





**Derechos Multiculturales  
(étnicos) en Colombia**  
*Una dogmática ambivalente*



SERIE  
ESTUDIOS JURÍDICOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
TOMO 1

# Derechos Multiculturales (étnicos) en Colombia

## *Una dogmática ambivalente*

Camilo Borrero García



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

SEDE BOGOTÁ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO

ÁREA CURRICULAR

Catalogación en la publicación Universidad Nacional de Colombia

Borrero García, Camilo Alberto, 1956-

Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia : una dogmática ambivalente / Camilo Borrero García. -- Bogotá : Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales. Departamento de Derecho - Área Curricular, 2014.

426 pp. -- (Serie Estudios Jurídicos de la Universidad Nacional de Colombia ; t.1)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN : 978-958-761-975-1 (tapa rústica) – ISBN : 978-958-761-974-4 (e-book)

1. Derechos civiles – Colombia 2. Derechos humanos 3. Grupos étnicos - Aspectos constitucionales 4. Multiculturalismo – Colombia 5. Comunidades indígenas – Colombia 6. Afrocolombianos 7. Raizales – Colombia I. Título II. Serie

CDD-21 323.09861 / 2014

**DERECHOS MULTICULTURALES (ÉTNICOS) EN COLOMBIA  
UNA DOGMÁTICA AMBIVALENTE**

© Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá  
© Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Departamento de Derecho - Área Curricular

© Camilo Borrero García

*Diseño y diagramación:* Carlos Cepeda Ríos

Primera edición: mayo 2014  
Impreso y hecho en Bogotá, D.C., Colombia

ISBN: 978-958-761-975-1

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

*A mis padres  
César y Aída*

*Quienes lo sabían  
Antes de que yo lo hubiese imaginado*

*A Maritza y Sabrina  
Siempre...*





# CONTENIDO

PREFACIO	13
INTRODUCCIÓN	15
LOS ESTUDIOS SOBRE DERECHOS ÉTNICOS EN COLOMBIA	31
Antecedentes	31
La perspectiva poblacional indígena	48
Estudios sobre población afrodescendiente	80
Estudios sobre población raizal	103
ENTRE EL MULTICULTURALISMO Y LA INTERCULTURALIDAD	110
Enfoque	110
La idea de la justicia	112
El derecho a la ciudadanía multicultural	123
El inacabado debate liberal	146
Del nuevo derecho y su relación con los derechos	161
Estándares internacionales, tribunales constitucionales y caracterización de los derechos	179
La mirada poscolonial y la interculturalidad	203
A manera de cierre	224
SELECCIONES DOGMÁTICAS EN MATERIA ÉTNICA	226
Enfoque y acercamiento metodológico	226
La Constitución multicultural	230

El pecado de origen	231
Las deficiencias legislativas	233
La Corte legisla	235
Pueblos indígenas y restricciones internas: dogmáticas encontradas	236
La diversidad étnica y cultural	238
El debido proceso en sentido estricto	243
El fuero indígena	283
Consulta previa: medio ambiente y participación política	301
La Consulta Previa en materia ambiental	303
Consulta Previa en materia legislativa	330
Una dogmática unificada	346
Población afrocolombiana y protección constitucional	353
Los raizales y el archipiélago de San Andrés	368
CONCLUSIONES	382
La idea de coherencia	387
La tribalización de los derechos	389
Multiculturalismo e Interculturalidad	390
Una dogmática diferenciada	394
BIBLIOGRAFÍA	401
<b>Sentencias Corte Constitucional</b>	421
Sentencias referidas a restricciones internas en materia indígena	421
Diversidad étnica y cultural	421
Debido proceso	422
Fuero indígena	422
Sentencias referidas a consulta previa	422
Énfasis ambiental	422
Énfasis Legislativo	423

Sentencias referidas a población afrodescendiente en materia organizativa y de consulta	423
Sentencias referidas al archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	423
Sentencias del Consejo de Estado	424
Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos	424
Corte Internacional de Justicia	424



# PREFACIO

Una de las dificultades más persistentes para el desarrollo del conocimiento en el ámbito del derecho es la de llevar a cabo procesos de investigación basados en sólidos y estrictos fundamentos conceptuales, metodológicos y epistemológicos. Si se lograra superar esta situación los resultados obtenidos permitirían no sólo mejorar el proceso de formación de los abogados en las facultades de derecho, sino además ofrecer insumos más sólidos para abordar los diversos y graves problemas que en el ámbito jurídico afronta nuestro país. Ahora bien, a esto se suma el hecho de que las investigaciones que con dichos criterios logran realizarse en los niveles de formación de posgrado pocas veces son objeto de la difusión que merecen.

Para hacer frente a esta problemática, la Dirección de Área Curricular, la Dirección del Doctorado en Derecho y la Dirección de la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, con el decidido apoyo de la Decanatura y las Directivas de la misma facultad, han venido impulsando el proyecto de publicar las tesis de doctorado, las tesis de maestría investigativa y los trabajos finales de grado de las maestrías en profundización más destacadas y que por esta razón hayan recibido mención meritoria o mención laureada. De esta manera se pretende impulsar a los estudiantes de estos programas para realizar tesis y trabajos de la más alta calidad y, además, ponerlos a consideración del público para fomentar la reflexión, el análisis y la crítica, construyéndose así una más amplia y inclusiva comunidad académica.

Conviene tener en cuenta, además, que la reforma académica de la Universidad Nacional de Colombia introdujo en el campo académico-jurídico colombiano una modalidad de posgrados que rompió la lógica asignaturista que, como paradigma dominante, se había impuesto desde hacía años en Colombia y que en lo esencial buscaba replicar en maestrías y doctorados todo el conocimiento previo de los pregrados, que de alguna manera se consideraba incompleto en los estudiantes que accedían a estos programas. Dicha

reforma centró los posgrados no en ejes de asignaturas de pregrado o de especialización ya vistos sino en procesos de investigación novedosos que permitieran que el estudiante, a partir de su saber previo, pudiera reformular preguntas, replantear cuestiones, reinventar y explorar nuevos horizontes de investigación, en todas las áreas, y creando así, realmente, nuevo conocimiento y no repitiendo mecánica y pasivamente el discernimiento formulado.

De ahí la importancia para nosotros de poner al alcance de la comunidad académica nacional e internacional las mejores tesis y trabajos finales de maestría y doctorado que permitan valorar la efectividad de este cambio de dirección posgradual y la proyección de sus investigaciones respectivas.

Las tesis y los trabajos que se publican en la Serie Estudios Jurídicos de la Universidad Nacional de Colombia no sólo han sido objeto de evaluación por parte de los directores y jurados de los mismos, sino que además han sido examinados por otras instancias de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales para garantizar de esta forma su calidad y pertinencia. Si bien las afirmaciones y conclusiones que en ellos se hacen son de responsabilidad de cada autor, la elaboración de estas tesis y trabajos está respaldada por un proceso que también se pone a consideración para su examen y evaluación, pero que ha dado lugar a resultados destacables que merecen ser publicados.

De esta forma se espera crear un espacio para impulsar la discusión de los más acuciantes problemas del derecho en el momento actual, pero también de aquellos que aunque no respondan a una coyuntura constituyen la base ineludible del desarrollo del saber jurídico.

# INTRODUCCIÓN

Los derechos a la diversidad étnica fueron instaurados en Colombia con la Constitución de 1991. Heredados del pasado colonial, desde el nacimiento de la vida republicana han existido en nuestro país estatutos de regulación o protección de ciertas poblaciones caracterizadas por su atribución étnica o racial, en especial de los grupos nativos indo-americanos. Pero éstos eran fundamentalmente una estrategia para propiciar un proceso más o menos traumático de integración a la sociedad mayoritaria, cuando no precarios mecanismos de igualación frente a centenarias prácticas de marginación<sup>1</sup>.

La declaración del país como multiétnico y pluricultural supone una lectura en positivo de los derechos derivados de dichas condiciones. En adelante, se supone, la diferencia étnica no solo se debe proteger en condiciones de igualdad, sino que entra a hacer parte del patrimonio intangible de los colombianos<sup>2</sup>. La diversidad es un valor constitucional.

A falta de un debate más profundo sobre el tema, estos derechos multiculturales se han dirigido a la protección y fortalecimiento de cuatro grupos étnicos diferenciados: pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas, raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y pueblo ROM o gitano.

Si se observa con atención, las características de estos cuatro grupos, comunidades o pueblos es bien diferente. Mientras los indígenas estaban en el continente americano desde mucho antes de la traumática conquista española, la presencia de una nutrida po-

---

1 Cfr., por ejemplo, la Ley 89 de 1890, uno de los estatutos más importantes en esta materia, "por la cual se reducen los salvajes a la vida civilizada".

2 El artículo 8 de la Constitución Nacional establece que "es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación". A su vez, el artículo 72 estatuye que "el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles".

blación afrodescendiente es producto de esa misma colonización, al ser traída a la fuerza en condición de esclavitud a lo que hoy es Colombia. Y si bien el archipiélago de San Andrés no registraba población originaria al momento de generarse la disputa europea por los bienes y territorios americanos, los grupos que posteriormente se asentaron en él se corresponden más con la matriz de poblamiento de las colonias inglesas y holandesas. En el caso del pueblo ROM, finalmente, existe una particularidad importante en la conformación de derechos: es el único caso en que éstos se otorgan a una población cuyos miembros han migrado voluntariamente hacia Colombia.

La reflexión académica que busca sustentar o refutar la materialidad de estos derechos, a su vez, ha ido pasando de representar un debate marginal y relativamente especializado a ser uno de los tópicos más importantes de discusión filosófica, política y jurídica en el mundo actual. En este orden de ideas, la respuesta a preguntas complejas y decisivas que suscitan los derechos étnicos ha ido adquiriendo mayor centralidad: ¿Comunidades políticas orientadas por el principio de igualdad deben abrir paso a estatutos de protección diferenciados por la pertenencia étnica, máxime cuando este criterio ha sido usado en el pasado con fines discriminatorios? ¿Las culturas deben ser vistas en pie de igualdad, así algunas de ellas no participen del ideario occidental marcado por la prevalencia de los derechos humanos estructurados en clave individual? ¿En materia de adscripción de derechos, qué distingue a los grupos étnicos de otras comunidades culturales que también podrían demandar derechos diferenciados, por ejemplo las producidas por la pertenencia regional (paisas, costeños, cachacos), juvenil (metaleros, roqueros, raperos), religiosa (cristianos, budistas) o de orientación sexual (gais, lesbianas, transexuales)?

En buena medida, la solución a estas inquietudes, así como la estructura misma de los derechos étnicos, deriva de la acción jurisprudencial de la Corte Constitucional, que a partir de un amplio conjunto de pronunciamientos ha ido tanto sustentando como delimitando su ámbito de aplicación. Entre otros aspectos, este activismo no solo ha sido una efectiva medicina frente a la inacción legislativa (órgano al cual le correspondía, de acuerdo al diseño constitucional, buena parte de la tarea), sino que ha sido ponderado nacional e internacionalmente por haber posibilitado uno de los más amplios y consistentes estatutos de protección a las comunidades étnicas del país, tanto así que es estudiado y seguido con mucho interés por diversos tribunales, especialmente del área andina.

A pesar de estas reconocidas bondades, y sin pretender erosionarlas en un sentido general, esta tesis apunta a un estudio más sistemático y riguroso de la jurisprudencia constitucional, precisamente con el fin de aportar elementos que posibiliten una mayor consistencia y pertinencia de la misma. Por ello, saludando el espíritu global que anima el desarrollo de los derechos étnicos, cuestionaremos buena parte de los supuestos que le permiten a la Corte sostener que existe una dogmática general, igualmente aplicable a



todas las poblaciones concernidas y coherente con los principios de una democracia estructurada con base en el respeto a los derechos humanos y fundamentales de raigambre liberal.

Esto supone abordar con mayor profundidad las reclamaciones de aquellas comunidades que exigen derechos bien por ser originarios o nativos (caso de las poblaciones indígenas o raizales) o por cuanto a sus ancestros se les trajo en contra de su voluntad (población afrodescendiente). En razón a esta especificidad, esta tesis no desarrollará el caso de los gitanos en Colombia, que a su vez es solo la puerta de ingreso a la discusión sobre si a los grupos de inmigrantes al país (como los sirio-libaneses, judíos, orientales, etc.) corresponde también una protección cultural especial por la vía jurídica, y solo eventualmente se harán referencias puntuales a la construcción de sus posiciones jurídicas en tanto grupo étnico.

Ahora bien, lo anterior significa en materia teórica abordar el debate entre multiculturalistas e interculturalistas, quizás las dos comunidades académicas más activas en este campo del conocimiento, y las que de alguna forma han nutrido o servido de apoyo a los pronunciamientos del Alto Tribunal. Como se verá con detalle, a pesar del uso relativamente intercambiable de las dos palabras, cada corriente se propone ahondar problemáticas bien diferentes. Mientras para el multiculturalismo el eje de sus preocupaciones estriba en la correspondencia entre el liberalismo y los derechos especiales en función de la pertenencia étnica, para la interculturalidad lo es el aseguramiento de un horizonte de respeto entre culturas, muchas de ellas precisamente no liberales y afectadas por los procesos de colonización.

Teniendo en cuenta el panorama descrito, la tesis doctoral se orientó a responder tres preguntas generales inter-relacionadas:

¿Ofrecen los desarrollos conceptuales de corrientes teóricas como el multiculturalismo o la interculturalidad, así como construcciones teóricas concomitantes como la denominada democracia radical, las visiones de los derechos humanos en la perspectiva internacional o algunos postulados del nuevo constitucionalismo, una explicación suficiente para la postulación en democracias como la colombiana de los derechos especiales en función de la pertenencia étnica?

¿La dogmática que ha sustentado el desarrollo de derechos especiales en función de la pertenencia étnica en Colombia ha seguido consistentemente alguno o varios de estos postulados teóricos?

¿Es posible proponer un conjunto de rasgos teóricos más apropiado para el desarrollo dogmático de los derechos especiales en función de la pertenencia étnica, que tenga en cuenta nuestra particular diversidad cultural?

Esto, en el marco de un Problema de Investigación de carácter más general, que en el proyecto de investigación se formuló en los siguientes términos:

¿Cómo puede caracterizarse analíticamente el desarrollo del derecho a la diversidad étnica en Colombia, a la luz de los diferentes estatutos de protección<sup>3</sup> y fortalecimiento reconocidos a los pueblos indígenas nativos, la población afrocolombiana y los raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina?

