección de los pueblos indígenas y concluyó que, pese a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional, estas no lograron contener los riesgos que afrontan los grupos étnicos en sus territorios, ni atendieron de manera eficaz a sus comunidades cuando fueron desplazadas” (CC. A-151, 2020). No en pocas oportunidades la Corte se ha manifestado a través de Autos⁷⁶ frente a los incumplimientos de las autoridades, lo que hace pensar en un eventual desconocimiento, omisión, descuido, o en el peor de los casos dolo y falta de voluntad política del gobierno. Esta falta de diligencia conlleva además de la sistemática vulneración de los derechos indígenas la pérdida de credibilidad y legitimidad institucional.

B) El caso del derecho a la autonomía, gobierno propio y censo indígena del Resguardo de Túquerres (N), en el marco de la Sentencia T-793 del 2014. En el año 2014 la Corte en revisión de tutela decide sobre los fallos de primera y segunda instancia que negaron la protección de los derechos de autonomía, gobierno propio, integridad étnica y cultural, territorio colectivo, debido proceso, autodeterminación y jurisdicción especial indígena, de la comunidad indígena del Resguardo de Túquerres (N), solicitada por el señor Juan Jerónimo Ascuntar Chaucanes. En aquella oportunidad la Corte manifestó que la problemática que se revisa tiene “*características estructurales y complejas, relativas a (i) irregularidades que se vienen presentado con respecto a la realización del listado censal o autocenso que lleva a cabo la comunidad de Túquerres; y (ii) a la perpetuación en el poder y la reelección indefinida de un mismo Gobernador (Silvio Lagos)*” (CC. T-793, 2014). Después de reiterar que la comunidad indígena es autónoma para elegir a sus gobernantes y realizar el censo poblacional indígena, consideró necesario ordenar la conformación del Comité de Censo y realizar el autocenso en el Resguardo, con el cual se llevará a cabo la elección de la autoridad tradicional.

También ordenó al juez de primera instancia, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Laboral, realizar el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas. Así,

⁷⁶ Auto 237/08 “Adopción de medidas para la protección a mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado”. Auto 218/06, 092/08, 004/09, 005/09, 383/10, 382/10, 174/11, 173/12, 145/13, 052/13, 266/17, 151/20.

mediante Auto del 26 de julio de 2016 requirió a los integrantes del Comité de Censo para dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo. Varias son las solicitudes y actuaciones en el marco de la sentencia: solicitudes de seguimiento preferente, de audiencias públicas en la Corte, quejas de la gestión del Tribunal y de las autoridades, etc. Finalmente, el Tribunal territorial declaró el cumplimiento del fallo. Miembros del Consejo Mayor solicitaron nuevamente la intervención de la Corte, porque según ellos persistía el incumplimiento, solicitaron así revocar la decisión del Tribunal de Pasto.

Mediante Auto 052 de 2020 la Corte Constitucional reitera que la competencia para adelantar el seguimiento continúa a cargo de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, “pues no hay ninguna razón constitucional que justifique la activación de la competencia de esta Corporación para conocer el asunto”, por lo que decide “RECHAZAR las solicitudes para que la Corte Constitucional asuma el seguimiento del cumplimiento de la Sentencia T-973 de 2014, presentadas el 16 de marzo de 2018, 16 de abril de 2018, 15 de agosto de 2018 y 22 de julio de 2019 por Segundo Enrique Anama Mayag, Juan Jerónimo Ascuntar Chaucanes, Gladys Riascos y otras personas”.

La complejidad del caso hace que la eficacia de la decisión de la Corte se vea comprometida, las órdenes impartidas son estructurales y demandan tiempo para llevarse a cabo, situación que se agrava por las diferencias internas dentro de la comunidad, pues la armonía institucional no se consolidó tempranamente y la depuración del censo implicaba excluir a algunas personas del censo indígena. Preocupa sí, que la Corte no activara su facultad de seguimiento al cumplimiento de sus órdenes y negara constantemente tales solicitudes, así como las solicitudes de audiencias públicas.

C) El caso del derecho a la salud y alimentación de los niños Wayuu, en el marco de la Sentencia T-466 de 2016. La Sentencia T-466 de 2016 visibilizó la falta de coordinación de la política pública en materia de garantía de los derechos a la alimentación y a la salud de los niños y niñas del pueblo Wayuu, hecho que llevó a la Corte Constitucional a impartir órdenes complejas con el fin de dinamizar la tarea de las actividades para dar respuesta a la necesidad de protección de los derechos fundamentales. Esto significa que se deben adelantar acciones coordinadas entre las instituciones para intervenir las fuentes del problema estructural. La “verificación de su cumplimiento se realizará bajo el parámetro según el cual las autoridades deben actuar en

cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales y desde el concepto de la reserva de lo posible, evidenciando el nivel más alto posible de cumplimiento para así garantizar el goce de los derechos a la salud y a alimentación adecuada de la niñez Wayuu” (CC. T-466, 2016). Específicamente pretende evaluar la coordinación en los distintos niveles administrativos, en lo que se incluye la propia comunidad indígena, la información estadística del Pueblo Wayuu y la corrupción en la prestación de los servicios.

La Corte concluye en este caso que se ha presentado el nivel más alto posible de cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T-466 de 2016, situación que se evidencia en los planes, programas, proyectos, en el Documento CONPES 3944 de 2018 y en la articulación de instituciones, entidades territoriales y la comunidad indígena, logrando con ello especialmente dos cometidos:

(i) instaurar un diálogo institucional a través del cual las autoridades del orden nacional, departamental y municipal, así como los mismos miembros de la comunidad, han podido actuar de manera articulada en búsqueda de soluciones para la niñez Wayuu; y (ii) superar los obstáculos que llevaban a una invisibilización de la problemática de la niñez Wayuu y a una inacción frente a la misma, atendiendo específicamente una identificación de la población y de sus necesidades, aunado a una lucha institucional articulada contra el flagelo de la corrupción (CC- A-264, 2020).

Sin embargo, según denuncian ONGs y entidades nacionales como la Defensoría del Pueblo, la problemática en salud, educación y alimentación todavía persiste, por lo que no han sido suficientes los esfuerzos en ese campo. Ante esas falencias la Corte señala que es una realidad innegable, pero que en relación con las órdenes impartidas en la Sentencia T-466 de 2016 se constata cierto cumplimiento. Otra cosa es, dice la Corte, el cumplimiento de la Sentencia T-302 de 2017, mediante la cual se declaró el ECI por la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de la comunidad Wayuu del Departamento de la Guajira. En esta oportunidad se impartieron órdenes estructurales y complejas que todavía no han sido enteramente cumplidas. Ahora bien, respecto a la Sentencia T-466, la Corte declara el cumplimiento de las órdenes cuarta a octava. Vale la pena destacar la orden octava impartida a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior de traducir la sentencia a la lengua Wayuunaiki y difundirla entre la comunidad indígena Wayuu.

A pesar de que la Corte declaró el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencias que tocan a la comunidad Wayuu lo cierto es que existen problemas estructurales que ameritan políticas, planes, programas, proyectos y actividades idóneas y efectivas, por tanto debe exigirse a las autoridades mayor coordinación y voluntad política y no simplemente “el mayor nivel posible de cumplimiento” o “los mejores esfuerzos”.

D) El caso del derecho a la consulta previa, en el marco del Proyecto Multipropósito Brisa - Sentencia T-547 de 2010. En Auto 410 A de 2015, la Corte se propone hacer seguimiento y evaluar el cumplimiento de las órdenes impartidas en Sentencia T-547 de 2010, referidas a “realizar una consulta previa con las autoridades de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada, en orden a establecer la afectación que las obras llevadas a cabo dentro del Proyecto de Puerto Multipropósito de Brisa, pudiese causar en la integridad cultural, social y económica de tales colectividades étnicas”. Relata la Corte que mediante Auto 189 de 2013 se aprobó el proceso de consulta previa y se aprobó parcialmente la Resolución número 218 de diciembre 21 de 2011 proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y en consecuencia ordenó:

(...) el reajuste del ordinal primero de la parte resolutive, en especial lo dispuesto en relación con la posibilidad de suspensión de la obras del Puerto Multipropósito Brisa S.A. y la reconsideración del Plan de Gestión Social, particularmente el Proyecto 10 “Conservación y Fortalecimiento de la Cultura Tradicional Indígena” del Plan de Manejo Ambiental aprobado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, acorde con las pautas trazadas en la parte motiva de esta providencia, en particular, incorporando las medidas de reparación cultural definidas con la participación de las comunidades afectadas, entre ellas las que impliquen el respeto por los sitios definidos como sagrados por dichos colectivos. El plan de manejo ambiental también deberá incluir, entre otros aspectos, todas las medidas encaminadas a conservar y/o restaurar las zonas de manglar y preservar el ecosistema marino (CC. A-189, 2013).

Debido a la complejidad del asunto se autorizó la conformación de un Comité asesor de la Autoridad Ambiental, integrado por representantes del Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, delegados de la Procuraduría, Defensoría, Contraloría y las Comunidades Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. El trabajo del Comité se veía afectado por la deficiente participación de la Procuraduría General y de la Defensoría del Pueblo. Mientras tanto

la comunidad indígena hace expresa su inconformidad con el proceso de consulta, en el que no se garantizó en lo más mínimo el mandato del consentimiento previo libre e informado. Frente a esta manifestación la Corte, con fundamento en la evidencia documental, afirma que no se vulneraron los derechos de la comunidad.

Acto seguido la Corte señala que la ANLA en Resolución 1114 de septiembre 26 de 2014, que modificó el numeral primero de la resolución 218 de diciembre 21 de 2011, incorporó la orden de rediseñar el “Plan de Manejo presentado por la Empresa e incorporar en este, las medidas de reparación cultural echadas de menos en la orden contenida en el citado acto administrativo de 2011 y pronunciarse sobre la conservación de la zona de manglar y el ecosistema marino del área afectada”. Además señala que las medidas de reparación cultural se encuentran acordes con las propuestas del ICANH y refieren sobre todo a los territorios ancestrales y al acceso y protección de los lugares sagrados. La misma opinión merece el Plan Ambiental y el Programa de “Manejo integral y sostenible de ecosistemas”.

Para la Sala, el cúmulo de disposiciones inmediatamente descritas resultan plausibles y apropiadas con miras a reconocer la cosmovisión de las comunidades, permitir la materialización de sus derechos y superar lo que se advierte como un manifiesto déficit de sensibilidad por parte de la empresa en lo que tiene que ver con el conocimiento y comprensión de los valores religiosos y, en general, culturales de los miembros de las comunidades. Igualmente se destaca entre tales providencias la que da lugar a considerar ajustes, pues, resulta suficientemente claro que lo que se decida es susceptible de ser modificado, cuando se evidencie su insuficiencia para satisfacer las demandas materiales y culturales de las comunidades, causadas por las afectaciones originadas por la obra del Puerto Multipropósito (CC. Auto-410A, 2015).

Con ese pronunciamiento la Corte avala las actuaciones de la ANLA, salvo algunas que deben ajustarse para cumplir cabalmente las órdenes dadas en el Auto 189, como por ejemplo la redefinición de la denominada “línea negra”, dada la necesidad de contar un material cartográfico actual que permita cumplir con el programa de conservación y repoblamiento de tortugas marinas.

Finalmente, la Corte advierte que debido a la posición de inconformismo de la comunidad frente a la consulta y medidas adoptadas puede presentarse una eventual ausencia de la comunidad en su

implementación, “se torna en un imperativo que la Empresa cuente con elementos de juicio que de algún modo suplan esa capital carencia, por ello, esta Sala requerirá a la Empresa para que acredite la vinculación de por lo menos dos (2) expertos en materia de usos, costumbres, creencias, y valores de los Pueblos de la Sierra que puedan aportar en el renglón en el cual es insuficiente la Empresa, cuál es, la dimensión cultural de las comunidades”. Esta orden de la Corte asume que el conocimiento de los expertos (suponiendo que sea así y no sean manipulables) puede reemplazar el conocimiento y la voluntad de los miembros de las comunidades, cuestión a todas luces carente de toda razonabilidad.

3.4.2. Tensiones y desafíos en la fundamentación, reconocimiento y justiciabilidad de los derechos indígenas.

En lo que concierne a la fundamentación de los derechos indígenas, en este trabajo se apeló a tres perspectivas: la multiculturalidad, la interculturalidad y la interseccionalidad, perspectivas que, desde la pretensión de justicia, cada una a su modo aportó insumos para la comprensión de los derechos. Sin embargo, como dice Estermann, estos enfoques deben pasar por “un análisis crítico de los procesos de descolonización” (2014, p. 359), con el fin de que se advierta y resuelva la presencia de la colonialidad, como forma moderna de opresión. No se trata de abandonar dichas epistemologías, sino de reinterpretarlas y complementarlas de conformidad con el enfoque decolonial.

Con el fin de abordar estas contingencias, salta a la vista la necesidad de una nueva sociología, definida por Santos como una “sociología transgresiva” de las ausencias y las emergencias, que dé cuenta de múltiples aspectos que la sociología del norte (la sociología monocultural) desde la racionalidad eurocéntrica discriminó, subvaloró o ignoró. Esta nueva filosofía del Sur centra su interés, especialmente, en el estatus epistemológico de los saberes indígenas. La reflexión se concentra en nuevas experiencias y saberes comunales que en modo alguno carecen de legitimidad y validez; estas formas alternativas de conocimiento y aprendizaje dieron forma a lo que Levi – Strauss (1972) llamaría: las “Ciencias de lo concreto”⁷⁷ (Zeballosf-Cuathin, 2014, p. 24.).