A su vez, en lo que atañe a las hipótesis de trabajo, la Síntesis Problema de nuestra investigación se consignó así:

No existe en Colombia una sólida teoría constitucional que sirva de fundamento al desarrollo del derecho a la diferencia étnica. Los desarrollos normativos y jurisprudenciales están marcados por los contextos de aplicación y las poblaciones concernidas, lo que lleva al casuismo y la dispersión. Las alusiones al debate disciplinar en ciencias sociales de los derechos especiales en función de grupo son más justificativo casual de la toma de decisiones que el sustrato teórico a la diversidad como derecho en Colombia.

Y la Síntesis Solución se planteó de la siguiente manera:

La construcción de una dogmática adecuada para el desarrollo de los derechos étnicos, que tenga en cuenta nuestra específica realidad, pasa por reconocer y ponderar derechos de sujetos colectivos que valoran de manera diferente a como lo hace la tradición liberal los derechos individuales. Además, es necesario resaltar el distinto peso que el autorreconocimiento étnico ha tenido en la creación de las identidades colectivas colombianas, y establecer criterios diferenciadores para el desarrollo de estatutos poblacionales diversos en clave de derechos humanos.

Llegados a este punto, vale la pena tener en cuenta algunos elementos contextuales que expliquen la aparente dureza y rigidez de la hipótesis de trabajo, en sus dos visiones explicativa y proyectiva.

El asunto de la consistencia teórica que deba pedirse a tribunales judiciales de carácter mixto, sobre todo frente a pronunciamientos extendidos en el tiempo, ha sido objeto de muchas precisiones en el campo constitucional. Como se sabe, los jueces están más

---

3 Para los efectos de este proyecto, se entiende como estatutos de protección el conjunto de instrumentos jurídicos que provienen de diversas fuentes: normatividad nacional e internacional, jurisprudencia y dogmática relevante.

obligados a respetar los precedentes previos, es decir, las reglas decisionales con las que fallaron un determinado caso. Aun así, el respeto tampoco es absoluto, pues un tribunal puede cambiar de jurisprudencia. Lo que se pide, por vía de igualdad, es que si una persona obtuvo una decisión frente a un determinado problema jurídico, en aplicación de una específica regla de derecho, otra que esté en situación análoga sea beneficiada con una decisión similar en aplicación de la misma regla. O, de lo contrario, que los jueces le expliquen las razones para no aplicar la analogía.

Los argumentos de corte más conceptual que inspiren estos fallos no hacen parte estrictamente de este deber de igualdad. Más bien están orientados a la convicción. Buscan convencer a las partes de que las razones que se usaron para llegar a tal o cual decisión son las que garantizan de mejor forma el ideal de justicia. Pero, igual, en las sentencias siguientes esta argumentación puede cambiar, o incluso desaparecer, sin que ello sea objetivamente reprochable. Máxime cuando no existe como tal un derecho a la buena argumentación, sino que ésta se convierte en un elemento que aporta a la mayor o menor legitimidad de los operadores de justicia.

A lo anterior habría que adicionar un argumento de índole pragmático, tratándose de tribunales mixtos. ¿Cómo exigir tal consistencia y coherencia conceptual, cuando se sabe que muchas veces éstos operan por transacciones y consensos débiles, necesarios para llegar a acuerdos o mayorías que posibiliten las decisiones? Máxime cuando se trata de asuntos polémicos, como lo son muchos de los que involucran derechos étnicos.

Al respecto, y en defensa de la línea investigativa que soporta esta tesis, quisiera presentar dos argumentos complementarios entre sí, que abonarían el camino a exigir la coherencia que se demanda en últimas desde un análisis como el que presentamos a consideración.

El primero es de orden cultural/académico, y consistiría en lo siguiente: desde la transformación sustancial en materia de exigibilidad de los derechos fundamentales que supuso la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha llenado abrumadoramente el campo doctrinal correspondiente a estos mismos derechos. Para lograr interpretarlos, ha tenido que darles forma. Y, al hacerlo, les ha generado casi que en solitario un sustrato conceptual, al cual se refieren casi unánimemente los tratadistas.

De esta forma, se ha invertido un paradigma común en otras latitudes, en donde son los doctrinantes académicos los que intervienen asiduamente en el debate sobre qué son los derechos, cuáles son sus pretensiones mayores o menores de universalidad, cuál es la integralidad deseada, y asuntos similares, y lo que hacen los tribunales es traer esas teorías a las sentencias de manera selectiva y acotada.

En consecuencia, por ejemplo, si alguien en Colombia quisiera estudiar tanto la concepción filosófica como la materialidad de un derecho como el de la igualdad, o el del libre desarrollo de la personalidad, su materia prima serían más las sentencias de la Corte Constitucional y no tanto las posiciones de tal o cual académico. Simultáneamente, muchos de estos pronunciamientos, dado que los magistrados saben que responden a esta audiencia universal, terminan constituyendo extensos tratados que no son simplemente obiter dictum, sino que estructuran y reestructuran analíticamente todos los derechos humanos y las reglas procedimentales para ponderarlos, balancearlos o jerarquizarlos.

En ese orden de ideas, y mientras se fomenta en Colombia un cuerpo académico de tratadistas que le haga un contrapeso crítico a esta intensa e inmensa producción teórica, lo menos que podríamos exigir es que la Corte mantenga una cierta coherencia en los fundamentos de sus providencias, pues al fin y al cabo no estaba obligada a ello pero, al hacerlo, generó una especie de compromiso tácito en torno a garantizar una base iusfilosófica que sustente las decisiones que va adoptando.

La segunda razón que invocamos para esta exigencia de coherencia es de orden práctico. Como se verá en detalle más adelante, muchos de los precedentes más importantes de la Corte en materia de derechos humanos tienen como sustrato, efectivamente, tomas de posición de los magistrados en torno a temas polémicos y complejos. Nuevamente, a manera de simple ilustración, las decisiones sobre asuntos como el aborto, la composición de la familia, las obligaciones de los jueces y servidores públicos en un Estado Social de Derecho o los límites a la acción del Estado aún en medio del conflicto armado, para resaltar solo algunos tópicos, no son el producto simple de un juego de mayorías y minorías entre magistrados sino que han implicado el asentamiento de tesis constitucionales de mayor calado.

Por supuesto, nuevas mayorías pueden cambiar la jurisprudencia existente, o modularla en términos diferentes a los actuales. Ello no obstante, lo mínimo que uno debiera pedir a estos nuevos pronunciamientos es un ajuste de cuentas también con las teorías que sustentaban los precedentes anteriores. Y un tribunal como la Corte Constitucional rompería este primado si mantiene dos o más precedentes (exigibles por tanto por vía de igualdad) sin dar cuenta adecuadamente de esta disputa interpretativa, mucho menos cuando la oculta o simplemente la ignora.

Finalmente, en lo que atañe a los límites o contornos tanto del problema de investigación como de sus hipótesis, cabría resaltar y clarificar adecuadamente lo que no es objeto de la presente investigación. Al considerar explícitamente el campo de las demandas o reivindicaciones que hacen grupos étnicos a un Estado constitucional, y que se convierten en dicho tránsito en derechos exigibles, nos mantendremos en una especie de análisis sistémico constitucional.

Estas mismas exigencias o realidades pueden ser consideradas analíticamente de forma diferente. Por ejemplo, el derecho propio de las comunidades indígenas puede ser considerado como un hecho sociológico en sí mismo, y ser estudiado entonces tanto como un sistema jurídico con relativa autonomía, así como un fenómeno que origina pluralismo jurídico o interlegalidad en las relaciones que presenta con el sistema jurídico estatal.

En dicho evento, se abren al menos tres líneas posibles de investigación que mantienen fronteras conexas con el problema que nosotros planteamos. El primero es el de la caracterización misma de esos conjuntos normativos (los indígenas, los más evidentes; pero igual podría hacerse sobre la realidad de comunidades afrocolombianas o negras, palenqueras, raizales y similares). El segundo, las posibilidades de que dichos conjuntos normativos generen situaciones de pluralismo jurídico al entrar en contacto con el derecho estatal, presentándose entonces la situación de más de un sistema jurídico con pretensiones de legitimidad, vigencia o eficacia hacia poblaciones similares. El tercero, el estudio de los vasos comunicantes entre los diferentes sistemas o conjuntos normativos, en lo que ha dado en denominarse la interlegalidad.

Reconocemos el enorme interés de hacer estudios de esta índole. Incluso, muchos de los autores citados en nuestro estado del arte podrían ser considerados más tratadistas del pluralismo o la interlegalidad que de los derechos étnicos en clave constitucional. Ello no obstante, en este estudio nos abstendremos de reseñar o seguir esas líneas de análisis, por considerar que ampliarían excesivamente el marco de discusión y dificultarían la comprobación de las hipótesis que hemos planteado.

Ahora bien, en lo que atañe al diseño metodológico, la investigación que se propuso este proyecto de tesis doctoral fue fundamentalmente de corte cualitativo. En ese orden de ideas, combinó diversas estrategias de sistematización y reconstrucción analítica, propios de los métodos cualitativos, teniendo en cuenta los diferentes objetivos propuestos.

Así, para la reconstrucción del estado del arte se hizo una revisión textual teniendo en cuenta dos componentes: la cercanía de los autores reseñados con el tema de la construcción de derechos étnicos en clave constitucional, como acabamos de anotar, desde una perspectiva organizativa de índole poblacional (indígenas, afrodescendientes y raizales).

En lo concerniente al marco teórico, la metodología documental implementada consistió en sintetizar el pensamiento básico de un autor que fuese considerado como central o nodal en cada una de las escuelas abordadas y sujetas a correlación dogmática (multiculturalismo, interculturalidad, democracia deliberativa, democracia radical). A partir de esta presentación se complementó la información con otros académicos de las mismas líneas de pensamiento que reforzaran las tesis del autor escogido, así como con esbozos

sintéticos de otras corrientes de pensamiento cercanas o interrelacionadas con las básicas elegidas.

Para el análisis jurisprudencial se apeló a una metodología híbrida que, teniendo en cuenta el desarrollo propuesto por la Corte Constitucional en lo atinente a líneas jurisprudenciales, reconstruyó a partir de sentencias de referencia recientes los hitos dogmáticos que la misma Corte hace de sus sentencias, a partir de citas internas y reiteraciones de jurisprudencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta precisamente que la dogmática, que es lo que se quiere evaluar, procede por insistencia, repetición. Es en esa medida, mediante una validación continua de sus propias citas, que un tribunal estructura lo que puede considerarse como sus posiciones iusfilosóficas, en la medida en que no son producto de una sola ponencia o sala, sino que son acogidas históricamente por el conjunto de los magistrados, a pesar de los cambios personales de sus miembros y la configuración heterogénea de las salas de decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, la investigación da cuenta de tres fases complementarias, cada una desarrollada en un capítulo específico:

Reconstrucción y sistematización de los estudios sobre derechos especiales de grupo en función étnica.

Reconstrucción de las tesis principales del multiculturalismo y la interculturalidad, así como construcciones teóricas concomitantes como la denominada democracia radical, las visiones de los derechos humanos en la perspectiva internacional o algunos postulados del nuevo constitucionalismo, en torno al tema específico de los derechos, colectivos o individuales, de los grupos que invocan la particularidad étnica como criterio diferenciador.

Sistematización de la dogmática relevante de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos de poblaciones indígenas, afrocolombianas y raizales.

A partir de ella, caracterización de la dogmática relevante en función de la distinción multiculturalismo e interculturalidad, así como eventualmente de las tesis teóricas concomitantes a dichos postulados.

En lo que respecta ya al contenido sustancial, el primer capítulo inicia con unos antecedentes sobre la manera como, en medio de un esquema profundamente racializado y jerárquico, pervivieron ordenamientos propios de algunos pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, desde la época de la Colonia hasta la Constituyente de 1991, a través de procesos como los del derecho indiano, el reconocimiento de palenques, la

constitución de resguardos, el tránsito hacia la República y sus ideas retóricamente libertarias de un mestizaje feliz, hasta llegar a la adopción legal del Convenio 169 de la OIT.

Igualmente, se pasa revista a algunos de los primeros escritos de la naciente antropología en Colombia, que se concentraron mayoritariamente en la descripción y análisis de pueblos nativos, para resaltar la ausencia del componente de derecho propio en dichas recopilaciones. De manera paralela, se refleja el esfuerzo de una serie de abogados e investigadores latinoamericanos, especialmente preocupados por la vigencia de los derechos humanos en el continente, por estudiar y visibilizar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, dando nacimiento a distintas redes académicas que tuvieron alguna presencia en nuestro medio.

En lo que concierne ya a los estudios por poblaciones específicas, se resalta primero el conjunto de escritos que conciernen a las comunidades indígenas. Y, en ese orden de ideas, quizás la principal característica es la existencia misma de un grupo relativamente amplio de estudiosos del tema, que han analizado desde diversas ópticas la relación entre derecho propio y estructura constitucional.

Sin pretender una caracterización precisa, se referencian los textos de quienes, como Perafán Simmonds (1995), sistematizan los sistemas jurídicos indígenas desde una matriz que permita traducirlos a las materias de derecho sustantivo occidental. Posteriormente, se agrupan diversos tratadistas, como Sánchez Botero (2004), Zambrano (2007), Sánchez (2001), Gómez (2008) y Roldán Ortega (2000), quienes desde perspectivas relativamente afines a los planteamientos interculturales han ilustrado la complejidad del encuentro entre derecho propio y control y desarrollo constitucional.

Esta correlación de sistemas diferentes es analizada también desde campos más específicos del conocimiento, como la aproximación que sugiere Ulloa (2004) con el ambiente, a través de la construcción conceptual del nativo ecológico, los procesos de reindianización y mestizaje que pondrían en nueva perspectiva la larga trayectoria de blanqueamiento étnico, señalados por las investigadoras Chaves y Zambrano (2009), o la conexión entre jurisdicción indígena y justicia comunitaria, resaltada por Ariza Santamaría (2010).

Por último, se referencian estudios más centrados en una evaluación de la fundamentación de la dogmática constitucional, especialmente desde el multiculturalismo, como los de Bonilla (2006), González Puccetti (2004), Rodríguez Garavito (2012), Rappaport (2008) y Borrero (2004). Y cierra este aparte correspondiente a población indígena con las voces de diferentes líderes de dichas comunidades, que genéricamente resaltan el largo camino que todavía queda por recorrer para un reconocimiento adecuado de la diversidad étnica.

En lo que concierne a la población afrodescendiente, lo primero a resaltar es la inexistencia de un cuerpo similar de estudiosos que se ocupe del tema específico de los derechos étnicos en clave constitucional. Salvo análisis más particulares como los que se han hecho sobre territorio negro (Coronado Delgado, 2006) o acciones afirmativas y afro-reparaciones (Herreño, 2002), los pocos trabajos que existen se concentran más en la descripción del proceso que llevó a la construcción de la Ley 70 y sus efectos en una especie de ruralización de la problemática, desde el énfasis otorgado a la situación del Pacífico.

Frente a esta carencia, optamos por dar un panorama de los estudios generales sobre población afrodescendiente en Colombia, resaltando tanto los trabajos más de corte antropológico que han impulsado Sánchez de Friedemann y Arocha (1986), Escobar (1999), Wade (1997) y Restrepo (2004), como el loable esfuerzo de investigadores como Mosquera y Pardo (2002) por promover obras colectivas en donde se plasmen avances analíticos referidos a poblaciones negras desde campos disímiles como los de marginalidad y pobreza, desarrollo, estadística, historia, racialización, discriminación o regionalización, entre muchos otros.

Esta ausencia de estudios precisos es aún más evidente en el caso del pueblo raizal del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Si bien la mayoría de estudios que existen sobre éste resaltan la existencia de una población nativa al momento de constituirse la República, el término raizal proviene de las luchas de organizaciones críticas del proceso de colonización del archipiélago por parte del centralismo colombiano, como son Sons of Soil (SOS) y archipiélago Movement for Ethnic Native Self-Determination (AMEN-SD). De estas mismas agrupaciones se originan las propuestas de estatutos raizales, que desarrollarían las propuestas de derechos étnicos de esta población, las que nunca han sido consideradas seriamente por el Congreso de la República. Marginalmente, se reseñan algunas tesis de grado en donde el tema de los derechos de la población raizal y los dispositivos constitucionales han sido analizados, en especial la de Polanía (2005).

El segundo capítulo se propone, como lo anunciamos previamente, una revisión sintética de algunos postulados teóricos que nos permitan evaluar los fundamentos de la dogmática de la Corte Constitucional. Iniciamos este recorrido por algunas tesis que consideramos relevantes sobre la idea de justicia, que en últimas parece subyacer a los posteriores desarrollos teóricos de las diferentes escuelas reseñadas. En este sentido, pasamos breve revista a los planteamientos de Rawls (2002), Dworkin (1993) y Sen (2010), especialmente para contraponer lo que sería el modelo de búsqueda de justicia perfecta, producto del consenso entrecruzado, frente a un modelo de desarrollo de justicia imperfecta basado en logros y realizaciones reales.



Posteriormente, con la pretensión de brindar una idea comprehensiva del multiculturalismo, reconstruimos integralmente los planteamientos del filósofo canadiense Kymlicka, desde la obra que le dio reconocimiento mundial (*Ciudadanía Multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, 1996), hasta publicaciones más recientes en que hace una evaluación de lo que ha sido la aplicación de las tesis multiculturales en diversos contextos mundiales (*Las Odiseas Multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, 2009), enfatizando en sus tesis sobre los derechos de las culturas nacionales, que se corresponderían con la situación de pueblos indígenas y raizales especialmente (La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía , 2003).

Resalta de este autor la conexión inaplazable, para Estados de carácter multicultural como el nuestro, entre derechos especiales en función de la pertenencia étnica y los principios liberales de dignidad, igualdad y libertad. Además, superando el antiguo debate entre comunitaristas y liberales, en el actual contexto mundial estos derechos tendrían un lugar privilegiado en los procesos de construcción nacional, que ya no pueden hacerse simplemente desde la perspectiva monocultural de los grupos nacionales hegemónicos.

Para reforzar los planteamientos de Kymlicka, hemos considerado pertinente aludir brevemente a la obra de otros pensadores multiculturales. En especial, acudimos a la idea de autenticidad, corazón de la construcción de un proyecto de vida propio como el que requiere el pensamiento liberal, y la necesidad por ende de desarrollar una política del reconocimiento de grupos y minorías marginados o despreciados, tal como lo propone el también filósofo canadiense Taylor (1993), así como a la necesidad de una tolerancia entre comunidades diversas, constitutivas de una determinada sociedad, como lo promueve Raz (2001).

Con la simple pretensión de ilustrar la variedad de posturas críticas que los planteamientos multiculturales han generado en lo que podría denominarse el amplísimo panorama de teorías liberales, seleccionamos algunos autores que dan cuenta de estos variados y agudos cuestionamientos.

Iniciamos el recorrido por las posturas más individualistas, que por ende son más celosas de la defensa de la órbita de libertad de la persona frente a posibles intromisiones de otras construcciones sociales, en especial las que podrían representar el comunitarismo o el colectivismo. Siguiendo a Farrel (1995), tendríamos entonces que aceptar que esta especie de derechos colectivos otorgados a minorías termina afectando siempre, de una u otra manera, la órbita inalienable de libertad de los individuos pertenecientes a las mayorías, en razón de la pervivencia de formas grupales de convivencia que serían ya inaceptables para el liberalismo moderno.

Desde una orilla bien distinta, Habermas (1999) cuestiona la idea subyacente de conservación de las especies que parece alentar algunas tesis multiculturales, en especial las de quienes se apresuran a postular la defensa a priori de ciertos modos de vida, como el indígena, sin pasar por la construcción de ciudadanías activas que logren conciliar la autonomía particular con la pública, y lleven a la esfera deliberativa la necesidad de establecer derechos colectivos de índole étnica.

Para cerrar estas visiones, consideramos oportuno extender estos planteamientos habermasianos a la crítica que hace Fraser (1997), representante del pensamiento pos-socialista y no propiamente liberal, en el sentido de considerar una ciudadanía verdaderamente incluyente, eje de una democracia radical, lo que supone reconocer que algunas identidades de grupo han sido subordinadas desde relaciones de dominación existentes.

Habiendo construido un marco amplio para la comprensión del multiculturalismo, en el capítulo desarrollamos algunos planteamientos que podrían considerarse como cercanos o concomitantes a éste. En especial, abordamos la perspectiva del llamado nuevo derecho, del que la Constitución de 1991 sería una muestra local, y que lleva implícitos conceptos como los de ductilidad (Zagrebelky, 1995), disputa por la interpretación normativa (Bourdieu, 2000), posicionamiento ideológico (Kennedy, 1997), revalorización de la argumentación (Atienza, 2005), creación normativa de los jueces (López Medina D., 2000) y relación con los movimientos sociales (Lemaitre Ripoll, 2009), entre otros aspectos.

De manera similar, pasamos revista a algunas tesis del nuevo constitucionalismo y la función de los tribunales constitucionales (García de Enterría, 1985), que han operado una transformación en la teoría de la interpretación (Wolfe, 1991), fruto de la cual se ha revitalizado el debate sobre la caracterización, justiciabilidad e integralidad de los derechos fundamentales, incluidos los culturales y étnicos (Uprimny, 1998) (Arango Rivadeneira, 2005).

En paralelo, los instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos han sufrido también una transformación, tanto sustantiva como procedimental. Los grupos étnicos ya hacen parte de instancias de creación normativa e interpretación de los estatutos internacionales, y emergen convenios y declaraciones que recogen sus reivindicaciones, estableciendo nuevas obligaciones para los Estados en donde habitan dichas poblaciones (Anaya, 2005).

Esta especie de interregno nos permite llegar de manera más matizada a las posiciones de la interculturalidad. En lo que atañe a dicho movimiento, iniciamos presentando el pensamiento anticolonial y radical de sus precursores, como Aimé (1979) y Fanon (1973). Posteriormente, intentamos restituir los rasgos centrales de la postura poscolo-

nial, a partir de la tríada compuesta por Wallerstein (2006), Mignolo (2009) y Quijano (2000). Con ello, se traen al debate conceptos como los de sistema mundo y colonialidad en todas sus acepciones (del ser, del saber, del poder, del ambiente), se resalta cómo la racialización ha sido un eje central de la estructura de dominación agenciada por el colonialismo, y se llama a una decolonización que surja de esa matriz colonial en decadencia.

Tras un breve paso por algunas consideraciones sobre la forma de posicionar las identidades en dicho contexto (Hall, 1999) y avanzar hacia una deconstrucción crítica del lenguaje (McLaren, 1995), nos concentramos en los planteamientos centrales de la interculturalidad que emerge de la América Latina indígena, mestiza y negra.

Para ello, consideramos inicialmente los postulados de Walsh en sus análisis sobre la emergencia del movimiento indígena en Ecuador y Bolivia (2008), para concentrarnos más específicamente en los conceptos de interculturalidad y plurinacionalidad. Ideas que se fortalecen con las apreciaciones de Santos sobre la necesidad de la emergencia de una epistemología del Sur y una reconstrucción de los derechos humanos como producto de un diálogo intercultural (2009).

El tercer capítulo sistematiza el análisis dogmático jurisprudencial que se propuso en la investigación, y a partir de él hace consideraciones generales sobre la caracterización de los fundamentos iusfilosóficos, especialmente a la luz de las posturas multiculturales e interculturales.

Para ello, mantenemos un acercamiento de índole poblacional, revisando secuencialmente pronunciamientos relativos a poblaciones indígenas, afrodescendientes y raizales. Ello no obstante, como también en este terreno se presenta una abrumadora disparidad de precedentes, en donde denotan en mayor número los correspondientes a las primeras, decreciendo secuencialmente para las dos últimas, hemos combinado este acercamiento poblacional con uno de índole temática.

De esta manera, para el caso de comunidades indígenas adoptamos genéricamente la distinción que establece el multiculturalismo entre restricciones internas (casos en los que se discute el recorte de derechos a individuos de una determinada etnia por parte de su propio colectivo) y protecciones externas (eventos en los que es el grupo el que reivindica derechos para protegerse de la injerencia de las mayorías o para garantizar una adecuada representación en los asuntos que les conciernen).

De esta forma, para el contorno de las restricciones internas analizamos el conjunto de pronunciamientos relativos al debido proceso y a fuero especial, tras una consideración inicial sobre diversidad étnica, a partir de las citaciones de sentencias de referencia de reciente data. En el campo de las protecciones externas, nos concentramos en el tema

de consulta previa y los diferentes matices que ha ido adquiriendo, tratándose de temas ambientales o de iniciativa legislativa y administrativa.

Esta última línea jurisprudencial nos acerca bastante a las medidas de protección constitucional establecidas a favor de comunidades afrodescendientes, en razón a que buena parte de ellas está cubierta bajo la idea de consulta previa. En complemento, exploramos la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de definición de comunidad afrodescendiente y su ámbito de aplicación.

Para el caso del pueblo raizal del archipiélago no encontramos un conjunto coherente de pronunciamientos que se refuercen dogmáticamente, sino una serie de precedentes aislados y particulares, que en todo caso reseñamos. Frente a esta insuficiencia, entonces, cerramos el capítulo con un análisis más detallado del Estatuto Raizal que propone la organización AMEN-SD.

En las conclusiones intentamos dar respuesta a las dos hipótesis que orientaron toda la indagación doctoral. En general, observamos que la jurisprudencia constitucional, a pesar de sus pretensiones, es poco coherente, y acusa un marcado tinte tribal, que permite visibilizar más la situación y estructura de derechos de los pueblos indígenas y afro-rurales, pero que es bastante deficiente para la protección de la afro-urbanidad y de la población raizal. En consonancia con ello, hacemos diversas propuestas que permitan una mejor fundamentación dogmática de los derechos étnicos.

Finalmente, en lo que concierne a esta introducción, permítaseme una advertencia de índole aparentemente formal, pero que en mi caso derivó en una cuestión sustantiva compleja, a la cual no pude darle salida de manera adecuada.

Siguiendo los acertados consejos de mi director de tesis, profesor Gregorio Mesa Cuadros, decidí optar en este trabajo por el método de citación denominado APA. El reto me pareció interesante, pues en mi ya larga carrera como investigador y académico siempre me había mantenido en el terreno de lo que hoy en día se denomina citaciones Icontec, que para mí simplemente era el método clásico.

Tras consultar diversos manuales, textos y modelos de referencia, me incliné por dejar que el sistema automatizado del procesador de palabras le otorgara coherencia a las citas, aun cuando pienso que todavía es muy deficiente la manera de referir información obtenida en internet. Por ejemplo, es difícil referenciar libros electrónicos, y diferenciarlos de la documentación incluida en páginas web temporales, o bases de datos atemporales.

Pero ese no es el problema, pues creo haber por lo menos garantizado un nivel adecuado de estandarización y referenciación de mis fuentes. El asunto central, que ya había

percibido cuando oficiaba como editor en otras instituciones como el Cinep, es que el sistema APA prácticamente deroga las citas extensas. Desaparece el famoso *ibidem*. Ahora, lo que se exige es una rápida referencia al autor y su obra, y una especie de parafraseo en el que se condensan las ideas centrales que se quieren resaltar de éste.

Formado en la rigurosidad jesuítica de izquierda, toda mi vida he estado acostumbrado a las comillas y el respeto por las palabras del otro, así ello conlleva páginas enteras y rompa con la adecuada ilación narrativa del texto. Para mí, ello era una especie de tributo al uso de ideas ajenas.

Constreñido por las razonables observaciones de mi director y los jurados de tesis, he hecho un esfuerzo por revisar el texto y suprimir o acotar las citas en exceso detalladas, concentrándome en lo fundamental. Aun así, sé que la tarea es deficiente y todavía me queda mucho por aprender del nuevo método.

Días antes de la sustentación de esta tesis, mientras preparaba la presentación y buscaba distenderme, di con dos interpretaciones de Vivaldi y sus *Cuatro Estaciones*, ambas muy aplaudidas, que iluminaron el sentimiento que ahora me embarga. La primera, de Nigel Kennedy, violinista de origen británico, acude a los instrumentos de la época. Resalta, de esta manera, el contrapunteo entre su violín adaptado y otros bellos y extraños artefactos, recreados de los originales de principios del siglo XVIII. La segunda, de la joven artista de origen oriental Vanessa Mae, es ejecutada igualmente con gran virtuosismo desde un violín eléctrico y un conjunto acompañante marcadamente ecléctico.

Por supuesto, no quiero con ello indicar que Kennedy represente el paradigma de lo clásico, mientras que Mae lo haga de lo posmoderno. Por el contrario, la evidencia fáctica da cuenta de bellísimas interpretaciones del primero con violín eléctrico, así como Vanessa ha dado vida a versiones inigualables de composiciones clásicas chinas con un violín convencional. Y ambos, de muchas maneras, están fuera de los cánones más tradicionales de la música clásica.

Lo que quiero significar es más bien de este orden: las interpretaciones cambian la música. No son meras variaciones técnicas, sino que tienen que ver con lo fundamental que oímos y sentimos. Y así sucede con los diferentes estilos de citación. Más que simples herramientas que complementan de manera aleatoria la investigación, terminan siendo definitivos para resaltar el color y profundidad de lo que se quiere significar del diálogo con otros autores. Y, como dice el adagio popular, esto es mucho más significativo en tesis doctorales, que en últimas son colecciones de citas.

Frente a esa dicotomía, siento que mi interpretación es más cercana del mensaje de Nigel Kennedy, en esa versión artificialmente antigua de las *Cuatro Estaciones*. Intento

dar realce a algo que aparentemente ya no es crucial, y por eso a veces el tono desafina. He controlado el *ibídem*, que acepto puede ser ya una reliquia más del pasado, pero aún me resisto a ver desaparecer del todo la voz de quienes leo...