⁷⁷ Con este término, Levi – Strauss (1972), quiso significar los saberes indígenas, conocimiento relacionado con la profunda relación de sus sistemas culturales con otro sistema que la sociedad occidental había ignorado por completo,

La integración de una nueva epistemología, como fundamento dogmático de la diversidad, podría ayudar a una mejor comprensión de los derechos étnicos. Para hacer una “justicia justa”, especialmente en Colombia, se necesita que las autoridades reconozcan efectivamente las “justicias propias”, las prácticas y usos de las comunidades en controversia, sin caer en generalizaciones. Aquí la traducción de los signos y símbolos es fundamental. Esta traducción pasa por una interpretación que no puede reservarse exclusivamente para las autoridades “auténticas”, llámense antropólogos y abogados (colonialistas), sino que debe buscarse una interpretación más cercana a la esencia de las cosas.

Esta interpretación y traducción intercultural, como lo señala Boaventura de Sousa Santos, es un ejercicio en el que se descifran las claves, los signos y los símbolos culturales para un buen entendimiento, por lo que requiere de que los intérpretes estén suficientemente preparados para asumir tal responsabilidad. Estos intérpretes y traductores pueden ser, entre otros, los indígenas, quienes pueden hacer una hermenéutica desde el saber local. El reto al mismo tiempo es que las autoridades hagan valoraciones que permitan una comprensión del mundo más amplia, más diversa. Refinar el diseño metodológico y los cánones hermenéuticos para ponerlos en sintonía con una epistemología propia podría ayudar en ese sentido.

Otra tensión se sitúa en el plano de la autonomía. El reconocimiento y protección de la autonomía debe valorarse con fundamento en el principio de libre determinación de los pueblos y en la necesidad de fortalecer “las instituciones, así como las posibilidades y capacidades para relacionarse con el Estado, respetando incluso acuerdos o tratados previamente suscritos” (CEPAL, 2014, p. 18). Esto implica reconocer que entre el Estado y la “nación indígena” la relación no es vertical sino horizontal. Esta forma de reconocimiento no altera o disminuye el principio unitario, al contrario, lo dinamiza, en el sentido de establecer un diálogo intercultural.

La segunda exigencia tiene que ver con el fortalecimiento de las instituciones ancestrales, empezando por el “derecho mayor”. El territorio para la Corte Constitucional, según lo señala

la naturaleza. En seguida, el autor respecto a la legitimación de los principios de las ciencias de lo concreto plantea los siguientes interrogantes: ¿debe ser una tarea de la ciencia occidental? Las *ciencias de lo concreto*, los *sistemas de saberes tradicionales* ¿deben pedirle a la ciencia occidental que les otorgue un estatuto epistemológico?, ¿Se trata de paradigmas alternativos o rivales? ¿Cómo conceptualiza actualmente la ciencia occidental, los otros saberes que poseen y transmiten grandes grupos de seres humanos? (pp. 98-100).

López, sigue anclado a una definición literal de la Constitución, que establece que el subsuelo es propiedad del Estado; se ignora de esa forma la concepción indígena sobre el territorio, que es mucho más amplia y compleja. En igual sentido, López afirma que el discurso del Estado termina siendo contradictorio, porque por un lado “reconoce a los indígenas como dueños ancestrales de sus territorios y a pesar de eso, otorga concesiones a mineras y petroleras para perforar el subsuelo ubicado en territorios de los pueblos indígenas” (2016, p. 257). Decir que existe desconocimiento es benévolo, más bien debería decirse que existe una omisión o negación dolosa del significado que tiene el territorio para las colectividades indígenas.

Aunado a lo anterior, la jurisdicción administrativa derivada de la autonomía territorial es otro reto por afrontar. En estricto sentido se hace mención a la capacidad de administrar sus territorios, hacer gestión y administrar recursos propios o participativos, sin la intermediación de los municipios. Al constituirse como tal, debe organizar una infraestructura administrativa, lo que representa un desafío de grandes proporciones, porque serán responsables directos ante las autoridades tradicionales y frente a los organismos de control por la adecuada administración y por la correcta gestión contractual y fiscal. Ejemplo de esta organización es el Resguardo indígena de Muellamues (N), al cual se le reconoció la facultad de administrar sus propios recursos a través de la Resolución 3670 del 27 de diciembre del 2018⁷⁸ del Departamento Nacional de Planeación. En general la experiencia ha sido exitosa, tanto en el ámbito organizacional como en la ejecución de los recursos.

En esa misma esfera de autonomía se necesita fortalecer la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), La interpretación de la Corte ha establecido algunos límites respecto al ejercicio de los derechos consuetudinarios, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales. Un problema previo es determinar la solución de una controversia entre el derecho fundamental de las colectividades indígenas y el derecho fundamental individual de una persona indígena, o la controversia suscitada entre el derecho colectivo fundamental con el derecho fundamental de una persona no indígena. Para dar respuesta a las controversias en la aplicación de la JEI el Alto Tribunal ha establecido unos criterios o factores que parecen insuficientes para garantizar la efectividad del derecho

⁷⁸ Este Acto Administrativo se fundamenta en el Decreto 1953 del 2014, “por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas”.

tradicional, por lo que es necesario acuñar un método para dirimir la controversia -colisión- entre estos derechos.

3.4.3. Tensiones y desafíos frente al modelo de desarrollo.

La adopción de una política económica neoliberal abrió las fronteras para el ingreso de empresas multinacionales, organizaciones económicas nacionales y otros agentes del mercado que explotan los recursos naturales sin mayor consideración. Según lo señala el profesor Padilla, las investigaciones sobre modernidad, subalternidad y poscolonialidad “interrogan cómo se impone desde el estado, por medio de sus acciones y silencios, un dominio que se torna hegemónico y que, a la par que promueve el individualismo, la competencia, el lucro y el consumo, tiene graves implicaciones tanto para la sobrevivencia de la diversidad étnica y cultural como para la salud ecológica y ambiental del planeta” (Padilla, 2016, sp). En efecto, el modelo de desarrollo neoliberal ha tenido un efecto devastador en los elementos esenciales que hacen parte de su mundo, como la intervención de sus territorios y la mercantilización de su cultura. Su ser espiritual y corpóreo ahora es tratado astutamente como mercancía, “mediante la exotización de lo diverso buscan ampliar los mercados de las industrias culturales” (López, 2011, p. 169).

A pesar de esta situación, los movimientos indígenas “no es que se encuentren en contra de la innovación social y de las políticas que de ahí se derivan, sino en contra de la “insuficiencia del progreso y del “no-desarrollo” (Gros, 1997, p. 26). Dicho en otras palabras, las colectividades étnicas no se oponen a la innovación y desarrollo mientras que tales propósitos beneficien a “todos”: tanto a los seres pensantes como a los sintientes, incluso a la naturaleza. Esto significaría desincentivar el modelo de desarrollo tradicional liberal; incentivar la participación y democracia en la economía (no solamente una economía estatal); disminuir la depredación de los sistemas vivos y no vivos (sostenibilidad); promover una mayor interacción entre sujetos y entre éstos y la naturaleza (dinámicas de respeto) y mejorar la organización y planificación estatal (responsabilidad pública). Lo anterior reclama modelos alternativos de desarrollo; el “buen vivir” es uno de ellos.

El “buen vivir” o “Sumak Kawsay” es ante todo una crítica al concepto y al modelo de desarrollo imperante. Según el profesor Jairo Estrada Álvarez, este paradigma plantea: a) un cuestionamiento al desarrollo y al capitalismo como destinos manifiestos de la humanidad; b) nueva relación con la naturaleza; c) la importancia de la inclusión de otras cosmovisiones en las discusiones actuales y en las políticas públicas; d) la promoción de una ética colectiva de la vida en contraposición al individualismo capitalista y; e) un aporte a la construcción de espacialidades contrahegemónicas (Estrada, 2013, pp. 108-110). El “buen vivir” se proyecta como una alternativa que nace en el ámbito local para desarrollarse y afirmarse en el ámbito global, reafirmando la esperanza o reconstruyendo la geografía para un mundo mejor (Hazlewood, 2010).

Se insiste en que para lograr el “buen vivir” en sus múltiples dimensiones, “la organización económica debe atender a propósitos como la generación de producto social, la redistribución justa de la tierra y la riqueza, la industrialización de los recursos naturales, etcétera” (Acosta y Gudynas, 2011, p. 107). En este sentido, el paradigma del buen vivir no está en contra de la generación de riqueza y del desarrollo, al contrario, lo que propone es que esas actividades y procesos sean responsables con la fuente de vida. Por consiguiente, el ordenamiento económico y social debe estar vinculado a principios de diversidad, responsabilidad e integralidad.

Lo esencial del contenido del “Buen Vivir” está caracterizado por el retorno a una visión holística y no segmentada de la realidad, donde los seres humanos son la parte consciente de la naturaleza. Esto permite, a la vez, concebir la relación humana con la naturaleza en términos de simbiosis y de armonía, y no de explotación, y las relaciones sociales como construcción de comunidades basadas sobre la solidaridad y la paz. Esta concepción permite la formulación de un nuevo proyecto, al momento en que el bloque histórico neoliberal se desmorona en medio de la crisis y que las "nuevas izquierdas" tienen dificultad para precisar nuevas perspectivas (Houtart, 2013, pp. 119-120).

Como dice Houtart, el buen vivir no solo significa simbiosis o armonía entre seres racionales, ya que marca el inicio de la reformulación de las relaciones entre individuos y entre éstos y el mundo. En consecuencia, el buen vivir pretende construir seres humanos integrales y solidarios con sus semejantes y con su entorno. De lo contrario, “si no regresamos a la armonía social y al equilibrio de los sistemas la vida no va a poder reproducirse” (Houtart, 2013, 120).

Agustín Grijalva expone que el paradigma del “buen vivir” ha sido objeto de distintas críticas, por considerarlo como un discurso abstracto, indefinido y extraño para la sociedad occidental, que no determina ni precisa nada en particular, por lo que su efectividad estaría en duda.

Sin embargo, la Constitución provee elementos que perfilan una definición y su relación con algunos valores actualmente universalizados mediante los derechos humanos. Así, se establece que: “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza” (art. 275, párr. 3). Aquí se deja entender que el buen vivir es un valor, un fin u horizonte que comprende el respeto a la diversidad, el ejercicio de los derechos y responsabilidades constitucionales y otros, como el derecho a la paz consigo mismo y con todo el entorno físico y humano en el que se desenvuelve la vida humana (Grijalva, 2012, pp. 45-46).

Este nuevo modelo, según se extrae del pensamiento de Grijalva, es un valor que establece fines concretos para el Estado y la sociedad. Y no está demás complementar lo dicho por Grijalva precisando que el “buen vivir” es también un principio y un derecho: un principio en el sentido de servir como canon hermenéutico del ordenamiento jurídico; y un derecho porque es exigible y justiciable, y porque a través de él se desarrollan otros derechos. Además, como se expresó líneas atrás, el “buen vivir” y el régimen del desarrollo son interdependientes. El “conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio – culturales y ambientales” (régimen del desarrollo), debe garantizar el *suma kausay*”, dice el artículo 75 de la Constitución de Ecuador (2008). En ese mismo sentido, la Constitución de Bolivia reza que “el modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien” (2009, art. 306).

En Colombia, este paradigma no se consagró expresamente en la Constitución, incipientemente aparece en la jurisprudencia constitucional sin el alcance que tendría en el pensamiento indígena. Sin embargo, en la práctica de las comunidades indígenas, el buen vivir hace parte del lenguaje y del discurso político, algunas veces traduciéndose en hechos y prácticas económicas concretas. La *shagra* es un ejemplo de ese modelo, la cual no puede reducirse a una simple actividad agrícola, sino que es un espacio de socialización físico y espiritual, de desarrollo económico y de seguridad alimentaria. Así la define López:

Las shagras son definidas como “lugares, formas y espacios naturales y cósmicos”, compuestas por las plantas que proveen el alimento y la medicina, tanto como por los conocimientos derivados de las prácticas agrícolas. En este elemento, los rituales y los calendarios solar y lunar constituyen las herramientas a través de las cuales se aprenden los conocimientos prácticos necesarios para el sostenimiento de la shagra. En el documento se destaca la relación entre la shagra y el conocimiento derivado de ella: no se trata de una forma abstracta de conocer que se puede dar en cualquier lugar, sino del conocimiento situado y mediado por una acción concreta: la minga (2018, p. 7).

3.4.4. Tensiones y desafíos en el marco de la violencia.

Sin duda el problema de la violencia ha afectado a las comunidades indígenas como a ninguna otra colectividad, ya que la mayoría de esta población tiene asiento en territorios periféricos muy atractivos para los actores de la guerra y la economía ilegal. La violencia, en todas sus formas y dimensiones llegó a los territorios indígenas para destruir no solo la relación del indígena con su espacio existencial, también para darle unos usos y fines distintos.

La presencia de actores armados, sus enfrentamientos y ofensivas para dominar, han afectado la relación de las comunidades con el territorio. Entre otras grandes modificaciones, se han trastocado los tiempos para sembrar y pescar, las prácticas productivas sobre huertas, ríos y fuentes de sustento, y el intercambio y aprovisionamiento entre comunidades. Todo ello ha traído hambre y penuria, y ha lesionado habilidades como la transmisión de saberes, fundamentales para el ordenamiento social y espiritual sobre los cuales se construyen, mantienen y recrean estos pueblos (López, 2018, p. 279).