# LOS ESTUDIOS SOBRE DERECHOS ÉTNICOS EN COLOMBIA

## Antecedentes

La Constitución de 1991 constituye el punto de partida obligado en nuestra investigación, en la medida en que pretendemos precisamente reconstruir las dogmáticas que emergen de los postulados de diversidad cultural que ella introduce. En esa medida, el estado del arte que aquí presentamos tiene como referente ese hito fundador, por llamarlo de alguna manera. Lo que significa que los estudios que pretendemos relacionar a continuación darán cuenta de la principal producción académica relacionada con derechos étnicos consagrados en dicha Carta fundamental. A su vez, más que por una secuencia cronológica de estudios hemos optado por una organización de posibles líneas de análisis desde una perspectiva poblacional, atendiendo a los diversos enfoques de autor, teniendo en cuenta alternativamente estudios de comunidades indígenas, afrocolombianas y raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Este enfoque, sin embargo, requiere considerar algunos antecedentes atinentes a la manera como se constituyeron los derechos étnicos tanto en los períodos de la Colonia como de la naciente República, que a su vez determinaron la estructura desde la que se concibieron estudios sobre lo que dio en llamarse el derecho consuetudinario de estas poblaciones, así como dieron sentido a la pervivencia de algunas instituciones aborígenes desde la época colonial, de cuya transformación dan cuenta de forma subsidiaria los primeros estudios etnográficos realizados en Colombia.

Frente al imaginario estereotipado de que la Colonia supuso la abolición de las formas de derecho propio que tenían las poblaciones aborígenes o nativas del continente, el derecho indiano nos muestra una estructuración forjada a partir de continuidades y jerarquizaciones mucho más compleja.

Si seguimos la comprensión relativamente estandarizada que nos ofrece una obra como la del profesor Antonio Dougnac Rodríguez, podemos asumir que:

*“el derecho indiano es el conjunto de reglas jurídicas aplicables en indias, o sea, los territorios de América, Asia y Oceanía dominados por España. En él se comprendían: a) las normas creadas especialmente para las Indias (derecho indiano propiamente tal o municipal; b) el derecho castellano, utilizado a falta de disposiciones especiales y c) el derecho indígena propio de los aborígenes. Si bien la mayor parte de las normas estaban contenidas en leyes, sería erróneo pensar que todo el derecho indiano fue creación de la legislación. Efectivamente, las conductas también eran regladas por las costumbres, el reiterado estilo de fallar de los tribunales (jurisprudencia) y, en medida muy importante, por la literatura jurídica, o sea, los estudios elaborados por expertos en derecho”* (Dougnac Rodríguez, 1998, pág. 1)<sup>4</sup>.

Por supuesto, este sistema de legislación y aplicación de normas, que combina la distancia geográfica y las imperiosas realidades contextuales, implica una gran dosis de casuismo, de forma tal que las autoridades locales puedan seguir las directrices de la Corona al tiempo que responder a las necesidades de la conquista y el proceso de colonización de la población nativa. A lo que se mezclaban consideraciones diferentes sobre el carácter evangelizador o productivo de la empresa. Pero lo cierto es que es esta relativa confusión de metas lo que permite, siguiendo al mismo autor, que el derecho indiano y su forma de aplicación casuística acometa con realismo las nuevas circunstancias.

*“Así, cuando la Corona tomó en cuenta que se estaban cometiendo abusos con los aborígenes, empezó a dictar una ley normativa que los favoreciera. Ningún trabajador europeo del siglo XVI podía contar con un articulado que los beneficiara tanto como a los indios, las leyes de Burgos y Valladolid, de 1512 y 1513, respectivamente; horario de trabajo, habitación, alimentación, protección de menores y a la mujer embarazada fueron algunas de las fecundas conquistas sociales obtenidas por los naturales. A ellas se fueron agregando muchas más, según pasaba el tiempo...”* (Dougnac Rodríguez, 1998, pág. 2).

Por supuesto, el respeto por el derecho propio no era absoluto, ni implicaba la protección explícita de una forma de pluralismo jurídico integral. Pero sí permitió la sobrevivencia

---

4 Soy consciente que los actuales cánones de citación aconsejan no extraer excesivo texto de los diferentes documentos, y más bien recomiendan parafraseos cortos y eventuales citas de pie de página. Ello no obstante, mi formación cuasi-jesuitica me impide aplicar este criterio, pues en ella es una regla dar crédito a lo que se dice por pluma propia y se quiere resaltar, así sea extenso. Por ello, a pesar de las recomendaciones de mi director, profesor Gregorio Mesa Cuadros, insisto terca y anacrónicamente en el sistema de citación clásico. Para paliar los efectos de la lectura, todos los textos ajenos se ponen en cursiva, de forma tal que sea fácil identificarlos.



cia tolerada de una serie de instituciones jurídicas de los pueblos originarios de América que sufrieron el proceso de conquista y despojo:

*“Frente a la república de los españoles existía la república de los indios. Contra lo que ha dicho con insistencia la leyenda negra antiespañola, la Corona no acabó con las costumbres indígenas salvo en la medida en que éstas contrariaran la religión católica –v. gr. con ritos sangrientos, poligamia, incesto– o atentaran contra los derechos políticos del rey. El reconocimiento del derecho aborígen quedó consignado, en definitiva, en la Recopilación de leyes de Indias 2, 1, 4 y 5, 2, 22...”* (Dougnaç Rodríguez, 1998, pág. 4).

Y remata este autor con esta definición que mantiene la misma idea, aun cuando de manera más descriptiva, al establecer los elementos del derecho indiano:

*“El derecho indígena, que solo se aplica a los aborígenes. Se permite su uso siempre que no vaya contra el derecho natural, la religión católica ni atente contra los derechos de la Corona. Muchas instituciones indígenas tuvieron amplia aplicación como el cacicazgo, el yanaconaje, la mita, formas tributarias prehispánicas, la minga o mingaco, los indios naborías, formas de esclavitud, sistemas sucesorios y muchos más. Hubo materias, incluso, en que la Corona hizo particular hincapié en que se aplicara el derecho indígena, como es el caso del derecho de aguas...”* (Dougnaç Rodríguez, 1998, págs. 4 - 5).

Ahora bien, también contiene el derecho indiano una abundante normatividad correspondiente a la esclavitud, tanto de nativos americanos como de africanos. De cara a dicha condición, que sería la antítesis a una concepción de derechos, es interesante reseñar de cualquier forma la situación del estatus jurídico que alcanzaron a lograr algunos palenques o territorios de libertos, como una forma de garantizar algún estatuto de derecho colectivo<sup>5</sup>.

Seguir esta secuencia, sin embargo, implica considerar de manera muy sintética la forma misma como se asentó la legalidad de la esclavitud en nuestros territorios. Inicialmente, esta práctica estaba permitida por la Corona en caso de infieles, prisioneros de guerras externas o de guerras injustas. Sin embargo, en el caso de indios surgían muchas dudas, no solo por cuanto técnicamente no podían ser considerados como infieles, sino por cuanto ellos no habían declarado ninguna guerra, a la vez que la Conquista se presen-

---

5 Para la reconstrucción de estos aspectos, teniendo en cuenta el carácter ilustrativo que se pretende y la necesidad de entrecruzar textos de diversos autores que aportan parcialmente a la temática, se propone una reconstrucción sintética a partir de los textos de Cunin (2003), Dougnaç Rodríguez (1998, pág. Capítulo 9), Guerrero García (2007), Landers (2002), Borrego Pla (1973, pág. 89 y ss) y Arrázola (1970).

taba como un imperativo civilizador. Por ello, si bien primero fue aceptada, rápidamente 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 (todo lo anterior en un período corto, que nos llevaría de 1492 a 1542).

En nuestros territorios, esta regla fue regularmente aplicada, con contadas excepciones, como la de los pijaos de Popayán (bajo la acusación de ser antropófagos, en 1598), los caribes (en 1569), y algunos levantamientos en el siglo XVII (a quienes se aplicaría la regla de prisioneros de guerra).

En lo que tuvo que ver con la población negra, es necesario considerar que desde antes de 1500 había una forma de comercio de negros del rey y negros de compra. Carlos I autoriza el ingreso de negros cristianos a las Indias (que no eran esclavos, pues no entraban en la categoría de infieles), aunque por tiempo limitado.

En 1526 se determina el ingreso de negros bozales (los que no habían salido de África) y no ladinos (quienes ya estaban socializados en la experiencia europea) por tener mejores costumbres. Ante la creciente demanda, desde 1595 se determina que los asientos o contrataciones deberán ser controlados en número y condición (talla, estado físico, edad y sexo). Con la Paz de Utrecht, los ingleses reciben autorización para importar 4.800 esclavos anualmente. Posteriormente, en 1778, España adquiere las islas Fernando Poo y Annobon y permite la libre traída de esclavos.

Estas particularidades son importantes, pues en algunos casos determinaban el estatus bajo el cual debía ser considerado el negro en nuestro medio. En lo que atañe a los que se asume más genéricamente como esclavos, se debería quizás precisar que éste era más bien considerado una especie de semoviente con derechos, entre los que se contaban la posibilidad de tener algún peculio propio por trabajos artesanales (de los que derivaba una parte al dueño, y otra parte a él o ella), la posibilidad de comprar su libertad (incluso a plazos), el buen trato (castigos paternos y no con sevicia), el derecho al pudor y el derecho a la unidad familiar (de padres e hijos menores).

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 de compra para libertad. Además, se crea la figura del Procurador Protector de Negros.

Por supuesto, también se establecían algunas prohibiciones, adicionales a la misma deshumanización que implicaba la esclavitud. Entre ellas, la de portar armas, transitar de noche por las ciudades, vivir en pueblos de indios, servirse de indios o indias, y las negras y mulatas no podían usar oro, seda, mantos o perlas.

Esta pluralidad de institutos implicaba la dificultad para apreciar, a simple vista, quiénes eran esclavos, libertos o mulatos. En una ciudad como Cartagena, por ejemplo, buena parte de la población negra libre y de los mestizos adoptó oficios artesanales: carniceros, albañiles, cantoneros o carpinteros. Y, a pesar de la legislación indiana y local, no se cumplían las prohibiciones de salir de noche, vivir aparte de los amos, llevar armas o juntarse los domingos para bailes en lugares no señalados por el Cabildo.

Así, las huidas, pequeños alzamientos y brotes de insurrección eran continuos. En este contexto, los Palenques nacen y se reproducen. Agrupan cimarrones (huidos y criollos o nacidos libres), pero también mulatos, libertos, indios y hasta españoles (en el Palenque de Matudere, con Domingo Criollo y su esposa, se reportaba la existencia de 19 españolas, esposas de los cimarrones).

Y, también, se va asentando la idea de pactar con las autoridades de facto de estos palenques, cuando no podían ser reducidos por la fuerza. El primero es el Pacto de Paz de 1605 celebrado con Benkos Biojó, gran líder de la resistencia cimarrona. Este había llegado esclavizado en 1599, se escapó y por cinco años le hizo la guerra a la Corona. El gobernador de Cartagena, Gerónimo de Sauzo y Casasola, les concede la paz a él y sus seguidores por un año, al no poder vencerlos. Por el pacto, Biojó y sus seguidores adquieren derecho a circular por Cartagena. A pesar del mismo, fue apresado y condenado a la horca el 6 de marzo de 1621<sup>6</sup>.

---

6 Don García Girón informaba así a su rey sobre el proceso y posterior ajusticiamiento del líder en cuestión: "Cuando llegue a gobernar esta provincia una de las cosas que allé más dignas de remediar fue un alzamiento que abia abido en esta ciudad de unos negros cuyo caudillo y capitán fue un negro llamado Domingo Bioo, negro tan belicoso y baliente que con sus embustes y encantos se llevaba tras de sí a todas las naciones de Guinea que abia en esta ciudad y provincia, hizo tanto daño tantas muertes y alboroto que hizo gastar a esta ciudad mas de ducientos mil ducados y sin poder castigarle ni a el ni a los negros alzados que traya consigo se tomó con el un medio muy desigual y se le consintió que biniese a poblar a veinte leguas de aquí con todos sus soldados los cuales todos hicieron y fundaron un pueblo que se llamo Matuna sitio fuerte entre unas ciénagas y caños de agua y fortificándose en el con muchos palenques nunca consintió dicho Domingo Bioo que ningún español entrase con armas en su pueblo... porque el era rey de Matuna, y llevo a tanto su atrevimiento que se yntitulaba con este apellido y si acaso benia a esta ciudad era con gente armada... Sucedió que una noche cerro con la Guardia del Predio de esta ciudad el dicho Domingo Bioo tiránoles muchos botes de lanza y sus compañeros le desampararon porque no quisieron atrabesarse con la guardia/ y asi le prendieron y me lo trajeron a las diez de

Frente a esta situación, los conflictos e insurrección contra a las autoridades locales se incrementaron y los nuevos pactos se trataron de establecer directamente con el rey. Es el caso de la Propuesta de Paz de 1691, oficiada a través del cura doctrinero Balthasar de la Fuente y que involucraba al líder Domingo Criollo, jefe del Palenque de San Miguel y Matuderé (fundado por éste y su pareja en 1681; él se titulaba capitán y su esposa Juana, virreina). Con la propuesta, se buscaba el reconocimiento de territorio, libertad y recursos.

Contradiendo la Cédula de 1688, que declaraba la guerra a los cimarrones, la Cédula Real de 23 de agosto de 1691, en Madrid, acepta lo solicitado por los cimarrones (libertad, territorio, gobierno, estatus jurídico y tratamiento de vasallos alzados) a cambio de no guerrear ni recibir nuevos cimarrones. Pero Domingo Criollo fue también asesinado apenas dos años después de firmada la propuesta, y antes de su aplicación efectiva<sup>7</sup>.

De cualquier forma, la Cédula desató la guerra, pues no la aceptaron ni las autoridades locales ni los esclavistas. En 1693 se modifica la política y solo se da libertad a los cimarrones criollos, es decir sin amo, porque era imposible pagarle a los dueños el valor de lo que cobraban por los huidos y alzados.

Finalmente, la paz se logra en 1713, con la Entente Cordiale entre el Gobernador Francisco Baloco Leigrave y los habitantes del Palenque de Montes de María, con la intermediación del obispo Antonio María Casiani. Esta confería libertad, territorio, autonomía y perdón. Para los palenqueros, el acuerdo fue oral, y para los españoles fue registrado en un documento de enero de 1714.