En algunos casos se ha evidenciado que la cotidianidad es alterada por estos actores; el miedo y la zozobra son constantes en la población. También, los usos, las prácticas consuetudinarias, los espacios de socialización y reunión, el trabajo, las creencias, los rituales y la participación democrática son afectados. Asimismo, estos actores logran imponer nuevas formas y estilos de vida: el vestido, el lenguaje, la alimentación, los usos y costumbres son objeto de transformación. Pero la incidencia de estos grupos no queda solamente ahí, su poder es tal que fungen como “autoridades” que imparten “justicia”, reemplazando así a las autoridades tradicionales. En

relación con esto, todo el orden político se modifica, la capacidad de debatir y decidir sobre sus asuntos propios se desplaza a un agente extraño.

La economía tradicional no escapa a estas transformaciones, las actividades como la agricultura, la caza, la pesca, entre otras, se ven limitadas por las dinámicas de la guerra. En consecuencia, estas economías son reducidas y reemplazadas por economías a gran escala y en el peor de los casos por economías ilegales. Las opciones para estas comunidades pueden resumirse en dos: quedarse en la zozobra y el miedo o abandonar su tierra. Cualquiera de estas opciones representa una tragedia de enormes proporciones.

Los territorios “huérfanos”, posteriormente son ocupados por los actores de la guerra, por empresarios que sospechosamente resultan beneficiados y por terceros (pocos de buena fe). Los territorios ancestrales, sagrados y vitales son así “desnaturalizados”. “El territorio disputado y convertido en escenario de enfrentamientos armados, de dominio, muerte y miedo, queda, desde la perspectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afrocolombianas, profanado, alterado y vulnerado” (CNMH, 2013, p. 279). Y esta situación se complica aún más cuando los territorios, por malabares jurídicos, artimañas y en el peor de los casos corrupción, son legalizados a favor de terceros. Así, la esperanza de “regresar” se extingue en virtud de la ley.

Los tipos de violencia más comunes frente a la población indígena son las masacres, homicidios selectivos, la desaparición forzada y, sobre todo, el desplazamiento forzado. Cualquiera de estos hechos victimizantes, para utilizar el lenguaje de la Ley 1448 de 2011, genera una lesión profunda en las comunidades y pueblos indígenas.

Para las comunidades indígenas, el asesinato de líderes espirituales, que llevan a cabo prácticas de sanación tradicional y portan conocimientos ancestrales, causa profundos daños y sufrimientos colectivos. La pérdida no produce exclusivamente tristeza y desorientación, sino además la destrucción de un valioso legado de acumulación histórica. La muerte violenta y abrupta de cualquier persona, sea cual sea su función social, impide la utilización de los mecanismos de transmisión intergeneracional de conocimiento, de tradición oral y de principios normativos y morales ancestrales. La muerte violenta de las mujeres líderes en Bahía Portete, por ejemplo, desestabilizó el orden sociocultural de la comunidad wayuu, y su

relación con el entorno natural y sobrenatural. Estas muertes llegaron a afectar aspectos tan importantes como la crianza y la intermediación con el mundo exterior (CNMH, 2013, p. 280).

Las cifras sobre la muerte violenta de líderes indígenas son desoladoras, desde el primero de enero hasta el cinco de abril, según lo afirma Carlos González, director de Indepaz, se produjeron 25 masacres con un resultado de 91 muertos (Infobae, 2021). Respecto a las muertes de indígenas el líder y senador Feliciano Valencia en entrevista en el canal uno el día 27 de abril de 2021 manifestó que en lo que va del gobierno del Presidente Duque se han ejecutado más de 250 homicidios. Respecto al hecho del desplazamiento, en la mayoría de las ocasiones no son desplazamientos individuales sino colectivos, por lo que el daño tiene un impacto social inmenso. Así lo expresa el profesor López, al afirmar que el desplazamiento, sin restar importancia al efecto que tienen otras formas de violencia, “ha tenido un impacto masivo generando el mayor impacto a las poblaciones indígenas” (López, 2016, p. 49). Fragmentación familiar, destrucción de la comunidad, desarraigo, aculturación, pérdida de la identidad, pérdida patrimonial, pobreza, mendicidad, en cualquiera de los casos sufrimiento, son las consecuencias de este hecho victimizante.

Según la Ficha Informativa Colombia, la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), desde 1985 hasta noviembre de 2019 más de 7.9 millones de personas han sido víctimas del desplazamiento forzado, “con una afectación del 25,4% sobre pueblos indígenas y 21% afrocolombianos” (ACNUR, 2019, p. 2). Tan solo entre enero y noviembre de 2019 fueron desplazados 12.036 indígenas y 31.510 afrocolombianos. Indepaz afirmó que en el 2020 se presentaron 106 desplazamientos masivos, mientras que a corte cinco de abril de 2021 van 65, equivalente a 15.000 nuevos desplazados. Sobre este tema Codhes reveló que en el mismo periodo las zonas más afectadas por este “flagelo en Colombia son: Nariño con 33.641 desplazamientos, seguido por Antioquia con 29.174, Chocó con 27.894, Norte de Santander con 27.169, Córdoba con 8.083 y Cauca con 8.009 desplazamientos” (Infobae, 2021, párr. 9).

Esta situación exige identificar, focalizar e intervenir las causas estructurales de un modo distinto a como lo ha venido haciendo históricamente el Estado; esto es, por ejemplo, con el fortalecimiento de la inversión social (educación, salud, trabajo, vivienda), creando escenarios de participación, estableciendo estrategias de pedagogía y cultura de paz, inclusión, consenso y

políticas de desarrollo (Zeballosf-Cuathin y Cáceres, 2020). Al respecto, la propuesta doctoral del profesor Enrique Cáceres permite comprender muy bien las posibles alternativas para superar el conflicto y lograr la paz:

En efecto, la salida negociada a un Conflicto, cualquiera que sea su naturaleza, debe pasar, en primer lugar, por una negociación política que aborde todas sus aristas, no solo las jurídicas, o aún las relacionadas con las instituciones jurisdiccionales y su participación en los procesos de investigación y juzgamiento de responsables, sino también en las necesidades de un mayor consenso social que aborde las problemáticas asociadas a la redistribución de la riqueza, a la participación económica y política de todos los actores sociales, a la construcción de nuevos espacios de discusión y deliberación, y sobre todo, a la búsqueda real y efectiva de elementos que garanticen la materialización de los derechos y libertades como ideario del Estado Social de Derecho (Cáceres, 2020, pp. 357-358).

3.4.5. Tensiones y desafíos en el campo de la política.

Una comprensión del mundo en las dimensiones y latitudes que ello exige solo es posible cuando se comprende que existen otras racionalidades que interpretan el mundo de manera diferente. El desconocimiento del otro, como dicen Gómez y Gnecco (2008), se traduce en una violencia epistémica de vieja data. La globalización, expansión misma de un conocimiento que se pretende universal, promueve, en palabras de Santos, un epistemicidio del conocimiento local. El “fascismo epistemológico existe bajo la forma de epistemicidio cuya versión más violenta fue la conversión forzada y la supresión de los conocimientos no occidentales llevada a cabo por el colonialismo europeo y que continúa hoy bajo formas no siempre tan sutiles” (2010, p. 68). Esta especie de fascismo activa el ánimo político de los disminuidos, ánimo que se traduce en manifestaciones de poder, lucha y resistencia. Sin embargo, ello no será posible sin la transformación del sujeto, en este caso del sujeto indígena, en un sujeto político.

(...) existe una enorme y creciente brecha entre nuestra condición de individuos de *jure* y nuestras posibilidades de transformarnos en individuos de *facto* -o sea, de tomar el control de nuestro destino y hacer las elecciones que verdaderamente deseamos hacer-. Es de las profundidades de ese abismo que emanan los efluvios venenosos que emponzoñan la vida de

los individuos contemporáneos. Esa brecha, sin embargo, no puede ser zanjada por el esfuerzo individual únicamente: no con los recursos y medios disponibles en las políticas de vida autogestionadas. Zanzar esa brecha es asunto de la Política con “P” mayúscula (Bauman, 2003, p. 45).

El sujeto de *jure* es, en ese sentido, un sujeto atrapado, distraído y dependiente del derecho y del Estado. Este individuo, que es conforme, ha renunciado a decidir por sí mismo y ha evadido sus responsabilidades personales y sociales. La emancipación por tanto no puede lograrse a través del sujeto de *iure* sino del sujeto de *facto*. Ser sujetos de *facto* significa “tomar nuestras propias decisiones, tomar el control de nuestro destino y controlar los recursos necesarios para una verdadera autodeterminación, puesto que el individuo *de jure* no puede convertirse en un individuo *de facto* sin antes ser ciudadano: este es precisamente el dilema de la emancipación según Bauman” (Mejía, 2013, p. 124).

Por ello, como lo dicen Mejía y Mápura, la Constitución antes de definirse como algo completo y acabado debe valorarse como un ente abierto, que se nutre de elementos no necesariamente jurídicos, como los políticos y morales. Estos elementos son, en clave constitucional, necesarios para lograr la acción política y la emancipación.

Es necesario, siguiendo a Habermas, concebir la Constitución como un proceso inacabado y en permanente construcción que debe ser refrendado constantemente por sus ciudadanos en términos político-morales y no de manera exclusiva en términos jurídicos. La Corte Constitucional carece de mecanismos para lograr este fin y le corresponde por lo tanto asumirlo a la opinión pública, de esta manera se superará el acuerdo impositivo de mayorías propiciado por las élites en pro de un consenso político real. En otras palabras, no habrá emancipación mientras no se enfrente y se supere la alienación, y ello ocurrirá antes que en el derecho y sus mecanismos propios, en el campo de la acción política (2009, p. 133).

No debe entenderse, por supuesto, que la acción política de la que hablan los autores en las dos últimas líneas es fundamentalmente una vía de hecho. No. La acción política no es la movilización al margen de la institucionalidad, sino un fenómeno social en términos de diálogos y consensos que se da en el marco de la Carta Política, pues solo así la acción política tendrá sentido y razonabilidad. Lo otro advierte caos y violencia. En esos términos, la Constitución es el centro de impulsión de la actuación política; un depósito de aspiraciones para la transformación social. En eso consiste la Constitución aspiracional de la que habla Mauricio García Villegas:

Así, el poder emancipatorio del constitucionalismo aspiracional está en que contiene un mensaje político, en el cual se concreta la idea de esperanza depositada en los textos constitucionales, de manera que los actores encuentran en dicho mensaje un pretexto para la acción política. Esto es, el constitucionalismo aspiracional es importante para las prácticas políticas en la medida en que, por un lado, facilita la conciencia política emancipatoria de algunos grupos sociales excluidos y, por otra, facilita estrategias posibles de acción legal y política para remediar la situación de los afectados. Además, el constitucionalismo aspiracional tiene una dimensión constitucional importante, ya que crea, ayuda a crear o fortalecer la identidad del sujeto político (García, 2006, p. 225-226).

Como lo plantea García Villegas, la Constitución aspiracional, en este caso la colombiana, formalmente permite no solo la acción jurídica, sino también la acción política. Entonces: si la Constitución tiene ese poder, ¿por qué el desarrollo de una acción política y un consenso real están pendientes? La respuesta debe buscarse no tanto en el contenido de la Constitución, sino en su eficacia. Los poderes públicos y demás autoridades no han comprendido que para hacer una justicia para todos la interpretación y el desarrollo de la Constitución no puede quedar exclusivamente en sus manos, sino que debe existir una apertura al debate en torno a consensos, donde el pueblo menos aventajado finalmente tenga el poder de decir el significado de la Constitución y accionar en torno a ese significado. Pero esa posibilidad solo llegará cuando el pueblo tenga conciencia de sus capacidades y necesidades, es decir, cuando esté libre de toda alienación.

Lo ideal sería que las colectividades indígenas tengan la oportunidad de participar activamente en los procesos de diálogo y consenso con otros sectores, especialmente con el Estado y con los sectores que tienen el monopolio económico. Es indudable que las colectividades indígenas “deben ser incluidas en tales pactos, y que estos requieren abrir espacios para avanzar más rápidamente en la aplicación de los estándares. Uno de los principales desafíos en esta materia es la integración de los derechos de los pueblos indígenas en un nuevo modelo de gobernanza de los recursos naturales. Se trata de transitar desde los “nuevos tratos” hacia los “nuevos pactos” (CEPAL, 2014, p. 6).

Esto implica, claro, no limitarse a participar en asuntos particularmente étnicos; su interés deben ser los asuntos de interés nacional, generando críticas y propuestas desde su saber. Temas como la violencia, el narcotráfico, derechos sexuales y reproductivos, la administración de justicia, el campesinado, la economía y la reforma tributaria son solo algunos de los ejemplos en lo que pudiera intervenir. Lastimosamente, la falta de unidad y la falta de solidaridad debilita el accionar político

frente a las causas sociales; sí campesinos, indígenas, docentes, gremios, asociaciones y otras formas de organización social hicieran un frente común y marcharan para lograr el mismo propósito seguramente la suerte sería otra. Parece ser que el 2021 será el año para iniciar y llevar a cabo esa unidad. A la fecha van treinta días de protestas; por un lado los resultados son positivos porque el Gobierno retiró la reforma tributaria y la reforma a la salud, por el otro se ha producido una militarización de algunas ciudades y se han denunciado desapariciones y homicidios. Los indígenas se encuentran en pie de lucha.

Igualmente, los indígenas no pueden conformarse con el reconocimiento de ciertos derechos y garantías, el reto debe ser mayor, pues deben preocuparse por encontrar las llaves del “poder”. Se necesita más atrevimiento. Está muy bien haber alcanzado curules especiales en el Congreso, en algunas alcaldías, asambleas y concejos, pero hace falta hacer presencia en el debate político electoral departamental y nacional. Del mismo modo, tal vez es necesario, en terrenos de reingenierías constitucionales, que sean las mismas voces indígenas las que puedan tener participación, ya no solo en la creación de las leyes sino también en su interpretación y aplicación; esto es, permitiéndose, por qué no, que las comunidades indígenas puedan contar con representación en las Altas Cortes.

Para Boaventura de Sousa, en el marco de la nueva modernidad constitucional es admisible la presencia de nuevas “constelaciones jurídicas”, esto es, “la coexistencia dentro de un mismo territorio geopolítico, de un ordenamiento jurídico estatal moderno, occidentalizado, oficial, con una pluralidad de ordenamientos jurídicos locales, tradicionalmente o recientemente desarrollados, no oficiales, de raigambre comunitaria” (Santos, 2009, 338). Como lo expone el mismo autor, las luchas tradicionales indígenas no deben quedarse solo en la denuncia de los abusos históricos y las violaciones tradicionales de los derechos de las comunidades indígenas, sino que deben traspasar también las fronteras de lo jurídico para convertirse en escenarios políticos de apertura de discusiones democráticas, entendiendo que las comunidades y pueblos son actores incidentes, a los que los canales institucionales, como la Constitución colombiana de 1991, les permitió alcanzar un espacio de movilización y reivindicación política.

En efecto, “lo que en verdad es nuevo en la prominencia de la cuestión indígena es el surgimiento de una coalición transformadora, transnacional, compuesta por ONG indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial” (Santos, 2009, p.

339). Esto significa una verdadera acción política, emancipadora, que, si bien se vale del derecho formal, no se limita – y no se puede limitar – a éste, justamente por las tensiones y ambivalencias que la normatividad presupone, y, si bien es cierto que el derecho constitucional progresista, particularmente en modelos como el de la Constitución de 1991 ha servido en Colombia como una plataforma discursiva y como impulso, no es menos cierto que el trabajo político y social, desde lo comunitario, pueden materializar los postulados, principios y presupuestos éticos y morales que deben existir en escenarios de multiculturalidad, interculturalidad e interseccionalidad.

CONCLUSIONES GENERALES

En primer lugar, el derecho indiano primigenio, disperso y eminentemente legislado mantenía a las colectividades indígenas sometidas a una discriminación, ocultamiento y negación de sus derechos propios, llevándolas a una extinción cultural y física importante. Ante esa situación, y debido a la necesidad de garantizar la fuerza de trabajo y los intereses de la evangelización, se adoptaron nuevos estatutos.

En aquellos periodos, la concepción del indio jugó un papel importante, pues de ella dependieron en gran medida las reformas en el proceder en la Conquista. Así, para Ginés de Sepúlveda, los indios eran tardos y torpes de entendimiento, con una naturaleza destinada a obedecer y servir, y por consiguiente, la guerra era justa. En contraste, De las Casas afirmaba que el indio era bueno, obediente, fiel y servicial, aunque débil físicamente, también afirmaba que era un hombre de razón y de fe. Estas disputas por fin tuvieron un espacio en el Colegio de San Gregorio de Valladolid entre 1550 y 1551, donde Bartolomé de Las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda expusieron sus argumentos en un amplio y fundamentado debate. Finalmente, los argumentos del Fray Bartolomé lograron penetrar en las esferas de poder, favoreciendo la expedición de distintas normas encaminadas a la protección de los indios. Este debate fue complementado por Francisco de Vitoria, quien consideraba al indio como un sujeto racional a su modo, por lo que era un natural cuya tragedia fue no recibir buena educación. Vitoria se encargó de justificar la guerra no con fundamento en la naturaleza del indio, sino en unas justas causas fundamentadas en el derecho de gentes (parte del derecho natural).

A la vez, pudo establecerse que el indio no fue un sujeto completamente sometido y anulado, como pudiera creerse, sino que más bien estaba dotado de una capacidad intelectual bastante amplia, que le permitió descifrar los códigos de su colonizador para formular a partir de ellos un código nuevo, que en adelante sería el que le permitiese subsistir. Esta sagacidad le posibilitó a los pueblos indígenas ejecutar los procesos de adaptación, mimetismo, resistencia y mestizaje que favorecieron su supervivencia.

Con la Independencia llegó el periodo de la República y de las constituciones. Las constituciones y las normas republicanas pusieron a los pueblos ancestrales en el terreno de una igualdad jurídica, por lo que no se consideró necesario una legislación especial. En la Constitución de 1886 tampoco existió un reconocimiento expreso del carácter multiétnico de la nación colombiana, pues a través de la ley se reconocieron algunos derechos desde un enfoque impositivo y discriminatorio, con la única finalidad de reducir a los salvajes a la vida civilizada (Ley 89 de 1890). Paradójicamente, esta Ley fue legitimada por los indígenas, al punto de convertirse en el discurso jurídico-político para la defensa de sus derechos.

En 1940 inició una nueva etapa para los derechos indígenas, denominada *indigenismo*, cuya vigencia se extendería hasta la década de los años ochenta, cuando el multiculturalismo penetró los estados a través del derecho internacional, principalmente. La inauguración de esta etapa se produjo con la Convención Internacional de Pátzcuaro realizada en Michoacán (México), en donde se creó el Instituto Indigenista Interamericano, con el objetivo de incentivar el conocimiento de la cultura indígena, promover investigaciones, políticas, legislación y proyectos similares en materia de derechos indígenas.

En ese periodo inició también la recepción de normas internacionales, en primer lugar el Convenio 107 de 1957, aprobado mediante Ley 31 de 1967, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales, el cual posteriormente fue derogado por su enfoque integracionista y asimilacionista. Sin embargo, dichos estándares internacionales alcanzaron a irradiar la normatividad interna, hecho que se puede observar en un catálogo amplio de normas con enfoque étnico.

En la tercera sección del capítulo se contextualizó el reconocimiento que llegaría con la crisis del constitucionalismo tradicional y el cambio constitucional del 91. En esta instancia, se explicitaron las principales propuestas y debates con respecto a los derechos indígenas, formuladas en la dirección del reconocimiento de un estatus especial, es decir, como verdaderos sujetos de derechos. Pero antes fue necesario señalar que los antecedentes de los debates constituyentes sobre los derechos indígenas tuvieron en las reuniones de Barbados de 1971 y especialmente de 1977 un ejemplo importante.

Para la década de los años 80, la violencia penetró con sevicia a la sociedad colombiana, en la que las guerrillas, los paramilitares y el narcotráfico fueron los protagonistas de este escenario de terror. La muerte del líder del Nuevo Liberalismo fue el detonante para exigir un cambio social y político profundo. Esta exigencia de cambio inició con el movimiento de la “séptima papeleta”, el cual propuso consultar al pueblo en las elecciones del 11 de marzo de 1990 sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Una vez agotado ese proceso, la Asamblea se constituyó para dar vida a la Constitución de 1991. En el seno de la Asamblea se presentaron varias propuestas sobre los derechos indígenas, que permitieron introducir nuevas categorías de análisis, que desbordaron el simple ámbito de la igualdad formal y que refirieron a la diversidad como valor constitucional. Después de un intenso debate, algunas de estas propuestas fueron acogidas y elevadas a rango constitucional, lo que significó un hecho sin precedentes en el constitucionalismo colombiano.

El segundo capítulo se orientó a examinar el Estado constitucional de derecho y la constitucionalización del derecho. Inicialmente, se estableció que la “Constitución es norma de normas”. En otras palabras, se precisó que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, de tal manera que ninguna norma, interpretación o actuación contraria a su contenido puede tener validez. En consecuencia, toda norma que no tenga conformidad con la Carta superior deberá inaplicarse y expulsarse del sistema jurídico. Este poder es transversal a toda entidad jurídica, categoría que subsume al Estado, reiterando que debe someterse al principio de supremacía constitucional. Este fenómeno permitió elaborar el concepto de Estado Constitucional de Derecho (variante del Estado Social de Derecho), en el que el Estado se subordina completamente al poder de la Constitución.

Las anteriores categorías permitieron al mismo tiempo desarrollar la categoría de constitucionalización del derecho, definido como un fenómeno mediante el cual la Constitución material (bloque de constitucionalidad) irradia con la misma fuerza y homogeneidad todo el ordenamiento jurídico. De esa forma, la materia, las fuentes, los procedimientos, la interpretación y aplicación del derecho deben corresponder con los mandatos constitucionales. Este proceso de

constitucionalización en el ordenamiento jurídico colombiano, como pudo observarse, ha sido un proceso lento e impulsado sobre todo por los jueces.

En relación con los derechos indígenas, el proceso de constitucionalización se surtió inicialmente con la consagración de los derechos de valor étnico en la Constitución. Posteriormente, este proceso quedó en manos de la Corte Constitucional. En efecto, la Corte Constitucional, a través de su variada jurisprudencia, se encuentra “constitucionalizando” las realidades indígenas, haciendo que el principio de diversidad étnica y cultural tenga sentido y materialidad sociológica, aunque a veces ese proceso sufra retrocesos importantes.

Después de esto, se describió el reconocimiento formal de los derechos indígenas en los diferentes instrumentos jurídicos. Al respecto, se estableció que tanto el derecho internacional de los derechos humanos como las constituciones latinoamericanas y las normas infraconstitucionales de los estados reconocieron los derechos indígenas. Lo mismo hizo la jurisprudencia constitucional colombiana. Del mismo modo, la Constitución material reconoció derechos de valor étnico, utilizando fórmulas como el bloque de constitucionalidad, la consagración expresa, las cláusulas remisorias y la jurisprudencia constitucional y convencional. Vale aclarar que dicho reconocimiento se produjo por la iniciativa internacional y por la lucha indígena, más no por la voluntad e intención propia del Estado. Tal reconocimiento fue importante para las colectividades indígenas, pues generó un efecto simbólico de inclusión, y un efecto práctico de exigibilidad a través de los mecanismos establecidos.

Posteriormente, el propósito fue profundizar en la fundamentación epistemológica de los derechos indígenas. Se puso en evidencia que se adoptó una fundamentación epistemológica desde la teoría de la justicia, especialmente representada en la multiculturalidad, la interculturalidad y la interseccionalidad. Los dos primeros enfoques no son excluyentes, pues se han utilizado de manera complementaria, casi que necesaria, aplicándose según el contexto de la vulneración. Esta afirmación contradice las tesis que consideran que el multiculturalismo no es idóneo para explicar las realidades indígenas. En el mismo sentido opera frente a la tesis de que el interculturalismo es el único enfoque válido para dar respuesta a las necesidades indígenas. Por otra parte, se aclaró previamente que el enfoque interseccional no ha tenido en Colombia un desarrollo normativo y jurisprudencial suficiente. La doctrina ha sido la que ha impulsado la recepción de este enfoque en

Colombia, especialmente con el activismo del movimiento feminista, cuya preocupación gira en torno a las desigualdades sociales, en la vía de la discriminación (múltiple, compuesta, interseccional).

En el capítulo tercero se pudo confirmar que el reconocimiento de derechos estuvo acompañado por el establecimiento de los mecanismos necesarios para hacer de dichos derechos entidades exigibles y justiciables. Estos mecanismos se clasificaron en dos grandes grupos: la justicia constitucional y la justicia convencional. La justicia constitucional se conforma por un conjunto de organismos y autoridades cuya función está dispuesta al servicio de la garantía de la Constitución y de la efectividad de los derechos humanos y fundamentales. Estos mecanismos se agrupan en el control de constitucionalidad, de los cuales hacen parte las acciones de tutela, las acciones públicas y el control previo de constitucionalidad. A la vez, se estableció que el mecanismo más utilizado, por su carácter expedito para proteger los derechos, ha sido la tutela. En ese campo, la revisión constitucional que hace la Corte Constitucional ha cumplido una función esencial, relacionada con unificar la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de las colectividades indígenas.

En su turno, se constató que la justicia convencional se organiza en el Sistema Interamericano de Derechos humanos (Estado, Comisión y Corte Interamericana), siendo la Corte Interamericana el organismo jurisdiccional que, de forma subsidiaria (principio de complementariedad), realiza el control concentrado de convencionalidad. El control difuso y directo lo realiza el Estado colombiano a través de todas las autoridades, no solo de los jueces. Este control ha servido para la defensa de los derechos humanos. Empero, todavía se encuentran en deuda con el propósito de armonización de los sistemas de derecho.

En la segunda sección del capítulo se realizó una aproximación a la categoría de derechos colectivos fundamentales. Esta se deriva de una visión colectiva e integral de la existencia. En efecto, la jurisprudencia, sobre todo la constitucional, ha reconocido la existencia de grupos que, por su misma configuración y naturaleza, no pueden considerarse como una suma o integración de individuos, sino que deben considerarse como una realidad autónoma. En este caso, las

colectividades indígenas fueron reconocidas por la Corte Constitucional como sujetos colectivos, lo cual permitió elaborar la categoría de derechos colectivos fundamentales.

A continuación, con el fin de mostrar los avances y retrocesos en la protección de los derechos colectivos fundamentales, se analizó el derecho colectivo fundamental a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas en Colombia, el cual fue reconocido expresamente en instrumentos internacionales (Convenio 169 de la OIT, por ejemplo), en la Constitución (art. 330) y en otras disposiciones. Se resaltó que, en desarrollo de estos mandatos, el Estado debe tomar las medidas necesarias para su aplicación, sobre todo las relacionadas con la necesidad de consultar a las colectividades indígenas, de buena fe y siguiendo procedimientos apropiados, con el objeto de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. El diálogo intercultural en este escenario es de vital importancia. Pero más allá de la consulta el “deber ser” es el consentimiento.