Por paradójico que resulte, el proceso de independencia nacional que lleva a la constitución de una República independiente no cambia sustancialmente la situación de indígenas y cimarrones. Por razones pragmáticas, los criollos que lideraron el proceso debieron recurrir a todas las capas sociales, estrictamente jerarquizadas desde la perspectiva racial durante la Colonia, desde una retórica igualitaria, cuya base se encontraría en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa de 1789, cuyo artículo 1 estipulaba que *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones civiles solo podrán fundarse en la utilidad pública”*.

---

*la noche. Yo le fui poco a poco fulminando su proceso y allandole muchas culpas y muertes y que toda esta ciudad clamaba que le aorcase, pero yo le fui tomando el pulso a este caso por los inconvenientes que podían resultar, alle los animos de sus compañeros tan reducidos a obediencia que me pareció que el dicho Domingo Bioo muriese por justicia y así le aorcaron a los dieciséis de marzo con lo cual han quedado todos los negros muy quietos y pacíficos...”*. (Arrazola, 1970, págs. 56 - 57).

<sup>7</sup> *“Los encargados de arrasar el palenque de San Miguel lo encontraron intentando esconder a las mujeres embarazadas, a los niños y a los ancianos. Fue asesinado a mansalva por un soldado, quien le propinó dos tiros de arcabuz, según relata el Gobernador en su informe; aun se intentó esconder el hecho del asesinato, no se dejó de resaltar lo indefenso que se encontraba. La recompensa en dinero y honores por la cabeza de los líderes palenqueros era considerable...”* (Guerrero García, 2007, pág. 370).

Los efectos de esta situación paradójica han sido adecuadamente documentados por científicos sociales de diferentes especialidades<sup>8</sup>. El paso de una sociedad jerárquicamente organizada por los patrones raciales (o de casta, como anota la profesora Claudia León Leal, asignándole al siglo XIX el desarrollo del concepto de raza<sup>9</sup>) hacia una que en apariencia fomentaba la igualdad pero conservaba intactos los prejuicios contra negros e indígenas se resolvió mediante la ficción de un mestizaje feliz, producto del blanqueamiento. De esta forma, nos acostumbramos a manejar al tiempo demandas de ciudadanía general incluyente con reivindicaciones de estatutos o posiciones coloniales, sin que ello fuera especialmente traumático dado que el universalismo que practicaba efectivamente la nueva República era de élite.

Un buen ejemplo de ello lo constituye la nueva situación de las comunidades indígenas: quienes se habían integrado a la sociedad occidentalizada eran tratados nominal o formalmente como iguales, y por ello no requerían un estatuto especial de derechos<sup>10</sup>. Ellos no obstante, sometidos a la presión capitalista sobre sus tierras, empezaron a perder rápidamente el control de sus territorios colectivos, y la única defensa posible fue el regreso a las formas coloniales del Resguardo<sup>11</sup> y el Cabildo, tuteladas esta vez desde la República. En la práctica, esta demanda implicaba aceptar una cierta minoría de edad para el manejo de los asuntos propios, y así fue considerado por la legislación de la época.

8 Cfr. por ejemplo LEÓN LEAL (Leal León, 2010) y LANGEBAEK, 2010; ALMARIO GARCÍA (Almario García Ó. , 2010); WADE (Wade, Liberalismo, raza y ciudadanía en América Latina, 2010), 2010; RESTREPO FORERO, 2009.

9 (Leal León, 2010, pág. 399 y ss.).

10 *"De allí que toda la legislación republicana se convirtió en un instrumento para luchar contra la comunidad indígena. El nuevo ideario político no toleraba la existencia de estructuras socioculturales que se presentaran como colectivos. Los estrategias jurídicos y políticos del nuevo modelo de institucionalidad y de sociedad vieron los resguardos como el mecanismo que sostiene este tipo de proyectos de sociedad. De allí que toda la legislación hacia los pueblos indígenas producida en ese periodo tuvo el objetivo fundamental de desaparecerlos y convertir a los indígenas en propietarios individuales de una porción de dicho espacio. El propósito no fue crear leyes especiales que protegieran al indígena de las decisiones de las élites, fue el de universalizar la ley, como instrumento para igualar a todos los ciudadanos. Hacer realidad el Estado liberal, paradigma en ese momento histórico, fue una obsesión que se vivió durante ese lapso... Por lo anterior no existen de este periodo sino registros acerca de las diferentes iniciativas legislativas de los diferentes gobiernos, para lograr desaparecer a las comunidades indígenas. El acceso a la justicia que se había diseñado en el periodo colonial en tanto formación de derechos y reconocimiento de sus propias jurisdicciones fue eliminado. Para los ciudadanos de la Nueva Granada, de los Estados Unidos de Colombia, o de los nuevos estados federales, solo existieron los derechos fundamentales y una sola jurisdicción, que dirimía los problemas que surgían de su disfrute o de su violación..."* (Castrillón Orrego, 2006, pág. 360).

11 "En Colombia estas comunidades se conocen generalmente bajo el nombre de resguardos, es decir el término originalmente usado para denominar las tierras del común. A tratarse de los resguardos, la prohibición para los blancos, negros y gente de mezcla de residir entre los indígenas, constituye uno de los rasgos más salientes de la época colonial... Así fueron vedados por la Corona de residir en los mismos, sucesivamente, los negros (a partir de 1541), los encomenderos, sus familiares y sus mayordomos, calpisques (1550, 1563) y los vagabundos solteros (1563, etc.). En 1578, una Cédula dirigida a todas las autoridades indianas prohibió general y categóricamente que mestizos, mulatos o negros anduviesen entre los indios. El objeto de la legislación subsiguiente era la exclusión

Al tiempo que sobre los indígenas no reducidos a la modernidad se mantuvo el tutelaje de las Misiones de la Iglesia Católica. Esta es la fórmula que adopta la Ley 89 de 1890:

*“La aprobación de la Ley 89 de 1890 es la concreción de toda esta nueva visión. Como conocemos, esta norma fue concebida como temporal, pues se preveía que sería un régimen de transición, de 50 años, que permitiera la asimilación de los pueblos indígenas. Con ella se recuperó la figura del resguardo y se clasificaba a los indígenas en tres categorías: salvajes que debían ser reducidos por medio de la acción de los misioneros católicos; los semisalvajes, aquellos que por medio de misiones se encontraban en proceso de civilización, para ellos debía concertarse un régimen especial concertado entre el gobierno y las autoridades eclesiásticas y los indígenas civilizados quienes estaban sujetos a la Ley 89... Como desarrollo de esta normatividad es aprobada en 1892 la Ley 72, que prescribe en su artículo segundo: “El gobierno podrá delegar a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales, hasta que saliendo del estado salvaje, a juicio del Poder Ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por ellas...” (Castrillón Orrego, 2006, págs. 362 - 363).*

No sobra advertir que durante el siglo XX el debate jurídico sobre esta triple condición se centró especialmente en materia penal, en donde se discutía si los indígenas debían ser considerados como imputables o inimputables a la luz de los desarrollos legales y jurisprudenciales en la materia, y si la condición de salvajismo implicaba un fuero o una jurisdicción especial, asunto que llegó incólume hasta el Código Penal de 1980, que en su artículo 96 seguía considerando la existencia de indígenas inimputables por inmadurez psicológica, los que no debían sufrir penas privativas de la libertad sino ser reintegrados a su ambiente natural.

A su vez, la estructura a la que se someten las parcialidades indígenas a través del cabildo corresponde a sus usos, costumbres y estatutos propios especialmente en lo que podría considerarse como materia civil o territorial, aun cuando se prevén funciones generales como las de mantener censos de población, registrar los títulos y documentos de la comunidad, distribuir porciones del resguardo o solares, arrendar bosques o parcialidades no ocupadas por indígenas (hasta por 3 años) e impedir la venta o hipoteca de terrenos o mejoras del resguardo, entre otras (artículos 4 a 7 de la ley).

---

de todos los que no fueran indígenas, aun de los puros españoles, de los pueblos indios. En 1646 se declaraban incluidos aun en la prohibición a los españoles, mestizos y mulatos que hubiesen logrado adquirir tierras en los pueblos de indios. Por otra parte, se exceptuó expresamente a los mestizos y zambos, hijos de Indias y nacidos en los pueblos de indios, por ser, como se dice, “cosa dura separarlos de sus padres”. Las leyes de segregación promulgadas hasta ese momento fueron incluidas en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, de 1680, la que, teóricamente, estuvo en vigor hasta el fin del período español...” (Mörner, 1963, págs. 63 - 64).

Esta tendencia general es igualmente tematizada por Herinaldy Gómez y Cristóbal Gnecco de la siguiente forma:

*“La independencia de Colombia de la dominación española fue un proceso de casi medio siglo que empezó con revueltas focales contra pesadas cargas tributarias a finales del siglo XVIII y terminó con la derrota de los ejércitos imperiales en las primeras décadas del siglo XIX. La construcción de la comunidad nacional fue predicada desde la igualdad pero realizada sobre jerarquías y desigualdades profundas. Tan pronto fue sellada la independencia se estableció una sólida estructura de dominación interna, copiada del rígido sistema de segregación racial y social establecido por españoles; aunque hubo varias alusiones constitucionales a la igualdad y la democracia en los siglos XIX y XX la discriminación a lo largo de líneas culturales (raciales) fue (y todavía es) un hecho cotidiano. La exclusión del pueblo de las promesas de la modernidad se edificó en el desdén ilustrado que las elites sentían por la irracionalidad de la masa... La ideología nacional formó una república sobre cimientos coloniales...”* (Gómez & Gnecco, *Representaciones de la alteridad indígena en el discurso jurídico colombiano*, 2008, págs. 36 - 38).

Ello no obstante, algunos autores han resaltado el hecho de la pervivencia de las instituciones coloniales más como una tendencia, que es a su vez ajustada por autoridades de la nueva República, para darles un sentido renovado. Así, por ejemplo, el texto de María Teresa Findji y José María Rojas, *Territorio, Economía y Sociedad* Páez (1985), que aun cuando su nombre bien lo indica tiene un énfasis en materias económicas, de población y demografía y salud, resalta este aspecto de que las leyes de la República no son una simple adición a las de la Colonia:

*“En la Ley 90 de 1859, del Estado Soberano del Cauca... que es la más elaborada y la más desarrollada de la legislación indígena del siglo XIX, se puede leer: ‘En todos los lugares donde se encuentre establecida una parcialidad de indígenas, habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos - el periodo de duración de dicho Cabildo será de un año, contado de primero de enero a 31 de diciembre-, para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del Cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad, ante el Cabildo cesante’. Esa legislación no es una simple reconducción de la situación colonial. Primero, distingue la parcialidad aislando así la unidad de base de la sociedad indígena... Es decir, reduce la autoridad indígena al nivel de la unidad social básica y de paso borra cualquier otra forma de integración política o de organización política de las comunidades paeces... Abí está la importancia política de la transformación realizada por la República al impedir la existencia de los cacicazgos. El pensamiento republicano es absolutamente consciente de ese propósito político. En 1920, en el Decreto 162 dictado por el goberna-*

*dor del departamento del Cauca, el artículo dice: «Los gobernadores de indígenas no podrán ser reelegidos» y en los considerandos está explícita la razón: «según se ha visto la reelección de gobernadores por muchos períodos constituye cacicazgos a la usanza antigua, cosa que no permiten ni la Constitución ni las leyes». (Findji & Rojas, 1985, págs. 68 - 69).*

Quizás esta especie de pervivencia de formas jurídicas propias de las comunidades indígenas, que convive con procesos relativamente dicotómicos, aun cuando paralelos, de asimilación cultural o reducción a la llamada civilización y de resistencia, explique el escaso interés que tuvo lo normativo para antropólogos y estudiosos de las ciencias sociales en las décadas de los años setenta y ochenta del siglo pasado, cuando empezó a despuntar en el país la antropología y sus estudios etnográficos centrados especialmente en comunidades indígenas tradicionales, o por lo menos no integradas plenamente a la cultura occidental, combinados con los estudios regionales y étnicos que venían realizando los historiadores de la época<sup>12</sup>.

Sin pretensiones de exhaustividad, un recorrido por parte de esta literatura evidencia ese rasgo común: el poco interés en lo que hoy se puede considerar como el derecho propio de estas mismas comunidades. Verbi gracia, el conjunto de deberes, derechos y obligaciones. O los procedimientos institucionalizados para la tramitación de conflictos. Cuando se alude a ellos, generalmente se hace para resaltar la matriz religiosa o mítica que los soporta, pero no con ese cuidado descriptivo con el que se abordaron fenómenos como los de economía y trabajo, poblamiento y cambios demográficos, creencias y vida cotidiana o incluso salud y educación.

Por ejemplo, el texto del historiador Juan Friede sobre los arhuacos, que es una de sus obras dedicadas a estudios más contemporáneos, describe así la Liga de Indígenas, a la sazón la que consideraba organización jurídica más importante de dicha comunidad:

*“Las cuevas es sede de la ‘Liga de Indígenas de la Sierra Nevada’, fundada en 1944. La Liga tiene su sello de caucho para señalar la correspondencia y hace poco tenía una bandera de color encarnado, símbolo de sus relaciones con los «comunistas», de que hablaremos más adelante. La Comisión Permanente de Asuntos Indígenas reemplazó la tal bandera por la enseña nacional y por otra de color verde y blanco, destinada a emblema de la Junta de padres de familia, recién establecida por la misma Comisión. A la cabeza de la Liga figuran un indio y una india, ambos bien instruidos en la lengua castellana, que hablan y escriben correctamente. Tienen gran ascendiente sobre los indios, debido a sus indudables dotes de liderato y a sus*

---

12 Un ensayo muy revelador sobre una posible historia de esta antropología en Colombia puede confrontarse en Correa (2005).



*actuaciones pasadas en favor de la tribu. Ejercen sus oficios gratuitamente y hace varios años fueron elegidos por aclamación. Son ellos quienes arreglan las pequeñas diferencias surgidas entre los nativos, los condenan al cepo, les imponen multas, etc., y sus decisiones son aceptadas incondicionalmente. Así, por ejemplo, de acuerdo con un documento fechado en 1956, dos indias fueron puestas en el cepo por haber abandonado a sus maridos. Hace poco tiempo atrás, un indio, de quien se sospechaba que había incendiado la casa de otro, fue colocado en el cepo durante varios días a pan y agua, sin proceder juicio ni pruebas concluyentes, sino mera decisión de ese «cabildo». Pues los arhuacos, pese al secular contacto con los blancos y la prolongada influencia de los misioneros, siguen aferrados a sus tradiciones y acatan el tradicional sometimiento a sus mandones...» (Friede, 1963, pág. 22).*

Luis Duque Gómez, en su *Introducción al pasado aborigen*, generalizaba una serie de instituciones o “realidades” jurídicas de los aborígenes, citando a Hermann Trimborn, como existencia de la propiedad privada inmueble, derecho de usufructo de terrenos y mejoras, carácter contractual del matrimonio, poligamia como carácter estamental, castigo del adulterio, existencia de un régimen punitivo, etc. (Duque Gómez, 1976, págs. 41 - 47).