De ese modo, las actuaciones del Estado deben enmarcarse en el respecto de los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas y el principio *pro homine* e interpretación conforme. Así lo señala el artículo 330 constitucional, al disponer que 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”. La Corte Constitucional de Colombia, en desarrollo de las anteriores disposiciones, ha creado, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una jurisprudencia relativamente consistente alrededor del derecho a la consulta previa. Sin embargo, la misma jurisprudencia constitucional ha sufrido retrocesos en este campo, ejemplo de ello es la Sentencia SU-123 de 2018.

Además, los criterios antes mencionados (diligencia debida y proporcionalidad) sirven para determinar la vulneración de la consulta y para evaluar la procedencia de un eventual remedio judicial, así como para verificar los intereses en disputa, valoración que inicialmente la hace la administración y posteriormente el juez. Es precisamente este “justo medio” el que preocupa, ya que el principio de diversidad étnica y cultural y los derechos fundamentales son ubicados en un plano similar al de la función social de la propiedad y del desarrollo sostenible, reducción propia de la visión occidental que todavía impera en la Corte. Finalmente, la valoración que hace la Corte sobre las compensaciones, que funcionan como instrumentos de refuerzo (en realidad de intercambios) del diálogo y la consulta muestran resultados negativos, pues el escenario de

consulta previa se convierte en un escenario de transacciones, donde el objeto y fin de la consulta pasa a un segundo plano (Padilla).

El capítulo III terminó con la exposición de algunos retos y desafíos que el neoconstitucionalismo no puede resolver, como la eficacia del derecho y especialmente de las decisiones judiciales (casos: incumplimiento de “la orden tercera del Auto 004 de 2009 y de las órdenes primera y cuarta del Auto 266 de 2017, en relación con la garantía del derecho a la etnoeducación de los pueblos indígenas del Cauca -Sentencia T-025, 2004; incumplimiento del Auto del 26 de julio de 2016 (comité de censo indígena) - Sentencia T-793, 2014; Auto 264 de 2020 sobre derecho a la salud y alimentación de los niños Wayuu -Sentencia T-466, 2016 y Auto 410A de 2015, evaluar el cumplimiento de las órdenes impartidas en Sentencia T-547 de 2010 en el Proyecto Multipropósito Brisa). Estos retos pasan por problemas relacionados con las órdenes estructurales y complejas, la falta de coordinación institucional y en relación con esto la ausencia de voluntad política y la incapacidad del Estado para comprender las realidades diversas.

En segundo lugar se encuentran las tensiones y desafíos en la fundamentación, reconocimiento y justiciabilidad de los derechos indígenas. Para ello en primer lugar se debe advertir y resolver la presencia de la colonialidad, como forma contemporánea de opresión; en segundo lugar, es necesario reinterpretar y complementar las epistemologías de conformidad con el enfoque decolonial.

En tercer lugar se encuentran las tensiones y desafíos frente al modelo de desarrollo. La respuesta a esos planteamientos significa desincentivar el modelo de desarrollo tradicional liberal (exotización y comercialización de la cultura); incentivar la participación y democracia en la economía (no solamente una economía estatal); disminuir la depredación de los sistemas vivos y no vivos (sostenibilidad); promover una mayor interacción entre sujetos y entre éstos y la naturaleza (dinámicas de respeto) y mejorar la organización y planificación estatal (responsabilidad pública). Lo anterior reclama modelos alternativos de desarrollo; el “buen vivir” es uno de ellos (Estrada). La shagra es un ejemplo de este modelo, la cual no puede reducirse a una simple actividad agrícola, sino que es un espacio de socialización físico y espiritual, de desarrollo económico y de seguridad alimentaria (López).

En cuarto lugar se encuentran las tensiones y desafíos frente al problema de la violencia y la sistemática vulneración de los derechos fundamentales, que terminan minando los usos, las prácticas consuetudinarias, los espacios de socialización y reunión, el trabajo, las creencias y los rituales y la participación democrática. El hecho con más impacto en las comunidades es el desplazamiento.

Finalmente, se presentó como reto la ausencia de una verdadera posibilidad para la acción política, para la descolonización y la transformación social. La acción política no es la movilización al margen de la institucionalidad, sino un fenómeno social en términos de diálogos y consensos que se da en el marco de la Carta Política, pues solo así la acción política tendrá sentido y razonabilidad, donde el pueblo menos aventajado finalmente tenga el poder de decir el significado de la Constitución y accionar en torno a ese significado. Se trata de transitar desde los “nuevos tratos” hacia los “nuevos pactos”.

REFERENCIAS

Doctrina

Acosta, A & Gudynas, E. (2011). El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. En M. Rojas (coord), "La medición del progreso y del bienestar". Foro Consultivo Científico y Tecnológica, AC.

Acevedo, Jorge. (1942). *Derecho Indiano*. LA CORT – EDITOR.

ACNUR. (2019). Ficha Informativa Colombia. <https://www.acnur.org/5e694d1e4.pdf>.

Alavez Ruíz, Aleida (2014). *Interculturalidad: Concepto, Alcances y Derecho*. Ediciones Mesa Directiva.

Alcalá, Alberto. (2011). *Interpretación jurídica y neoconstitucionalismo*. Universidad Autónoma de Occidente.

Alonso Espinal, Manuel Alberto. (2014). Ensamblajes institucionales y guerras civiles en la Colombia del siglo XIX. *Revista co-herencia*, (11), pp. 169-190. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/2608/2434>.

Amado, Juan. (2001). SOBRE DERECHOS COLECTIVOS. DILEMAS, ENIGMAS, QUIMERAS. *Una discusión sobre derechos colectivos*, (1), pp. 177-194. <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/derechoscolectivos.pdf>.

Anaya, James. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Trotta.

Aristizábal Arbeláez, Luis Hernando. (1993). *Anotaciones sobre derecho indiano*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

Ariza, José. (2008). *Derecho, saber e identidad indígena*. Universidad de Deusto. Tesis de doctorado.

- Ariza Santamaría, Rosembert. (2010). *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras formas de realizar lo justo*. Universidad Externado de Colombia.
- Ariza Santamaría, Rosembert. (2017). Descolonización de prácticas judiciales constitucionales en Bolivia-Colombia. *Revista Direito e Práxis*, 8(4), pp. 3004-3036. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31225>.
- Ariza Santamaría, Rosembert y Rodríguez Villabona, Andrés Abel. (2018). *El Estado en cuestión. Momentos preconstituyentes en la región andina*. Primera edición. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico – Sociales “Gerardo Molina” UNIJUS.
- Arlettaz, Fernando. (2014). Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 59(221), pp. 201-203. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182014000200009&lng=es&tlng=es.
- Astudillo, César. (2015). El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, en: *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- Babb, Florence. (2017). Desigualdades entrelazadas: repensando la raza, el género y las identidades indígenas en el Perú andino, En Virginia Zavala y Michele Back (eds.), *Racismo y Lenguaje*. Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Bacca, Paulo. (2010). *“Los Derechos Indígenas en la Era del Reconocimiento”*. Universidad Nacional de Colombia. [Trabajo de grado presentado para optar el título de Magíster en Derecho].
- Balanta, María. (2019). *Constitución, función judicial y sociedades multiculturales*. Temis.
- Balanta, Xiomara. (2020). El enfoque étnico-racial en la Jurisdicción Especial para la Paz: una mirada desde el estudio de casos de la Sala de Amnistía o Indulto. En D. Betancourth

(ed.), *Jurisdicción Especial para la Paz*. (2020). *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)*. ISBN: 978-958-52654-4-8.

Banting, Keith y Kymlicka, Will. (2007). *Derechos de las minorías y Estado de bienestar*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Barberis, Mauro. (2003). Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 259-278). Trotta.

Barona, Guido y Rojas Tulio. (2007). *Falacias del pluralismo jurídico y cultural en Colombia. Ensayo crítico*. Universidad del Cauca.

Barraza, Rodrigo. (2014). La Escuela Intercultural de Diplomacia Indígena: academia, posdesarrollo y diálogo de saberes. *Desafíos*, 26(1), pp. 13-56. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/3178/2497>.

Barroso, Luis. (2015). *El neo constitucionalismo y las transformaciones de la interpretación en el derecho contemporáneo*. Universidad Libre.

Bartolomé, Miguel. (2008). *Procesos interculturales*. Siglo XXI.

Bernal Pulido, Carlos. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Bernal, Beatriz. (2015). El derecho indiano, concepto, clasificación y características. *Ciencia jurídica*, 4(7), pp. 183-193. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5144758.pdf>.

Bonilla Maldonado, Daniel. (2006). *La constitución multicultural*. Siglo del hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana.

Bonilla, Víctor Daniel. (2019b). La destrucción de los grupos indígenas colombianos. En G. Grünberg (coord.), *La Situación del Indígena en América del Sur. Aportes al estudio de la fricción inter-étnica en los indios no-andinos*, pp. 65-84. Biblioteca Científica; Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana.

- Bonfil Batalla, Guillermo. (2019). *Siervos de indios y amos de indios. El Estado y la Misión capuchina en el Putumayo*. Editorial Universidad del Cauca.
- Borrero, Camilo. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. CINEP y GTZ.
- Borrero, Camilo. (2014). *Derechos Multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente*. Universidad Nacional de Colombia.
- Borrero, Camilo. (2018). *Territorialidad, Organización Política y Etnicidad en Colombia. Normas, jurisprudencia y categorías jurídicas aplicables a las poblaciones étnicas en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- Botero Marino, Catalina. (2003). Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Precedente. Revista Jurídica* (-), pp. 45-87. <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/download/2039/2599>.
- Cabarcas, Mónica. (2019). La interseccionalidad en contextos de violencia: historias de discriminación y resistencia. *Escenarios*, 16(1), pp. 47-53. <http://ojs.uac.edu.co/index.php/escenarios/index>.
- Cáceres, Enrique. (2020). *Conflicto armado y Estado de Derecho en Colombia: un análisis diacrónico*. Universidad Nacional de Colombia. [Trabajo de grado presentado para optar al título de Doctor en Derecho].
- Calderón-Villegas, Juan. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Uniandes.
- Carbonell, Miguel. (2003). Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. En Carbonell, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 9-10). Trotta.
- Carbonell, Miguel. (2013). *Introducción General al Control de Convencionalidad*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Cárdenas-Castillo, Gonzalo. (2019). La lucha del indio por su liberación. En G. Grünberg (coord.), *La Situación del Indígena en América del Sur. Aportes al estudio de la fricción interétnica en los indios no-andinos*, pp. 85-119. Biblioteca Científica; Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana.
- Carrillo, Diana; Parra, Karen; Rubiano, Luisa y Torres, Laura. (2017). Los Derechos a la Libre Determinación Interna y la Jurisdicción Especial Indígena: Diálogos frente a la Democracia (pp. 195-223). *En Democracia en América Latina: Debates y reflexiones sobre la subalternidad, la interculturalidad y la decolonialidad/Decoloniales en América Latina (Colectivo Copal)*. Primera edición. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina.
- Carrillo De La Rosa, Yesid. (2010). Pluralismo étnico y derecho de las minorías étnicas en Colombia. En C. Hernández (comp.), *Pluralismo*. Primera edición. Universidad Libre.
- Casal Hernández, Jesús. (2010). El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. *Rechtsgeschichte-Legal History*, (16), pp. 212-241. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3209579.pdf>.
- Castañeda, Mireya. (2015). *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Castaño Zuluaga, Luis Ociel. (2016). Institucionalidad democrática colombiana: una retrospectiva a su práctica política, 1810-1990. *Pensamiento jurídico*, (43), pp. 297-348. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60768/pdf>.
- Castrillón, Juan. (2006). *Globalización y derechos indígenas: El caso de Colombia*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castro Suárez, Celmira. (2009). Estudios sobre educación intercultural en Colombia: Tendencias y Perspectivas. *Memorias*, 1(10). pp. 358-375.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/memorias/article/viewPDFInterstitial/478/255>.

Ceballos-Bedoya, Nicolás. (2011). “Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), pp. 223-247.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=733/73322590008>.

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Imprenta Nacional.

Cepeda, Manuel. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Temis.

Cepeda, Manuel. (2007). *Polémicas constitucionales*. Legis.

Chemerinsky, Erwin y Parker, Richard. (2011). *Constitucionalismo popular*. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes.

Clavero, Bartolomé. (2007). Reconocimiento de Estados (no indígenas) por Pueblos (indígenas): Chile y Mapu, caso y categoría. En Laura Giraudo (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional* (pp. 107-128). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Clavero, Bartolomé. (2008). *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas, entre constituciones mestizas*. Siglo XXI editores.

Clavero, Bartolomé. (2011). Nación y naciones en Colombia. Entre Constitución, concordato y un convenio (1810-2010). *Revista de Historia del Derecho*, (41), pp. 79-137.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5402646>.

Comanducci, Paolo. (2009). *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- CONAIE. (2010). PROYECTO POLÍTICO DE LAS NACIONALIDADES Y PUEBLOS DEL ECUADOR. <http://www.conaie.org/congresos-de-la-conaie/ii-congreso-ed-la-conaie/99-proyecto-politico-de-las-nacionalidades-y-pueblos-del-ecuador>.
- Consejo de Europa. (2008). Libro Blanco sobre el diálogo intercultural. https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_SpanishVersion.pdf.
- Convenio 169 de la OIT. <http://www.ilo.org/public/espanish/región/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>.
- Courtis, Christian. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6(10), pp. 53-81. www.revistasur.org.
- Crenshaw, Kimberley. (1994). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. In M. Fineman and R. Mykitiuk (eds.), *The Public Nature of Private Violence*. Harvard Law Review.
- Cruz, Edwin. (2013). *Pensar la interculturalidad. Una invitación desde Abya-Yala/América Latina*. Ediciones ABYA-YALA.
- Cruz, Edwin. (2013). Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad. *Revista Criterio Jurídico*, 13(2), pp. 69-101. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1022/1595>
- Cubillos Almendra, Javiera. (2015). La importancia de la interseccionalidad para la investigación feminista. *Oxímora Revista Internacional de Ética y Política*, 7, pp. 119-137. <https://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/download/14502/17834>.
- Cuchumbé, Nelson. (2012). *El multiculturalismo de CHARLES TAYLOR y el universalismo de los derechos de JURGEN HABERMAS*. Universidad del Valle.