En el libro *Arhuacos*, de Jaime Mejía Gutiérrez, el tema de lo que podríamos considerar como derecho propio está incluido en la organización política. Veamos algunos apartes de lo que llama la atención a este autor, que en todo caso es más afín a lo que hoy en día se proyecta de dicho pueblo indígena, aun cuando no hay referencias a la ley de origen que le daría sentido:

*“La comunidad elige al gobernador general. Los cabildos representan las personas de mayor confianza dentro de la comunidad, los viejos venerables y virtuosos, poseedores del conocimiento sobre la tradición y los enemigos implacables contra el vicio y la asimilación de los factores alienantes del extra-grupo. Tienen voz alentadora y de indudable valor dentro de la comunidad... Los comisarios representan el poder policivo y hacen cumplir las disposiciones vigentes sobre consumo de alcohol, litigios relacionados con pérdidas de animales, delimitación de fundos y otras minucias que suceden diariamente. Se encargan de hacer conocer estos problemas al jefe de la Comisión de Asuntos Indígenas... El control social se ejerce a partir del sentimiento comunal y de las normas que lo rigen. Faltas como el adulterio, irrespeto a la mujer o esposa, peleas y riñas ocasionadas fundamentalmente por embriaguez excesiva y actos que atenten contra la estabilidad social del grupo, se dirimen en las reuniones de la comunidad... El mama, que es realmente quien tiene poder dentro de la comunidad, se encarga de hacer de las confesiones y de imponer los castigos. De acuerdo a la gravedad y a la frecuencia de la acción, pueden consistir en purificaciones, abstinencia sexual,*

*ayunos, dieta, consumo de alimentos sin utilizar sal, etc. El mama adivina, y esto significa que todas las ofensas en obra y pensamiento deben ser confesadas, para evitar cualquier tipo de represalia por parte de los dioses...*” (Mejía Gutiérrez, 1976, págs. 51 - 52).

Es bastante elocuente que el texto publicado en 1982, y reeditado en 1985 con un capítulo introductorio, por los investigadores Nina Sánchez de Friedemann y Jaime Arocha Rodríguez, *Herederos del jaguar y la anaconda*, que fue en su época considerado como un redescubrimiento de las comunidades indígenas por parte del público no especializado, tenga apenas unas escasas referencias al tema. Máxime, teniendo en cuenta que se publica en momentos de auge de la movilización indígena, con el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y la Onic a la cabeza. Como ellos mismos lo indican, su trabajo inició hacia 1977, como una historia de la antropología colombiana, entrevistando a más de cincuenta científicos sociales colombianos y extranjeros que enfocaban trabajos sobre indios. De ahí salió la idea posterior de documentar para un público más amplio el horizonte contemporáneo y futuro de los indios (Sánchez de Friedemann & Arocha, *Herederos del jaguar y la anaconda*, 1985, pág. 11).

Si bien el texto aporta información valiosa sobre el tema indígena en el país<sup>13</sup>, en el estudio sobre los ocho pueblos abordados se rescatan apenas referencias al marco jurídico tradicional, como las siguientes, referidas a la población indígena del Cauca:

*“La confianza que los guambianos depositan en sus cabildantes se aprecia considerando que, en delitos tales como «lesiones personales», las gentes prefieren entenderse con el gobernador y sus alcaldes que con la justicia ordinaria. Schwarz hace referencia a una pelea ocurrida en una tienda. Uno de los contrincantes resultó herido por la navaja de su adversario. Antes de que lo acusaran frente a las autoridades de Silvia, el agresor solicitó la ayuda de uno de los alcaldes. Este instó al herido para que*

13 Como la relacionada con la demografía de la población indígena y el tamaño de su etnocidio en tiempos de la conquista y posterior dominación española: “El enorme desacuerdo sobre el número de indígenas que existía a la llegada de los españoles ha sido llamado La Polémica por Rosenblat. Los estudiosos colombianos también han participado en ella, y consecuentemente en el desacuerdo sobre la magnitud de la hecatombe demográfica de América. Jaime Jaramillo Uribe, en lo que respecta a Colombia, comparte la opinión de Rosenblat, con la cifra de 850.000 indígenas, que Germán Colmenares, en cálculo menos conservador, eleva a tres millones, mientras Jorge Orlando Melo lo estima en cinco millones. La Polémica se recrudece a medida que Hermes Tovar Pinzón escudriña documentos que empujan el número de indios que había en 1500 por encima de los siete millones...” (los autores han previamente señalado que los cálculos de población para toda Europa, hasta los Urales, se ubicaba entre los 70 y 80 millones, lo que de paso hace dudar de cifras que ubican el número de indígenas muertos a 90 o 112 millones de indios, y estaría entre lo que señala Rosenblat con 13 millones y Karl Sapper que lo ubica en 37 millones...)... A finales del siglo XIX, de cuatro millones de colombianos, aproximadamente 500.000 eran indios. En las postrimerías de este siglo XX, los indígenas apenas llegan a 440.000 en un total de 25 millones de colombianos. Es decir, que el porcentaje de indígenas colombianos bajó del 13 por ciento al 1,7 por ciento en ochenta años...”. (Sánchez de Friedemann & Arocha, *Herederos del jaguar y la Anaconda*, 1985, pág. 57).

*arreglaran el caso amigablemente. Después de cobrar una modesta multa por haber peleado, el cabildo les pasó una amonestación escrita en la cual les advertía que la reincidencia les acarrearía una multa alta y la intervención de las autoridades de Silvia... No obstante la modernización del resguardo, en Guambía el cabildo continúa rigiendo la moralidad y orden públicos. Schwarz describe cómo el gobernador dispone multas altas para mujeres que reinciden en adulterio o negligencia en el cumplimiento de sus labores hogareñas, o castigos para los hombres que golpean a sus esposas. En el cabildo Páez de Tumbichucue, mucho más tradicional que el del Guambía, el kmisario siempre lleva un «juete» al cinto para dar testimonio de la influencia de los cabildantes sobre los asuntos internos de la comunidad. Allí quienes contravienen la moral pública pueden ser «juetiados», pese a que los castigos físicos han sido prohibidos por las leyes colombianas...» (Sánchez de Friedemann & Arocha, Herederos del jaguar y la Anaconda, 1985, págs. 209 - 210).*

Escritos ya ubicados en la década de los noventa, muy próximos o coetáneos al debate constituyente, siguen abordando el tema de manera más bien periférica o contextual. Sobre la figura de los mamos, por ejemplo, el texto de José Antonio Orozco, Nabusimake, tierra de arhuacos, trae una descripción bastante similar a la ya vista, pero que por lo menos alude explícitamente a ley tradicional o de origen:

*“Dentro de la cultura arhuaca los indígenas conservan una organización social particular, encabezada por un personaje carismático y misterioso: «el mamu (con u cortada al medio) o simplemente mamo... Los mamos son quienes detentan el saber colectivo, ellos guardan las creencias y son la fuente del conocimiento de las tribus de la Sierra Nevada. Conocen, conservan y transmiten la ley tradicional. La ley es el conjunto de normas y creencias que forman el bagaje ideológico de los arhuacos, y que se ha transmitido por generaciones de mamo a mamo, desde los originarios antepasados. El mamo se ubica entonces como un intermediario entre el presente de la comunidad y su herencia cultural, y así se convierte en el intérprete de la historia indígena...” (Orozco Ferro, 1990, pág. 213).*

Y sobre los wayúu, en una obra de 1995 pero presentada en 1992 al Foro Internacional Independiente por la Identidad y la Emancipación de América Latina 1492 - 1992, con motivo de la celebración de los 500 años del encuentro cultural, en ciudad de México, Alfonso Forero construye esta versión libre a partir de encuentros y entrevistas:

*“Para nosotros los wayúu, la sangre es el lazo de unión de la familia y su derramamiento supone una ruptura de dicho lazo. Por eso la ley exige que se pague todo derramamiento de sangre y por ello, toda la familia está obligada a exigir una satisfacción.*

*Se deben pagar todas las heridas, las voluntarias y las involuntarias; las que se hacen a otros y las que se hace alguien a sí mismo.*

*Si alguien se quita la vida, aquellos que directa o indirectamente ocasionaron el suicidio deben pagar.*

*Si alguien hiere a otro o le produce la muerte, debe pagar. Para ello uno de los clanes envía un representante que discute con el otro el precio a pagar por la ofensa, la compensación exigida que puede llegar a ser muy grande en dinero o en ganado.*

*Si se aceptan por las buenas las condiciones del pago, éste se realiza en dos partes. Mientras no se cobra la segunda parte, se mantiene la enemistad; si algún miembro de la familia se encuentra con otro de la familia rival, deben darse la espalda y no dirigirse la palabra. Con el pago total, las relaciones vuelven a la normalidad porque la ofensa ha sido totalmente pagada.*

*Si no se llega a un acuerdo por las buenas, la familia ofendida tiene el deber de cobrar violentamente la ofensa, causando un daño semejante al que se le hizo a ellos. De este modo, la muerte solo puede pagarse con otra muerte...” (Forero, 1995, págs. 62 - 63).*

Esta recurrencia de estudios centrados en pueblos indígenas del Cauca o de la Costa Atlántica colombiana es meramente indicativa, y solo pretende ilustrar cómo las menciones a cuestiones referidas al mundo normativo son tomadas generalmente como anécdotas o pervivencias de costumbres, sin pretensiones de darles forma estructurada o de conjunto.

Es de anotar, igualmente, que buena parte de estos estudios históricos y antropológicos provenientes de las décadas de los años sesenta a ochenta del siglo pasado estuvieron influenciados, de manera más o menos mediata, por el movimiento indigenista latinoamericano, cuya expresión institucional más visible fue la de los institutos, tanto a nivel regional como nacional. La creación y desarrollo del Instituto Indigenista Interamericano estaba orientado a promover una colaboración de los Estados miembros en lo relacionado con políticas indigenistas.

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). Posteriormente, se crearon tanto sedes nacionales del

Instituto, incluida Colombia, como oficinas de asuntos indígenas, que sobreviven en la actualidad y fueron importantes para el diseño institucional y legislativo de diversos países de la región.

Sin embargo, el impacto en Colombia pudo apreciarse ante todo en la perspectiva académica. Así lo resaltan Friedemann y Arocha en su momento:

*“Empero, el inicio de una defensa de la indigenidad en marcos institucionalizados, sin duda fue un reflejo del Primer Congreso Indigenista Interamericano celebrado en Patzcuaro en 1940, al cual asistieron pensadores latinoamericanos que en ese momento aunaban la ideología socialista con la praxis de la defensa del indio... En 1941 la fundación del Instituto Etnológico Nacional, con alumnos y profesores de la Escuela Normal, proveyó un escenario dinámico para el examen y estudio etnográfico y para la discusión de conocimientos e ideologías alrededor del fenómeno del aborigen. Su director Paul Rivet imprimió en sus alumnos su convicción americanista de que la etnología y la arqueología contribuirían a la reivindicación cultural y racial del aborigen. Su visión no obstante distaba de aquella que inspiraba la defensa de la indianidad propuesta por mexicanos, ecuatorianos y peruanos alrededor del reclamo del derecho social de la tierra. Esta última, fue una visión que afortunadamente captó al grupo de antropólogos recién formados del Instituto Etnológico Nacional, pero bajo la tutela del Instituto Indigenista colombiano...” (Sánchez de Friedemann & Arocha, Herederos del jaguar y la anaconda, 1985, págs. 60 - 61).*

En ese contexto, pero ya en el marco más explícito de la tradición jurídica, cabe resaltar los intentos por consolidar en América Latina una comunidad académica en torno a los enfoques más específicos de cómo se relacionan y condicionan mutuamente los derechos de comunidades étnicas y el derecho estatal. Apenas en la década de los años ochenta del siglo anterior dicha preocupación se hace explícita, cuando el Instituto Interamericano de Derechos Humanos se propone hacer una investigación, coordinada por el mexicano Rodolfo Stavenhagen, sobre derecho indígena y derechos humanos en América Latina. La misma tuvo varios frutos importantes. Por un lado, se publicó en 1988 un primer volumen, por el IIDH y el Colegio de México, titulado *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina* (Stavenhagen, 1988), que es considerada una obra liminar en esta materia en el contexto continental, aun cuando las referencias tanto fácticas como bibliográficas al caso colombiano son muy sintéticas. Posteriormente, bajo el liderazgo del mismo Stavenhagen, y con los apoyos de IIDH, el Instituto Indigenista Interamericano y la Comisión Andina de Juristas, se tuvo un Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario, cuyo resultado más visible fue la publicación *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina* (Stavenhagen & Iturralde, 1990). Este texto es importante por cuanto propone a la comunidad académica precisamente esa

convergencia analítica entre el derecho positivo de los estados latinoamericanos y el que, por varios años, se denominará como derecho consuetudinario de los pueblos indios, bajo un rasero común: la evaluación de sus derechos humanos.

Siguiendo especialmente las tesis de Stavenhagen y Diego Iturralde, los compiladores de los trabajos y los más entusiastas animadores del proceso, vemos cómo ellos buscan darle un lugar específico a estos análisis, dentro del conjunto de investigaciones sobre derecho popular o alternativo que se multiplicaban en la región a la sombra del movimiento de Uso Alternativo del Derecho<sup>14</sup>. Así, por ejemplo, se pregunta Stavenhagen:

*“¿Constituye el derecho consuetudinario un elemento distintivo de los pueblos indígenas o bien es característico, también, de otros grupos subordinados? Algunos observadores del fenómeno, en los países andinos, sostienen que el derecho consuetudinario no es precisamente indígena sino más bien propio de comunidades campesinas (Vidal 1988 y Brandt 1986). En otro nivel, esta afirmación remite a la vieja discusión de si determinados fenómenos sociales deben ser considerados como étnicos o como fenómenos de clase. En otros contextos también se han observado innovaciones jurídicas de tipo consuetudinario, o que algunos calificarían como derecho alternativo, precisamente porque no están previstas en las leyes existentes y se reproducen al margen de éstas... Si bien el fenómeno del derecho alternativo entre los sectores populares de América Latina es un fenómeno digno de ser analizado con detalle, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención porque está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores propios de la etnia. La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de culturas indígenas en el continente. Y, por el contrario, su desaparición contribuye a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas” (Stavenhagen & Iturralde, 1990, págs. 35 - 36).*

A su vez, Iturralde proponía este enfoque, que termina siendo relativamente profético, teniendo en cuenta que para esos momentos la mayoría de los que hoy consideramos como derechos étnicos más o menos estandarizados no habían hecho parte de los estatutos constitucionales:

*“La frontera de la legalidad está siendo asediada por algunos movimientos indígenas nacionales que demandan el ejercicio de ciertos derechos no contemplados dentro de las posibilidades del orden jurídico y constitucional, en tanto implican aceptar excep-*

14 Para quienes quieran conocer más sobre este movimiento, especialmente como se concebía a la fecha, cfr. al respecto Borrero (1989), Rojas (1988) (1989) y Jacques (1988).