- De las Casas, Bartolomé. (2011). *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Universidad de Antioquia.
- De Vitoria, Francisco. (1947). *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Tercera edición. Espasa-Calpe, S.A.
- Denninger, Erhart. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Editorial Trotta.
- Díaz Arenas, Pedro Agustín. (1991). *Estado y Tercer Mundo: El Constitucionalismo*. Primera edición. Temis.
- Dougnac, Antonio. (1998). *Manual De Historia Del Derecho Indiano*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dworkin, Ronald. (1992). *El Imperio de la Justicia*. Gedisa.
- Echeverri Uruburu, Álvaro. (2013). Características generales del constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX a comienzos del siglo XX. En Bernd Marquardt (coord.), *Constitucionalismo científico. Entre el Estado y el mercado* (pp. 451-463). TEMIS; Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigaciones “Gerardo Molina” -UNIJUS.
- Echeverry Tamayo, Juan David. (2018). La nación en Colombia desde una perspectiva teórica (1810 y 1850). *Naveg@mérica. Revista electrónica editada por la Asociación Española de Americanistas*, (20), pp.1-28. <https://revistas.um.es/navegamerica/article/view/320231>.
- Estermann, Josef. (2014). Colonialidad, descolonización e interculturalidad. Apuntes desde la Filosofía Intercultural. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, 13 (38), pp. 347-368.
- Estrada Álvarez, Jairo. (2013). Tendencias de la producción social del espacio en América Latina: Entre la mercantilización extrema y la transformación del modo de vida. *En Anuario*

de Estudios Políticos Latinoamericanos (pp. 91-116). Universidad Nacional de Colombia.

Expósito Molina, Carmen. (2012). *¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España*. *Investigaciones feministas* 3, pp. 203-222. <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/download/41146/39358>.

Fajardo, Luis y Gamboa, Juan. (1998). *Multiculturalismo y derechos humanos: una perspectiva desde el pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta*. Escuela Superior de Administración Pública.

Fajardo-Arturo, Luis Andrés. (2008). La influencia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos en el derecho constitucional colombiano - Marco teórico. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (12), pp. 301-316. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=824/82420300011>.

Ferreira, Raúl Gustavo. (2015). Breve manifiesto sobre el estado constitucional. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 3(5), pp. 407-422. <https://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.407>.

Figuera Vargas, Sorily & Ariza Lascarro, Andrea. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, (53), pp. 65- 76. <https://journals.openedition.org/revestudsoc/9268>.

Figueroa, Isabela. (2016). *Nociones de soberanía nacional y libre determinación indígena: pugna y articulaciones de conocimientos en el constitucionalismo de Colombia y Ecuador* Universidad del Magdalena. [Trabajo de grado presentado para optar al título de Doctora en Derecho].

Fitzpatrick, Peter- (2011). *El derecho como resistencia: modernismo, legalismo, imperialismo*. Siglo del Hombre Editores; Universidad Libre.

Forero , J., Hernández, C., Meneses, O., Pardo, N., Carrillo, J., Blanco, R., Gómez, D., Guzmán, A., Martínez, J., Amaya, C., Peña, H., López, A. (2016). *Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano*. N. Pardo (ed). Universidad Libre.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. (2018). *Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México*. OXFAM.

Gaitán Bohórquez, Julio y Malagón Pinzón, Miguel. (2008). La “reducción a civilización” y otras técnicas de policía: Versiones historiográficas y prácticas administrativistas de la Colonia a la República. *Revista Opinión Jurídica*, (14), pp. 133-146. <http://search.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/login.aspx?direct=true&db=edsci&AN=edssci.S1692.25302008000200008&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

Galeano, Eduardo. (1996). *Las Venas Abiertas de América Latina*. Tercer Mundo Editores.

García de Enterría, Eduardo. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas.

García Laguardia, Jorge. (2007). Derechos humanos y proceso constitucional en América Latina. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 9(17), pp. 95-107. www.redalyc.org/pdf/282/28291709.pdf.

García Villegas, Mauricio. (2012). CONSTITUCIONALISMO ASPIRACIONAL: DERECHO, DEMOCRACIA Y CAMBIO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA. *Análisis Político*, 25(75), pp. 89-110. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43508/44797>.

García, Enrique. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.

García, Leonardo. (2008). Un nuevo derecho en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de derecho*, (29), pp. 289-330.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000100012&script=sci_arttext&tIng=en.

- García, Manuel. (2017). La participación Indígena en el derecho internacional y el sistema de Naciones Unidas. En G. Rodríguez y G. Lopera (eds.), *Retos del constitucionalismo pluralista*. Siglo del Hombre Editores, EAFIT, Universidad del Rosario, Relaju.
- García-Figueroa, Alfonso. (2003). La teoría del derecho en tiempos de Constitucionalismo. En Carbonell, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 159-186). Trotta.
- García-Gallo, Alfonso. (1972). *Estudios de historia del derecho indiano*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- García-Peter, Sabina y Villavicencio-Miranda, Luis. (2016). Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional. *Convergencia*, 23(72), pp. 13-38. <http://www.scielo.org.mx/pdf/conver/v23n72/1405-1435-conver-23-72-00013.pdf>.
- García-Pelayo, Manuel. (1984). *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Editorial.
- Género y Derechos. (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico* (9), pp. 1-8. https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf.
- Gil, Franklin. (2011). Estado y procesos políticos: Sexualidad e interseccionalidad. En Sonia Correa y Richard Parker (comp.), *Sexualidade E Política Na América Latina: Histórias, Interseções e Paradoxosm* (pp. 1-19). Sexuality Policy Watch, Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS.
- Giraudó, Laura. (2007). Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina. En Laura Giraudó (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional* (pp. 7-57). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Gómez López, Augusto. (2005). El Valle de Sibundoy: el despojo de una heredad. Los dispositivos ideológicos, disciplinarios y morales de dominación. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 0(32), pp. 51-73. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/view/8189/8833>.
- Gómez Velásquez, Alejandro. (2018). La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (25), pp. 586-611. http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n25/n25_a21.pdf.
- Góngora, Manuel. (2014). *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- Grijalva-Jiménez, Agustín. (2012). Constitucionalismo en Ecuador. Corte Constitucional para el Período de Transición. *Pensamiento jurídico contemporáneo* 5.
- Gros, Christian. (1993). Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia. *Análisis político*, (19), pp. 8-24. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/75176/67821>.
- Gros, Christian. (1997). Indigenismo y etnicidad: el desafío neoliberal. En Uribe María y Restrepo Eduardo (eds), *Antropología en la modernidad: identidades, etnicidades y movimientos sociales en Colombia* (pp. 15-59). ICANH.
- Guastini, Riccardo. (2003). *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-73). Trotta.
- Gutiérrez Ramos, Jairo. (2010). Los indios de la Nueva Granada y las guerras de independencia. En Bonilla, Heraclio (ed.), *Indios, negros y mestizos en la independencia* (pp.1-308). Editorial Planeta.
- Guzmán, Diana y Chaparro, Nina. (2013). Restitución de tierras y enfoque de género. Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_365.pdf.

- Haberle, Peter. (2002). *La Constitución como cultura*. Universidad Externado de Colombia.
- Haberle, Peter. (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y " procesal" de la Constitución. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 6(11), pp. 29-61. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3743350.pdf>.
- Hart, Herbert. (2009). *El concepto de Derecho*. Abeledo Perrot.
- Holguín, Nelson. (2012). Apertura constitucional de 1991, diversidad étnica y cultural y ordenamiento político: aproximación filosófica política. *Universitas humanística*, (74), pp. 57-74. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/3642/3179>.
- Houtart, François. (2013). El Sumak Kawsay y la integración latinoamericana. En Beatriz Stolowicz, et al (ed.), *Anuario de Estudios Políticos Latinoamericanos*. Universidad Nacional de Colombia.
- Ibarra Palafox, Francisco. (2007). *Multiculturalismo e instituciones político-constitucionales*. Porrua.
- Iglesias, Marisa. (2002). La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos. En Miguel Carbonell (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales* (pp. 443-475). Comisión Nacional de los Derechos Fundamentales.
- Inampué, Laureano. (1990). (Alcalá Televisión – Guachucal). Quienes desaparecieron a Taita Laureano Inampué. 23 años de su muerte. <https://www.youtube.com/watch?v=TZkRpt71sYg>.
- Jaramillo, Juan. (2007). La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. *Pensamiento Jurídico*, 0(20), pp. 61-90. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/download/38626/40681>.

- Jimeno, Myriam. (2014). Reforma constitucional en Colombia y pueblos indígenas: los límites de la ley. En R. Alcida (comp.), *Constituciones Nacionales y pueblos indígenas* (pp. 59-83). Universidad del Cauca.
- Kymlicka, Will. (1996). *La Ciudadanía Multicultural*. Paidós.
- Kymlicka, Will. (2001). *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*. Universidad de Oxford.
- Kymlicka, Will. (2007). *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Paidós.
- Kloosterman, Jeanette. (1997). *Identidad Indígena: “entre romanticismo y realidad”*. *El Derecho a la Autodeterminación y la Tierra en el resguardo Muellamues*, en el sur-oeste de Colombia. Abya – Yala.
- Landa, César. (2010). La Interculturalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Penal, Sistema de Control Penal y Diferencias Culturales*, pp. 101-111.
- Lascarro, Carlos. (2016). *Estudios constitucionales post-91 en América Latina (casos Colombia, Bolivia y Ecuador): paradigmas, problemáticas e itinerarios teóricos*. Universidad Nacional de Colombia. [Tesis presentada para obtener al título de Magíster en Derecho].
- Lascarro, Diemer. (2015). *Teoría decolonial y constitucionalismo (andino): límites teóricos y nuevos horizontes*. Universidad Nacional de Colombia. [Tesis presentada para obtener al título de Magíster en Derecho].
- Laurent, Virginie. (2012). Multiculturalismo a la colombiana y veinte años de movilización electoral indígena: circunscripciones especiales en la mira. *Análisis político*, 25(75), pp. 47-65. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/viewFile/43506/44792>.

- Lemaitre Ripoll, Julieta. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Primera edición. Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre Editores, Colección Derecho y Sociedad.
- León, María y Aparicio Jesús. (2018). La controversia de Valladolid, 1550-1551. El concepto de igualdad del «otro». *Boletín Americanista*, año LXVIII, 1 (76). ISSN: 0520-4100; DOI: 10.1344/BA2018.76.1008.
- Londoño, César. (2010). *Bloque de constitucionalidad*. Ediciones Nueva Jurídica.
- López, Diego. (2004). *Teoría Impura del Derecho: La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Universidad de los Andes.
- López, Diego. (2016). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- López, Oscar. (2011). Los cantos de sirena del multiculturalismo jurídico político. La identidad cultural en la jurisprudencia de la corte constitucional. *Tabula Rasa* 14, pp. 155-182.
- López, Oscar. (2011). Recepciones locales del multiculturalismo en algunos juristas colombianos. En N. E. Pardo Posada (ed), *Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano* (pp. 229-264). Universidad Libre.
- López, O. (2018). Significados y representaciones de la minga para el pueblo indígena Pastos de Colombia. *Revista Psicoperspectivas Individuo y Sociedad* 17 (3), pp. 1-11.
- Mahecha, Andrea y Mazuera, Paula. (2017). Las Leyes de los Reinos de las Indias. *Revista Diálogos de Saberes*, (47), pp. 31-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6567142>.
- Maestre, Alfonso. (2014). “Todas las gentes del mundo son hombres”. El gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573). *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía* 21, pp. 91-134.

- Manili, Pablo. (2016). *Constitucionalismo social*. Editorial Astrea.
- Mariátegui, José. (2009). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Fundación Biblioteca Ayacucho.
- Marquardt, Bernd. (2009). El federalismo y el regionalismo en el constitucionalismo hispanoamericano (1810-2009): ¿patria boba o un camino para profundizar la democracia? *Revista Pensamiento Jurídico*, (24), pp. 79-129. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36528/38441>.
- Martínez Sanabria, Claudia Margarita. (2010). Derechos civiles y políticos en Colombia en las constituciones provinciales 1810 - 1819. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIII (25), pp.33-51. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617271003.pdf>.
- Marroquín, A. (1972). *Balance del indigenismo*. Instituto Indigenista Interamericano.
- McCarthy, Thomas. (1998). *La Teoría Crítica de Jurgen Habermas*. Tecnos.
- Mejía, Oscar. (2009). *El Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Editorial Ibáñez.
- Mejía Quintana, Óscar e Hincapié Cetina, Diana. (2018). *Filosofía del Derecho Glocal, ¿prolegómenos hacia una teoría decolonial del derecho?* Primera edición. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales; Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico – Sociales “Gerardo Molina” UNIJUS, Colección Coyuntura.
- Melillán, Cecilio. (2014). La legislación indígena argentina: la injerencia en el movimiento de los pueblos originarios. En R. Alcida (comp.), *Constituciones Nacionales y pueblos indígenas* (pp. 157-177). Universidad del Cauca.
- Mesa, Gregorio. (2012). Derechos colectivos y ambientales y acción pública de inconstitucionalidad. En M. Rodríguez (comp.), *imperialismo constitucional* (pp. 59-90). Universidad Nacional de Colombia.

- Millamán Reinao, Rosamel. (2014). Reconocimiento Mapuche en Chile: dialéctica de la negación indígena. En R. Alcida (comp.), *Constituciones Nacionales y pueblos indígenas* (pp. 85-102). Universidad del Cauca.
- Montalván Zambrano, Digno. (2019). El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia. *Ratio juris* 14 (29), pp. 147-185. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5857/585763965007/html/index.html>.
- Morales, Alejandra. (2011). La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 14(27), pp. 135-146. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/download/2409/2103>.
- Morales, Andrés. (2015). Derechos sociales y garantías jurídicas. Las líneas de una discusión y las respuestas desde la teoría general del garantismo. En Bernd Marquardt (ed.), *El Estado Constitucional en el tiempo y en el espacio* (pp. 295-323). Universidad Nacional de Colombia.
- Moreno, María. (2007). La participación política de los pueblos indígenas en Colombia: desafíos y dilemas de la interculturalidad. En *Estudios sobre participación política indígena* (pp. 43-61). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Muelas Hurtado, Lorenzo. (1991). *Propuesta indígena de reforma constitucional*. Asamblea Nacional Constituyente. <http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll28/id/373>.
- Muñoz Onofre, Juan. (2016). *La brecha de implementación. Derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Naciones Unidas. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Oficina del Alto Comisionado. Folleto informativo N° 9.
- Noguera-Fernández, Albert y Criado De Diego, Marcos. (2011). La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Estudios*

Socio-Jurídicos, 13(1), pp. 15-49.
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1506>.

Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos. (2007). *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Ediciones Antropos Ltda.

Olano, Hernán. (2006). *Interpretación y Neoconstitucionalismo*. Porrúa.

Olano, Hernán. (2007). *Constitucionalismo Histórico. Historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio 169 de 1989*.
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314.

Organización Nacional Indígena de Colombia. (1993). *Territorio indígena y constitución. División política y administrativa y entidades territoriales*. Gráficas.

Ots Capdequi, José. (1968). *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Ediciones Aguilar S.A.

Padilla, Guillermo. (2016). Los pueblos indígenas y la consulta previa: ¿normatización o emancipación? Una mirada desde Guatemala. *Rev. colomb. soc*, 3p(1), pp. 193-219.
<https://doi.org/10.15446/rsc.v39n1.57042>.

Parra González, Karen Alejandra; Rubiano Guachetá, Luisa Fernanda; Torres Acosta, Laura Natalia; Carrillo González, Diana. (2017). *Los derechos a la libre determinación interna y la Jurisdicción Especial Indígena: Diálogos frente a la democracia*. En “*Democracia en América Latina, debates y reflexiones sobre la subalternidad, la interculturalidad y la decolonialidad*”. Primera edición. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Colectivo de Estudios Poscoloniales / Decoloniales en América Latina Colectivo COPAL; Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico – Sociales “Gerardo Molina” UNIJUS.

- Pérez de la Fuente, Oscar. (2005). *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*. Universidad Carlos III de Madrid; Dykinson S.L.
- Pérez Escobar, Jacobo. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano*. Temis.
- Perry, Jimena. (2016). ¿Quedan indios en Colombia? El movimiento indigenista de 1940 a 1950. *AIBR Revista de Antropología Iberoamericana* 11 (3), pp. 363-380.
- Pineda Camacho, Roberto. (1997). La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia. *Alteridades*, 7(14), pp. 107-129. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=747/74745549008>.
- Pinto, Mónica. (1997). El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Pinzón, Pedro. (2017). *Constitucionalismo y llanerismo bajo reconquista española. 1815 – 1819*. Panamericana formas y ediciones.
- Pisarello, Gerardo. (2012). Del Estado Social Tradicional al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los Derechos Sociales. En Miguel Carbonell (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales* (pp. 115-135). Comisión Nacional de los Derechos Fundamentales.
- Pita-Pico, Roger. (2017). Derechos sociales y condiciones económicas de los indígenas en Colombia: de la Independencia a la República. *Revista Jangwa Pana*, 16(2), pp. 253 - 266. DOI: <http://dx.doi.org/10.21676/16574923.2130>.
- Pineda Camacho, Roberto. (2009) Cronistas contemporáneos. Historia de los Institutos Etnológicos de Colombia (1930 - 1950). En *Arqueología Y Etnología En Colombia. La Creación De Una Tradición Científica*, p.113 - 171. Uniandes.

- Platero, Raquel. (2014). ¿Es el análisis interseccional una metodología feminista y *queer*?. En Irantzu Mendia Azkue, Marta Luxán, Matxalen Legarreta, Gloria Guzmán, Iker Zirion, Jokin Azpiazu Carballo (eds.), *Otras formas de (re)conocer: reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista*. Universidad del País Vasco.
- Pozzolo, Susanna. (2003). Un constitucionalismo ambiguo. En Carbonell, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 187-210). Trotta.
- Prieto-Sanchís, Luis. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Carbonell, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 123-158). Trotta.
- Prieto-Sanchís, Luis. (2013). *El constitucionalismo de los Derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta.
- Quijada, Mónica. (2007). Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogenización y la diversidad: ¿una pulsión colectiva duradera? En Laura Giraudo (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional* (pp. 59-81). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Quinche Manuel. (2015). *Derecho Procesal Constitucional Colombiano. Acciones y procesos*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Quinche, Manuel. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Ibañez.
- Quinche, Manuel. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12, pp. 163-190. https://www.academia.edu/download/2021959/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano.pdf.
- Quinche, Manuel. (2015). *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

- Quinche-Ramírez, Manuel Fernando. (2016). La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia. *Revista Jurídicas*, 13(1), pp. 43-63. DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.4.
- Quinche-Ramírez, Manuel. (2012). *Derecho constitucional colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas*. Temis.
- Quintero Ramírez, Óscar. (2002). Sociología e Historia del movimiento estudiantil por la Asamblea Constituyente de 1991. *Revista colombiana de sociología*, 7(2), pp. 125-151. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/viewFile/11164/11830>.
- Ramírez Gallego, Andrés Felipe. (2010). La etno-constitución de 1991: criterios para determinar derechos comunitarios étnicos indígenas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(1), pp.130-153. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390105>.
- Ramírez Montufar, Álvaro Hernando y Laureano Noguera, Daniel. (2017). Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y el neoconstitucionalismo. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 11(2), pp.19-51. Doi :<http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.2>.
- Ramos, Alcida. (2014). *Constituciones Nacionales y pueblos indígenas*. Universidad del Cauca.
- Raz, Joseph. (2001). Multiculturalismo: una concepción liberal. En J. Raz, *La ética en el ámbito público* (pp. 184-210). Gedisa.
- Reyes Cárdenas, Ana Catalina. (2010). El derrumbe de la primera república en la Nueva Granada entre 1810–1816. *Historia Crítica*, (41), pp. 38-61. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/histcrit41.2010.05>.
- Rodríguez Garavito, César y Baquero Días, Carlos Andrés. (2016). *Reconocimiento con redistribución: el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Primera edición. Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad.

- Rodríguez Peñaranda, María Luisa. (2018). El debido proceso con enfoque de género en Colombia. *REDUR*, (16), pp. 121-142. ISSN 1695-078X. Doi: 10.18172/redu.4232.
- Rodríguez, César. (2010). *La Consulta previa a los Pueblos Indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Universidad de los Andes.
- Rodríguez, David. (2013). Entre memoria e historia: relatos sobre la Asamblea Nacional Constituyente, una mirada de larga duración. *Pensamiento Jurídico*, (38), pp. 15-30. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/viewFile/42951/pdf>.
- Rodríguez, Gabriela; Puppo, Alberto; Gama, Raymundo y Cerdio Jorge. (2013). *Interpretación conforme*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Rodríguez, Gloria Amparo. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Luchas, contenido y relaciones*. Universidad del Rosario.
- Rodríguez, Gloria Amparo. (2010). *La Consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Rodríguez, Gloria Amparo. (2014). *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia*. Ibañez.
- Rodríguez, María Luisa. (2012). Acción pública de inconstitucionalidad en su centenario -y los orígenes del control abstracto y concentrado de constitucionalidad. En M. Rodríguez (comp.), *imperialismo constitucional* (pp. 17-40). Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez-Piñero, Luis. (2004). La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional: Del colonialismo al multiculturalismo, *Revista Trace*, (46), pp. 59-81. <http://trace.org.mx/index.php/trace/article/viewFile/495/462>.
- Rodríguez-Piñero, Luis. (2007). Pueblos indígenas y derecho internacional: una historia incómoda. En Laura Giraudo (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina*:

poblaciones, estados y orden internacional (pp. 83-105). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rojas, Tulio. (1999). La etnoeducación en Colombia: un trecho andado y un largo camino por recorrer. *Revista Colombia Internacional* 46, pp. 45-59. DOI: 10.7440/colombiaint46.1999.03.

Rojas, Axel (2011). Gobernar(se) en nombre de la cultura. Interculturalidad y educación para grupos étnicos en Colombia. *Revista Colombiana de Antropología*, 47(2), pp. 173-198. <https://www.redalyc.org/pdf/1050/105021311008.pdf>.

Rojas Birry, Francisco. (1991). *Los derechos de los grupos étnicos*. Gaceta constitucional.

Roldán Ortega, Roque. (2000). *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. Tercer Mundo Editores.

Roldán, Omar. (2015). *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Roldan, Roque. (1990). *Fuero Indígena Colombiano*. Presidencia de la República.

Rubio, Francisco. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (27), pp. 9-37. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79403.pdf>.

Rubio, Francisco. (1993). La interpretación de la Constitución. En *La forma del poder*. Centro de Estudios Constitucionales.

Salom Franco, Nicolas. (2000). *Raíces teológicas de nuestras instituciones políticas*. Ibáñez.

Sáchica, Luis Carlos. (1989). *Constitucionalismo colombiano*. Temis.

Sánchez Botero, Esther (2010). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*. Universidad Nacional de Colombia.

- Sánchez Botero, Esther. (2005). Desarrollos constitucionales para el fortalecimiento de una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. En C Mariño, *Diversidad y derechos fundamentales* (pp. 123-189). Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez Gutiérrez, Enrique y Molina Echeverri, Hernán. (2010). *Documentos para la historia del movimiento colombiano contemporáneo*. Ministerio de Cultura. <http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll8/id/0>.
- Sánchez, Esther. (1998). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Primera edición. Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez, Esther. (2002). *Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador. Constitución y derechos indígenas*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6273.pdf>.
- Sánchez, Esther. (2017). Mucho derecho y poca antropología: El impacto negativo en sociedades étnicas del derecho globalizado. En G. Rodríguez y G. Lopera (eds.), *Retos del constitucionalismo pluralista* (pp. 27-52). Siglo del Hombre Editores, EAFIT, Universidad del Rosario, Relaju.
- Santos, Boaventura de Sousa. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Santos, Boaventura de Sousa. (2009). *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. Primera edición. ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Colección En Clave del Sur.
- Semper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. <file:///Users/adrianz/Downloads/r21731.pdf>.
- Sierra González, Ángela. (2010). Conflictos de Género bajo los sistemas de constitucionalismo multicultural. En C. Hernández (comp.), *Pluralismo*. Primera edición. Universidad Libre.

- Solano, Sergio Paolo y Flórez Bolívar, Roicer. (2009). Indígenas, mestizaje, tierras y poder en el Bolívar Grande, (Colombia) siglo XIX. *Indiana*, 26, pp. 121-152.
- Storini, Claudia y Navas Alvear, Marco. (2013). *La acción de protección en Ecuador. Realidad Jurídica y social*. Corte Constitucional del Ecuador (Nuevo derecho ecuatoriano).
- Suelt-Cock, Vanessa. (2016). El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia. *Vniversitas*, 133, pp. 301-382. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi>.
- Suescún, Armando. (2001). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia, Tomo II El derecho colonial*. Primera edición. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Tarazona, Julio. (2007). *El imperio de la constitución y del precedente constitucional*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Taylor, Charles. (1993). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de cultura económica.
- Todorov, Tzvetan. (1995). *La vida en común*. Taurus.
- Tubino, Fidel. (2016). Los sentidos del interculturalismo latinoamericano y la utopía dialógica. *Cuyo. Anuario de Filosofía Argentina y Americana*, 33(1), pp. 69- 77. <http://revistas.uncuyo.edu.ar/ojs3/index.php/anuariocuyo/article/download/2131/1566>.
- Uprimny, Rodrigo. (1998). La unidiversidad de los derechos humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. *Pensamiento jurídico*, 9, pp. 71-110.
- Uprimny, Rodrigo. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, *Compilación de*

jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Uprimny, Rodrigo. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Uprimny, Rodrigo. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En César Rodríguez (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 109-137). Siglo veintiuno editores.

Uprimny, Rodrigo y García, Mauricio. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En B Sousa y M García (eds), *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp.463-514). Grupo Editorial Norma S.A.

Valencia Villa, Hernando. (2012). *Cartas de Batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*. Panamericana, Colección Agenda de Hoy.

Vanegas, Isidro. (2011). La constitución de Cundinamarca: primera del mundo hispánico. *Historia Constitucional*, (12), pp. 257-279. <http://www.historiaconstitucional.com>.

Vargas Reyes, Brya y Ariza Santamaría, Rosembert. (2019). Liberación de la madre tierra: entre la legitimidad y los usos sociales de la ilegalidad. *Revista Socio-Jurídicos*, 22 (1), pp. 203-231. Doi: <http://ugc.elogim.com:2214/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7641>.

Velasco Cano, Nicole y Vladimir Llano, Jairo. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada en sociología jurídica y política*, 9(2), pp. 49-74.