*ciones a principios como el de la generalidad de la ley, transformaciones sustanciales en el régimen de la propiedad, o restricciones al ejercicio de la soberanía del Estado sobre porciones de territorio o de sociedad... En esta disputa por el derecho, el movimiento indio viene desarrollando una argumentación (y en general una retórica) que es congruente con el conjunto de sus planteamientos anteriores respecto de la tierra, la lengua, los sistemas de autoridad y las prácticas culturales. Sostiene la existencia de un conjunto de normas y de prácticas jurídico-culturales que son anteriores y distintas al derecho nacional; que por estar ajustadas a las necesidades de la vida social y provenir de ella, y de su acumulación y depuración históricas, son más apropiadas para la regulación del comportamiento de las comunidades y para la defensa de su ser como pueblos diversos. Considera a la costumbre como fuente primaria de un sistema jurídico alternativo, y demanda su supremacía sobre la ley general, a la que critica como impuesta e inadecuada. Más aún, este argumento se lo asocia y refuerza con los planteamientos sobre los derechos humanos, convocando así la legitimidad de los instrumentos internacionales del ramo y alcanzando la solidaridad y el apoyo de muchos sectores sociales.*

*Comprendo que a este planteamiento de los movimientos indios se le pueden oponer (y de hecho se le oponen) innumerables objeciones de doctrina y de técnica jurídicas. Comprendo también que, tal como se ha expresado hasta ahora, prefigura una utopía de muy difícil ejecución. Propongo entenderla fundamentalmente como un recurso para organizar una lucha de supervivencia cultural, que ataca uno de los pilares sobre los que se construye el sistema de dominación: el derecho; y que, si bien no conducirá a la legitimación y el pleno ejercicio del derecho consuetudinario indígena, sí puede contribuir al surgimiento de una nueva constitucionalidad, más justa...”* (Iturralde, 1990, págs. 51 - 52).

Entre los autores colombianos invitados a esta confluencia, quizás el más recurrente fue el académico Adolfo Triana Antorveza<sup>15</sup>, quien para la época lideraba la Fundación para las Comunidades Colombianas -Funcol-, y eventualmente el suscrito, quien para esos años se ocupaba activamente de los temas correspondientes al movimiento de Uso Alternativo del Derecho, tanto en sus expresiones urbanas como rurales, y participó en uno de los seminarios que dieron paso a las publicaciones reseñadas<sup>16</sup>.

Aun cuando no necesariamente con iguales exponentes, este trabajo inicial de articulación de investigadores latinoamericanos se transformará en la Red Latinoamericana

15 Aun cuando sus trabajos en general son más de corte histórico y con énfasis en el derecho de propiedad. Cfr. por ejemplo, *La Colonización Española en el Tolima*, 1992 o *La Expropiación y su Aplicación en la Legislación Colombiana*, 1999. Y, en los textos mencionados, (Estado y derecho frente a los indígenas, 1990).

16 Cfr. al respecto (Borrero, *Uso Alternativo en Zonas Rurales de Colombia*, 1988).

de Antropología Jurídica, cuyo eje de trabajo ha transitado entre identidades, interculturalidad, pluralismo jurídico y derechos colectivos, y que desde 1997 hasta el presente ha realizado siete congresos internacionales y mantiene una red activa de intercambio académico<sup>17</sup>.

Esa convergencia inicial, que antecedió a la ola de reformas constitucionales del continente que establecen y desarrollan en casi todos los estados principios de diversidad cultural, marcó de muchas maneras el posterior desarrollo analítico latinoamericano e influyó, como se verá en su momento, varias de las corrientes de investigación desarrolladas en Colombia.

Recapitulando estos breves antecedentes, quisiéramos resaltar entonces tres rasgos que considero importantes a la hora de evaluar la literatura sobre derechos étnicos en nuestro medio. El primero, que no estamos frente a un reconocimiento o visibilización repentina de los mismos por parte de la Constitución de 1991, sino que éstos han tenido algún grado de reconocimiento y espacio en las regulaciones jurídicas desde la Colonia española hasta nuestros días, tanto para el caso de poblaciones indígenas como afrodescendientes. Segundo, que quizás esta pervivencia implícita, permanente, estuvo a la base de que científicos sociales, especialmente antropólogos, no les dedicaran mucho espacio e interés a la hora de describir y analizar culturas indígenas que mantuvieron parcialmente tradiciones y formas de vida comunitaria a pesar de toda la empresa asimilacionista, más visible aún durante la República. Y, tercero, que la literatura más especializada se orientará por vincular el llamado derecho consuetudinario indígena con las demandas por vigencia y reconocimiento de derechos humanos en el continente a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado. Es decir, se trata de una conexión que ya es cercana a la denominada reconversión de las causas de derechos humanos, que estaría a la base del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

### **La perspectiva poblacional indígena**

Para regresar a nuestro punto de partida, es decir estudios que buscan interrelacionar la Constitución de 1991 con perspectivas de derechos con enfoque étnico<sup>18</sup>, iniciando con el de poblaciones indígenas, quizás el primer texto que valga la pena reseñar es el del profesor Francois Correa, en la medida en que él ha buscado precisamente demostrar cómo el uso mismo de los términos (indio, salvaje, tribal, pueblo, comunidad, parcialidad, economía rudimentaria, etc.) por parte de la normatividad jurídica no es neutral,

---

17 Cfr. [www.relaju.org](http://www.relaju.org) o [www.alertanet.org/relaju](http://www.alertanet.org/relaju).

18 Lo que supone privilegiar los estudios en donde este componente de derechos sea más o menos explícito. Por ello, la siguiente exposición no refleja el conjunto de trabajos sobre poblaciones indígenas en Colombia, sino únicamente aquellos que, a nuestro juicio, intentan resaltar este componente del universo jurídico.



y siempre habría que relacionarlo con su contingencia histórica y la ideología que representan (2011)<sup>19</sup>.

Tomando como base el decreto 2164 de 1995, que representa ya una incorporación de la terminología constitucional así como de parte del cuerpo jurídico legislativo previo y posterior a la misma, Correa ilustra cómo las categorías jurídicas desconocen la naturaleza histórica, cultural, social, contextual y política producto de la cual se han producido las identidades indias. Lo que lleva, por ende, a obstaculizar el reconocimiento de sus derechos históricos como pueblos.

Ello, según el autor, a pesar de que la Constitución de 1991, bastante imbuida del espíritu del Convenio 169 de la OIT, si bien no definió los términos que emplea (comunidades indígenas, pueblos indígenas, grupos étnicos), le dio contenido a una nueva conceptualización jurídica orientada a garantizar el ejercicio material de la etnicidad en condiciones de autonomía relativa. Lo que implicaría una especie de contrapunteo entre las acciones y definiciones administrativas y las de origen constitucional. Sobre todo, porque en las primeras sí se tiende a definir los términos con mayor exactitud.

En conclusión, los argumentos que expone Correa (2011):

*“discuten cómo en las categorías jurídicas del Estado aún pesa la negación de la diversidad socio-cultural y la naturalización de la asimetría en la que participan los pueblos indígenas provenientes de construcciones conceptuales de la sociedad nacional. La desencialización de lo indio y lo étnico en las categorías producidas culturalmente no debe confundirse con las características socio-culturales en las que se apoya su producción y reproducción como pueblos, resultado de un proceso dinámico, fluido y contextual en el que descansan sus proyectos de vida, que no pueden ser reducidos por las codificaciones, siempre cambiantes e históricas o, como recientemente se ha venido proponiendo, reinventarse, negociarse o imaginarse”.*

Ubicados en el campo de análisis con esta precaución, la primera línea que quisiéramos resaltar es la que propone el investigador Carlos César Perafán Simmonds. En diversos volúmenes patrocinados por el ICANH, este antropólogo jurídico se ha propuesto caracterizar diversos sistemas jurídicos indígenas utilizando una matriz que le permita hacer una traducción a lo que serían estructuras de derecho sustantivo en materias como civil (herencia, tenencia de la tierra, pertenencia al grupo, acceso a los recursos, obligaciones

---

19 En buena medida, también quisiera iniciar por la obra del profesor Correa por una razón formal, aun cuando no anodina. En este texto, buena parte de las denominaciones anotadas (pueblo, comunidad, indígena, etc.) se utilizarán como sinónimos, en parte por efectos literarios de evitar repeticiones, pero sobre todo por cuanto a mi juicio la Corte Constitucional así lo hace igualmente. Lo que no quiere decir que pierda sentido la reflexión del autor sobre las connotaciones contextuales, históricas y jerarquizantes del lenguaje.

y contratos), penal (tipicidad, imputabilidad, responsabilidad y punibilidad) y administrativo, así como procedimientos de solución de conflictos que tengan en cuenta lo que él denomina sistemas múltiples, en especial el segmentario (la actuación de autoridades va dependiendo de la posición de las partes en el conflicto, teniendo en cuenta reglas como las de parentesco), el de autoridades comunales permanentes (institucionalidad centralizada de la autoridad), el mágico religioso (recurrencia a personas que detentan o representan dicha autoridad) y el de compensación (arreglos compensatorios mediados por acuerdos sistémicos o intervención de especialistas).

Como este mismo autor anota en varios de las introducciones de su propuesta de sistematización, el método mismo enfrenta dificultades complejas, que condicionan en buena medida los resultados de la matriz:

*“El lector especializado encontrará que se ha descontextualizado el sistema jurídico de los demás elementos de la cultura. Notará que, en los pueblos indígenas, la juridicidad es solo una parte concomitante de un conjunto de prácticas culturales de carácter dinámico –de recreación continua– que dificultan considerarla como un sistema autónomo y estático. Debo manifestar que dichas críticas son ciertas. Pero creo que debemos, de alguna manera, asumir la culpa, si se trata de aplicar la hermenéutica jurídica a la tarea de compilar los sistemas jurídicos indígenas –con las salvedades anteriores–; un paso que parece inaplazable –y posiblemente útil para la administración autónoma de los territorios indígenas–, en virtud del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena realizado por la Constitución colombiana de 1991” (Perafán Simmonds, Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayuu y Tule, 1995, pág. 10).*

Con estas precauciones, el autor presenta inicialmente (en el año de 1995) los sistemas jurídicos de las comunidades páez<sup>20</sup>, kogi, wayúu y tule. Posteriormente, en el año 2.000, ofrece la recopilación de los sistemas tukano, chamí, guambiano y sikuani, acompañado por Hildur Zea Sjoberg y Luis José Azcárate García (2000). También existe un informe presentado por parte de Perafán y Azcárate al ICANH (en el año de 1997), sobre los sistemas cocama y awá, del que se espera una publicación que continúe la serie.

La Guía Metodológica que propone este autor, con su conjunto de investigadores afines, supone que todo sistema jurídico comprende un conjunto normativo que puede ser considerado como *sustantivo*, unas autoridades encargadas de su implementación, y unos procedimientos que hacen posible esta tarea.

---

20 Para los efectos de este estado del arte, se mantiene la denominación de las comunidades indígenas que resalta cada uno de los autores citados. No escapa a la investigación el que aquí ya hay elementos valorativos. Por ejemplo, la autodenominación de la comunidad en tanto Páez se abandonó paulatinamente, por considerarse herencia de la dominación española, y se adoptó internamente la de Pueblo Nasa. Una historia similar han vivido otros pueblos indígenas.

*“Sin embargo, ello no es suficiente para caracterizar los sistemas jurídicos. Esta tarea se logra a través de la comprensión de la forma específica en la cual cada cultura maneja la concepción de su cosmos a partir de la dinámica de la dicotomía de las categorías caos/orden. Para ello es necesario responder a las siguientes preguntas: ¿Existe un cosmos entendido como un orden que por virtud de los actos humanos se puede convertir en caos, evento en el cual es necesario tomar una serie de medidas, culturalmente establecidas, para retornar al orden natural de las cosas, bien se enmarquen ellos en el contexto social o en la interacción con fuerzas de la naturaleza o de carácter sobrenatural? O ¿existe más bien la concepción del cosmos como una entropía entre fuerzas primarias, salvajes, telúricas o espirituales con los actos de los hombres cuya dialéctica es vista como un proceso entrópico particular en el cual el caos es consustancial con el orden, convirtiéndose en una forma de retroalimentación de la realidad cósmica en su conjunto?... En todo caso, ¿existe un hilo conductor que liga, a nivel de procedimiento, todas estas posibilidades, de tal manera que racionaliza un ideal de retorno a la dinámica caos/cosmos, cualquiera que ésta sea en la cultura específica? Si este es el caso, dicho hilo conductor caracteriza el sistema jurídico materia del estudio...”* (Perafán Simmonds, Azcárate García, & Zea Sjoberg, 2000, págs. 339 - 340).

Esto, por supuesto, implica según los autores revisar también fenómenos como los de aculturación y transformación de los sistemas, lo que da lugar a un proceso dinámico. Sea como fuere, este tipo de investigación se centra más en la descripción y caracterización de los sistemas jurídicos nativos, o de derecho propio, y no tanto en la interrelación entre éstos y el diseño constitucional colombiano, que es el objeto más preciso de nuestra pesquisa. Además, en realidad ha sido poco aplicada en Colombia, en tanto el curso de investigación se ha centrado tanto en el carácter holístico de estos sistemas de derecho, como en su diferencia (no similitud) con el estatal.

Una segunda línea de investigación la constituyen los escritos que buscan evidenciar las dificultades que tiene la hermenéutica jurídica para interpretar el derecho propio indígena. La mejor representante de esta idea, a mi juicio, es la antropóloga jurídica Esther Sánchez Botero. Y quizás el texto que mejor refleje sus aportes en este campo sea Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural (2004), obra de la cual la autora ha publicado tres ediciones con respectivas actualizaciones jurisprudenciales.