Vélez, Sergio. (2014). El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. *Prolegómenos*, 17(33), pp. 27-42. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/download/781/533>.

- Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. (2012). Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En R. Viciano (ed.), *Estudios sobre el Nuevo constitucionalismo Latinoamericano* (pp. 11-49). Tirant lo blanch.
- Villabella Armengol, Carlos. (2017). El Constitucionalismo Contemporáneo de América Latina. Breve Estudio Comparado. *Boletín mexicano de derecho comparado nueva serie*, 50(149), pp. 943-978. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332017000200943&script=sci_arttext.
- Villanueva Flores, Rocío. (2015). La interpretación intercultural en el Estado constitucional. *Revista Derecho del Estado*, (34), pp. 289-310. <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337640285013.pdf>.
- Viveros, Mara y Gil, Carmen. (2014). Presentación. *Revista de Estudios Sociales*, (49), pp. 9-17. ISSN 0123-885X.
- Viveros, Mara. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista*, (52), pp. 1-17. www.sciencedirect.com.
- Wade, Peter. (2006). *Etnicidad, multiculturalismo y políticas sociales en Latinoamérica: Poblaciones afrolatinas*. *Tabula Rasa* 4, pp. 59-81.
- Walsh, Catherine. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, (9), pp. 131-152. <https://www.redalyc.org/pdf/396/39600909.pdf>.
- Walsh, Catherine. (2009). Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: Apuestas (des) de el in-surgir, re-existir y re-vivir. *Entre palabras*. UMSA, pp. 129-156.
- Wolkmer, Antonio.(2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Ediciones Akal.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *Revista El Otro Derecho*, (30), pp. 171-196.

Zagrebelsky, Gustavo. (1995). *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta.

Zeballosf-Cuathin, Adrian. (2014). *La eficacia del derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en Colombia 1991-2011*. Universidad Nacional de Colombia. [Trabajo de grado presentado para optar al título de Magíster en Derecho].

Zeballosf-Cuathin, Adrian. (2018). Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia. *Revista Pensamiento Jurídico*, (47), pp. 13-42. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/75111>.

Zeballosf-Cuathin, Adrian. (2019). La acción pública de inconstitucionalidad y la vigencia de los derechos colectivos fundamentales. En O. Meneses (ed.), *Territorialidad y Derecho: tensiones, transformaciones y manifestaciones a nivel local y regional*. Universidad Libre.

Zeballosf-Cuathin, Adrian y Cáceres, Enrique. (2020). La paz pensada desde la justicia de transición. Pedagogía y cultura de paz. En N. Niño (ed.), *Construyendo ambientes de paz. Análisis de las dinámicas emergentes después de la firma del Acuerdo Final de Paz* (pp. 183 – 212). Universidad Libre.

Asamblea Nacional Constituyente

Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Propuesta de reforma constitucional, Comisión Segunda del día 8 de marzo de 1991.

_____. Sesión de la Comisión Primera del día 11 de abril de 1991.

_____. Sesión de la Comisión Primera del día 18 de abril de 1991.

_____. Sesión de la Comisión Primera del día 19 de abril de 1991.

_____. Sesión de la Comisión Primera del día 1 de mayo de 1991.

_____. Sesión de la Comisión Primera del día 2 de mayo de 1991.

_____. Sesión de la Comisión Primera del día 9 de mayo de 1991.

_____. Sesión de la Comisión Primera del día 10 de mayo de 1991.

_____. Informe de la Sesión de la Comisión Primera del día 14 de mayo de 1991.

_____. Informe de la Sesión de la Comisión Tercera del día 14 de mayo de 1991.

_____. Sesión de la plenaria del día 5 de junio de 1991.

_____. Sesión de la plenaria del día 6 de junio de 1991.

_____. Sesión de la plenaria del día 16 de junio de 1991.

Constituciones

Constitución Política de 1810. Acta de la constitución del estado libre e independiente del Socorro.

Constitución de la República de Tunja de 1811.

Constitución de la República de Cundinamarca de 1812.

Constitución del Estado de Antioquia de 1812.

Constitución Política del Estado de Cartagena de Indias de 1812.

Constitución para la Provincia de Popayán de 1814.

Constitución del Estado libre de Neiva de 1815.

Constitución Provisional de la Provincia de Antioquia de 1815.

Constitución de Mariquita de 1815.

Constitución Política de la República de Colombia de 1830.

Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832.

Constitución de la República de la Nueva Granada de 1843.

Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853.

Constitución para la Confederación Granadina de 1858.

Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

Constitución Política de la República de Colombia de 1886.

Decretos y Resoluciones

Decreto del 5 de julio del 20 de mayo de 1820.

Gobierno de Colombia. Decreto 1704 de 1923. Sobre la protección de indígenas y Resguardos de éstos.

_____. Decreto 1421 de 1940. Sobre creación de Comisiones especiales para determinar la existencia de resguardos.

_____. Decreto 918 de 1944. Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre disolución de Resguardos de Indígenas en la región de Tierradentro, Departamento del Cauca.

_____. Decreto 3159 de 1968. Por el cual crea el Consejo Nacional de Política Indigenista.

_____. Decreto 1038 de 1984. Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.

_____. Decreto 2117 de 1969. Por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 135 de 1961, en lo que tiene que ver con la dotación, división y distribución de resguardos e integración de las parcelas de resguardo a los beneficios de la Reforma Social Agraria.

_____. Decreto 2122 de 1971. Por la cual se reorganiza el Ministerio de Gobierno.

_____. Gobierno de Colombia. Decreto 1741 de 1973. Por el cual se dictan normas sobre las corporaciones y fundaciones constituidas para desarrollar actividades relacionadas con las comunidades indígenas.

Ministerio de Educación Nacional y el Instituto Colombiano de Cultura. Resolución 626 de 1973. Por la cual se reglamenta las actividades de expediciones científicas extranjeras de índole antropológica en Colombia.

_____. Decreto 088 de 1976. Por el cual se reestructura el sistema educativo y se reorganiza el Ministerio de Educación Nacional.

_____. Decreto 1142 de 1978. Por el cual se reglamenta el artículo 118 del Decreto - ley número 088 de 1976 sobre educación de las comunidades indígenas.

_____. Decreto 2230 de 1986. Por el cual se crea el Comité Nacional de Lingüística Aborígen.

_____. Decreto 1217 de 1987. Por el cual se introduce una modificación al Decreto 610 de 1980.

_____. Decreto Legislativo 927 de 1990. Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Disponible en: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1191574>.

_____. Decreto 1811 de 1990. Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 10 de 1990, en lo referente a la prestación de servicios de salud para las comunidades indígenas.

_____. Gobierno de Colombia. Decreto Legislativo 1926 de 1990. Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1371701>.

_____. Gobierno de Colombia. Decreto 1407 de 1991. Por el cual se dictan normas sobre las corporaciones y fundaciones constituidas para desarrollar actividades relacionadas con las comunidades indígenas.

Ministerio de Educación Nacional y el Instituto Colombiano de Cultura. Resolución 626 de 1973. Por la cual se reglamenta las actividades de expediciones científicas extranjeras de índole antropológica en Colombia.

_____. Decreto 088 de 1976. Por el cual se reestructura el sistema educativo y se reorganiza el Ministerio de Educación Nacional.

Ministerio de Salud de Colombia. Resolución 10013 de 1981. Por medio de la cual se establece una política de salud participativa.

Leyes y Actos Legislativos

Congreso de Colombia. Acto Legislativo 01 de 1945. Reformatorio de la Constitución.

_____. Ley 89 de 1890. Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada.

_____. Ley 55 de 1905. Por la cual se ratifica la venta de varios bienes nacionales y se hace cesión de otros.

_____. Ley 51 de 1911. Por la cual se ceden unos terrenos baldíos al Departamento de Nariño y se manda fundar una población.

_____. Ley 52 de 1915. Sobre catequización de los indios Motilones.

- _____. Ley 60 de 1916. Sobre resguardos de indígenas en tierras baldías.
- _____. Ley 104 de 1919. Por la cual se dispone la división de los resguardos.
- _____. Ley 32 de 1920. Reforma la Ley 104 de 1919 y hace una cesión al Municipio de Yumbo.
- _____. Ley 38 de 1921. Sobre parcialidades de indígenas.
- _____. Ley 114 de 1922. Sobre inmigración y colonias agrícolas.
- _____. Ley 19 de 1927. Sobre la división de resguardos de indígenas.
- _____. Ley 111 de 1931. Por la cual se aclara la Ley 19 de 1927, sobre división de resguardos de indígenas.
- _____. Acto legislativo 01 de 1936. Reformatorio de la Constitución.
- _____. Ley 200 de 1936. Sobre régimen de tierras.
- _____. Ley 81 de 1958. Sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas.
- _____. Ley 28 de 1959. Por la cual se aprueba la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
- _____. Ley 135 de 1961. Sobre Reforma Social Agraria.
- _____. Ley 31 de 1967. Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribuales en los países independientes, adoptado por la Cuadragésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1957).
- _____. Ley 20 de 1974. Por la cual se aprueba el “Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede” suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973.
- _____. Ley 115 de 1994. “Por la cual se expide la ley general de educación”.

_____. Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

Autos y Sentencias

Sentencias Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Auto 189 de 2013. Ms.Ps. Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero y Alejandro Linares Cantillo.

_____. Auto 052 de 2020. Ms.Ps. Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero y Alejandro Linares Cantillo.

_____. Auto 151 de 2020. Ms.Ps. Luis Guillermo Guerrero, Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

_____. Auto 264 de 2020. Ms.Ps. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-428 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia T-188 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-405 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C- 093 de 1993. Ms.Ps. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-058 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-377 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

_____. Sentencia T-254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-139 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia T-349 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia T-523 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-400 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia SU-510 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia SU-747 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-582 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-634 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-420 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia T-748 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-034 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia C-208 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia T-113 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

_____. Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

_____. Sentencia T-514 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia T-267 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

_____. Sentencia T-116 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____. Sentencia T-693 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C- 767 de 2012.MP. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia T-001 de 2012. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

_____. Sentencia T-1080 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-054 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia T-317 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-054 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia T-098 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia C-463 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia C-371 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia T-793, 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____. Sentencia T-973 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia T-294 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia C-754 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

_____. Sentencia SU-659 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.

_____. Sentencia T-141 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia T-010 de 2015. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

_____. Sentencia C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia T-466 de 2016. Ms.Ps. Jorge Iván Palacio Palacio, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Nilson Pinilla Pinilla.

_____. Sentencia T-704 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia T-283 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

_____. Sentencia C-730 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

_____. Sentencia T-080 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia T-052 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____. Sentencia T-237 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

_____. Sentencia T-592 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

_____. Sentencia SU-133 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia T-302 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

_____. Sentencia C-117 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

_____. Sentencia SU- 123 de 2018. M.Ps. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

_____. Sentencia T-300 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

_____. Sentencia T-448 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

_____. Sentencia C-027 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

_____. Sentencia SU 479 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

_____. Sentencia T-063 de 2019. M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo.

_____. Sentencia T-376 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

_____. Sentencia T-444 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencias Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 59 de 1990. Presidente: Jorge Carreño Luengas.

_____. Sentencia 138 de 1990. Ms. Ps. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia SP14851 de 2015. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni
Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

- _____. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.
- _____. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- _____. Caso Saramaka vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- _____. Caso Sarayaku vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012.
- _____. Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.
- _____. Caso Norín Catrimán y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.
- _____. Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- _____. Caso Lagos del Campo Vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

Jurisdicción Especial para la Paz

Auto de la Sección de Apelación (TP-SA 556 del 29 de abril de 2020). Salvamento de voto parcial.
https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/7/6/AV_Dra-Sandra-Gamboa_Sentencia_TP-SA-167_03-junio-2020.pdf.

Jurisdicción Especial para la Paz. (2018). Acuerdo 001 de 2018. Por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz.

<https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Sala%20Plena%20Acuerdo%20001%20de%202018%20Reglamento%20general%20JEP.pdf#search=reglamento%20jep>.

Jurisdicción Especial Para la Paz. (2018). Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf#search=interseccionalidad>.

Jurisdicción Especial Para la Paz, Comisión de la Verdad y Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (2019). Diversidad étnica y cultural. Pluralismo jurídico y consulta previa. Instrumentos de coordinación y articulación entre los pueblos indígenas y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). <https://www.jep.gov.co/DocumentosJEPWP/protocolo.pdf#search=interseccionalidad>.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP. Auto No. 004 de 2018. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Auto%20004%20de%202018%20AVOCA%20CONOCIMIENTO%20DE%20LA%20SITUACION%20DE%20TUMACO%2c%20RICAURTE%20Y%20BARBACOAS.pdf>.

Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP. (2018). Resolución N° 004751. <https://relatoria.jep.gov.co/>.

Jurisdicción comparada

Constitución de Honduras de 1982.

Constitución de la Nación Argentina de 1994.

Constitución de la República del Ecuador 2008.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N. 102-13-SEP-CC. Caso N. 0380-10-EP, 04 de diciembre del 2013.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 0008-09-SAN-CC. Caso No. 0027-09-AN, 09 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. (2017). Sentencia 001-17-P.TO-CC. CASO N.º 0564-10-.JP.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2012). Primera Sala, Tesis de jurisprudencia 107/2012 (10ª).

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Expediente 03343-2007-PA/TC.

_____. (2009). Expediente 0022-2009-PI/TC.

_____. (2014). Expediente 04617-2012-PA/TC.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2012). Sentencia SCP 2056 del 16 de octubre de 2012.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2013). Sentencia 1617 de 2013.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2013). Declaración constitucional No. 006 el 5 de junio de 2013.