Como lo indica el título del texto, lo que busca la investigadora es revisar diferentes tutelas falladas en el ámbito de la justicia constitucional, desde su sentido netamente jurídico y antropológico, y evaluar su potencial para promover o posibilitar una existencia cultural alterna. Siempre, teniendo en cuenta que la tutela surge de una relación asimétrica, en la que el poder está en manos del grupo dominante:

*“De múltiples maneras, en esa lógica de la alteridad se desarrollan las acciones dirigidas a formar y encauzar al otro de acuerdo con los propios designios. Con frecuencia se realiza esa acción en consonancia con símbolos y normas que se justifican moralmente. Concibiendo al otro como vencido y sujeto, se reconoce el derecho de gobernarlo. Viéndolo además como débil, abatido, incapaz y necesitado, podía declararse que existe también la obligación de protegerlo. De este modo se le configuró como objeto de tutela. Por supuesto, la tutela se aplica a los ciudadanos/as en general. En este trabajo se expone una situación histórica en Colombia. Se reconoce el resarcimiento de un daño, pero no siempre de la manera o a través de los mecanismos que se usan dentro de su propia cultura, sino a través de unos procedimientos y recompensas estructurados a partir de normas y símbolos distintos, propios de la sociedad hegemónica” (Sánchez Botero, Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento cultural , 2004, pág. 31).*

Ante ello, la autora invita a superar el marco de una intervención meramente técnica, orientada desde visiones dominantes y exógenas, para trascender hacia una extensa red de órdenes heterogéneos y autodependientes, en donde la tutela interactúe y refuerce formas de lucha propias y de rescate de las identidades colectivas de los grupos étnicos, lo que implica una reformulación estructural en la línea de la política del reconocimiento:

*“Utilizar la tutela por los grupos étnicos indígenas de manera que sea un medio para el fortalecimiento de su diferencia en el marco de una sociedad multiétnica y pluricultural solo es posible si se trascienden los papeles de todos los actores, sobre la base de superar actuaciones: aplicaciones técnicas, por aplicaciones edificantes. Esta sencilla pero profunda reflexión, refleja la posibilidad de salida” (Sánchez Botero, Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento cultural , 2004, pág. 302).*

Estas aplicaciones edificantes, modelo del conocimiento científico posmoderno, tendrían como características: tener lugar en situaciones concretas, en donde quien las aplica se compromete con el impacto que ellas producen; sus fines solo se concretan en la medida en que también se discuten los medios apropiados dada la situación concreta; la aplicación es un proceso argumentativo entre grupos, mientras que el consenso ni es la medida ni es neutro; el científico se involucra en la lucha por el equilibrio de poder, tomando partido por los que tienen menos poder mediante estrategias que permitan que la aplicación edificante revele argumentos y vuelva legítimo y creíble su uso; procura y refuerza definiciones emergentes y alternativas de la realidad, e ilegítima formas institucionales que promueven la violencia, el acallamiento y el extrañamiento en vez de la argumentación, la comunicación y la solidaridad; busca transformar los saberes locales desde dentro; busca la creación de sujetos socialmente competentes; mediante la re-

flexividad colectiva, buscan transformar el conocimiento científico; somete la aplicación técnica a exigencias éticas.

Bajo esos criterios, Sánchez Botero revisa una serie de acciones de tutela que han llegado a la Corte Constitucional entre 1992 y 2003 (en la segunda edición de 2004), considerando los actores y sus pretensiones, los peritajes antropológicos, los fallos y los magistrados que los impulsan, el impacto de los mismos y las adaptaciones y transformaciones que suponen para las comunidades.

En un texto posterior, *Derechos Propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia* (2004), la autora mantiene el mismo universo teórico, pero esta vez selecciona una serie de casos diversos que motivan la reflexión: en algunos eventos, se trata de situaciones que la jurisdicción ordinaria asume, bajo la hipótesis de que los mecanismos internos de las comunidades llevarían a exacerbar la violencia o generar derramamientos de sangre, lo que solo servía para consolidar el centralismo y el monismo jurídico. Otros, nos muestran los límites de la comprensión cultural al momento de evaluar actuaciones orientadas desde otros parámetros de sentido. Algunos, resaltan el nuevo papel de las autoridades, tanto indígenas como nacionales. En un apartado, incluso, se trata el caso de la guerrilla cuando se arroga la facultad de administrador de justicia y de gobernabilidad territorial, usurpando la facultad de las autoridades tradicionales. También trata situaciones de niños, niñas y adolescentes, así como de sujetos y colectivos indígenas en las ciudades.

Esta misma metodología de casos, que Sánchez Botero reconoce estar inspirada en Marcel Mauss, la lleva en otro artículo a tematizar dos formas de tratamiento de los magistrados de la Corte Constitucional (y, de alguna manera, de la sociedad en general) a las problemáticas interculturales: una que defiende derechos fundamentales basados en mínimos universales éticos, que representarían una especie de consenso universal sobre un determinado sistema de valores (liberal), y que por ende supedita la legalidad de los sistemas de derecho propio a esta interpretación del reconocimiento constitucional y legal, y otra que efectivamente le apuesta al reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural como fin esencial del Estado, a la que la autora le apunta, brindándole elementos de juicio adicionales desde la antropología jurídica:

*“Trabajaremos casos cuyos elementos estructurales muestran el ámbito particular, cultural y étnico en que se desarrolla un conflicto, lo cual permite reconocer, por medio de evidencias, la diversidad de formas que internamente son reconocidas como transgresoras de normas orientadas al mantenimiento de la armonía, y a la búsqueda de la reparación del daño, por medio de mecanismos relacionados parcialmente con los aparatos del orden nacional. Cada caso seleccionado presenta polarizaciones en los siguientes campos: el juzgamiento de la comunidad en colisión con el juzgamiento de un juez de la república; la pugna de poder entre dos justicias legales para que impere*

*la argumentación y sustentación de cada una a favor de la protección de derechos encontrados (individuales y colectivos), y la existencia de “mundos posibles”, no comparables con “mundos reales”, de los que participan los miembros de la sociedad mayoritaria... Estas reflexiones representan los ejes sobre los cuales se apoya nuestra hipótesis, basada en que los derechos propios se encuentran ligados al sistema social y cultural de manera integral, y particularmente con lo religioso, con la concepción anatómica y fisiológica del cuerpo en relación con la salud y la enfermedad así como con la armonía y la desarmonía del medio, y de cómo estos derechos vivos constituyen una manifestación de resistencia y fortalecimiento de la identidad...”* (Sánchez Botero, 2001, págs. 165 - 166).

Finalmente, en esta síntesis apretada de parte de la obra de una de las investigadoras que más le ha aportado al campo de análisis de los derechos étnicos en Colombia<sup>21</sup>, quisiéramos resaltar algunos de sus hallazgos en el que fue el tema de su investigación doctoral, el de decisiones interculturales que obraban en interés prevalente de protección a niños, niñas y adolescentes (Sánchez Botero, 2006).

Para este evento, el objeto de estudio lo constituyen

*“los llamados “casos de protección” de niños, niñas y jóvenes indígenas (que) son una fuente riquísima de información acerca de los modos distintos como se afronta la protección; ellos permiten examinar variadas realidades y heterogéneos conflictos, no solo por las diferencias culturales y normativas que estos casos entrañan frente a los de la sociedad mayoritaria, sino sobre todo por lo que significan los niños, niñas y jóvenes en general ante la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ante la propia Constitución de Colombia y ante los pueblos indígenas donde nacieron...”* (Sánchez Botero, 2006, pág. 20).

En dicho contexto, la hipótesis que esta vez nos plantea la autora, y que ilustra con fines de probarla mediante tres estudios de caso correspondientes a las etnias u’wa, nukak makú y páez (nasa), es que

*“en los procesos de interacción entre autoridades con competencia jurisdiccional, portadoras de diferente cultura, ellas actúan conforme a una lógica profundamente arraigada en dos dimensiones: la política, como espacio de los actores institucionales*

21 Por razones de espacio, no se busca referenciar con exhaustividad toda la obra de Sánchez Botero, privilegiando aquellos textos en los que se explicita el marco conceptual desde el que propone abordar temas de carácter más jurídico. Desde una óptica más descriptiva y pedagógica, recomendamos consultar (Sánchez Botero, *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, protección a niños, niñas y jóvenes indígenas*, 2002) y (Sánchez Botero, *Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos*, 2005). Desde una perspectiva más general, (Sánchez Botero & Jaramillo, *La jurisdicción especial indígena*, 2001),

*que buscan el control del poder; y la ética, que se origina en la defensa de los valores que implican las identidades. La segunda hipótesis es que la presencia o no de conflictos depende del entendimiento intercultural entre los actores que presentan diferencias culturales, específicamente frente al derecho, a los principios y a los procedimientos, como manifestación de las culturas diversas” (Sánchez Botero, 2006, pág. 24).*

Por ello, como conclusión de su trabajo, Sánchez Botero nos propone como salida un pluralismo jurídico al que denomina multideductivo, *“como una tentativa de entender cómo proceden en ciertos casos, y se resuelven, proposiciones incompatibles que se pueden englobar en una perspectiva pluralista y de unificación... Los procesos de unificación tienen por objeto reconocer que existen determinadas instituciones, que actúan por separado bajo principios, procesos y respuestas distintas, que se armonizan a veces sobre un supuesto explícito que las contiene como unidades separables y a la vez como partes esenciales de esa unidad. El pluralismo jurídico es una unidad, un dispositivo, con un gran poderío de conexión, que se irradia hacia la unión de los derechos distintos existentes en sociedades diferentes. Estos derechos tienen la potestad de resolver asuntos por sí mismos, pero también registran la existencia de un centro al que pueden acudir, siempre que en sus salidas encuentren justificaciones que no vulneren su misma existencia y diferencia. Se acepta adicionalmente un mecanismo de intervención que observa, media y arbitra situaciones... No se trata de una simple sumatoria de partes, sino de una representación sinérgica y colectiva a través de la cual todas esas partes se ven representadas auténticamente y con respecto al conjunto. Por último, es evidente que esta dimensión, si quiere ser exitosa y respetuosa de las diferencias, tiene que ser ‘multicultural’ y crítica...” (Sánchez Botero, 2006, págs. 295 - 297).*

Como veremos más adelante, especialmente a la hora de ponderar su influencia en algunas posiciones de la Corte Constitucional, Sánchez Botero no define con precisión esta dimensión, y quizás no le corresponda hacerlo, sino que predica un modelo de inclusión que es, en mucho, afín a las posiciones teóricas de lo que englobaremos bajo el manto de la interculturalidad.

También desde la antropología, y en esta especie de evaluación entre comprensión jurídica estatal y realidad normativa indígena, nos llegan los análisis del profesor Carlos Vladimir Zambrano, quien ha abordado campos como el de la etnopolítica, el racismo y la reindigenización desde una perspectiva pluralista radical. Así, por ejemplo, en *Nación y pueblos indígenas en transición. Etnopolítica radical y fenómenos político culturales emergentes en América Latina* (2002) el autor se pregunta sobre las condiciones para avanzar hacia un Estado Pluralista Social de Derecho, en donde lo multicultural incluya lo pluriétnico:

*“No se puede hablar de la diversidad sin considerar que para una perspectiva pluralista radical, la diversidad es múltiple y se diversifica continuamente. La diversidad es, en sí misma, dinámica y no se agota en la contabilidad de los pueblos indígenas,*

*comunidades afrodescendientes, gitanos, etc. La diversificación es un problema a conceptualizar políticamente, pues aborda los presentes, la emergencia de nuevas realidades y su historicidad: en cierta forma apunta a la comprensión de la construcción histórica de las reivindicaciones y de la emergencia de los nuevos sujetos políticos, y a la transformación de anteriores” (Zambrano C. V., Nación y pueblos indígenas en transición. Etnopolítica radical y fenómenos político culturales emergentes en América Latina, 2002, pág. 174).*

Postura que, a su juicio, permite superar la “etnoinfabilidad”, concebida como una postura que fija otras realidades culturales, como la indígena, como especie de unidades inamovibles, y por ende hace que sus seguidores, muchos de ellos auto-concebidos como “defensores de indios”, se frustren cuando la realidad muestra que la diversidad se interrelaciona y avanza hacia el presente.

Desde su perspectiva, por lo tanto,

*“la transición pluralista no es una fórmula para el ordenamiento multicultural, sino una realidad político cultural emergente que considera la historia de los procesos de diferenciación de la diversidad, reconoce las interacciones entre la vida cotidiana y el mundo, y atiende la dimensión política de la diversidad. El doble giro – diferenciación de la sociedad y redimensionamiento de la diversidad – plantea amenazas a la integración social, pero también oportunidades para una profunda reorganización de la comunidad nacional. Dicho con prudencia, existen condiciones favorables (no sé si necesarias y suficientes) para ‘pluralizar’ la política, desplazando el eje del ámbito estatal al de la nación. Existe, en buena cuenta, la oportunidad de reformular las metas de una eventual reforma y apuntar a un Estado concebido como la comunidad de configuraciones diversas en constante diferenciación...” (Zambrano C. V., Nación y pueblos indígenas en transición. Etnopolítica radical y fenómenos político culturales emergentes en América Latina, 2002, pág. 182).*

Posteriormente, en *Apropiación y Reconocimiento de los Derechos de la Diversidad Étnica: Antropología jurídica para la globalidad* (2003), en donde, como su mismo título indica, Zambrano busca aportar a los elementos que debe contemplar una “antropología jurídica del reconocimiento” que valore adecuadamente los fenómenos político-culturales emergentes, que han reconfigurado el campo de la diversidad:

*“El reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica es la totalidad producida por la compleja interacción del campo del reconocimiento, dada la presencia de la diversidad étnica, que por ser diversa, genera repercusiones bastante diferenciadas entre sí. Entre los nukak no existe preocupación por sus actuaciones jurisdiccionales, mientras que sí existe entre los nasas e ijkas, pero una cosa es hablar de pueblos indígenas y otra*



*de poblaciones afrodescendientes, los primeros tienen jurisdicción, las segundas no. El 'primer debate es en torno a si los afrodescendientes tienen derecho de juzgarse a sí mismos, cuando las leyes que se han formulado para ellos no lo contemplan. La otra pregunta es si, por ejemplo, San Andrés, Providencia y Santa Catalina pueden tener una jurisdicción propia, en virtud que, al ser una isla, el territorio puede coincidir con la jurisdicción...' (Zambrano C. V., 2003, pág. 193).*

Todo esto supone un uso estratégico del derecho y de los derechos por parte de los grupos que buscan políticas de reconocimiento:

*"La cuestión de los derechos se aborda en esta propuesta de teoría del reconocimiento y de la apropiación étnica de las normas, para dar cuenta de los fenómenos objetivos y concretos que se vienen dando entre los pueblos indígenas, para esclarecer si son producidos por el reconocimiento de los derechos de la diversidad o por otras causas no contempladas hasta ahora. Sirve, además, para explicar el uso estratégico que algunos individuos y colectivos indígenas hacen de ciertos repertorios de normas legales y de fueros, e intenta saber si es comprensible mediante el concepto de apropiación étnica de las normas. La intención de dichas preocupaciones no es otra que la de comprobar, mediante un recurso teórico integral, si las prácticas concebidas como estrategias de lucha imponen o no un modo habitual y consuetudinario distinto del sociojurídico y del etnojurídico. Se busca con ello ampliar juiciosamente el entendimiento de los procesos sociales interculturales de la diversidad tomando como base de explicación las realidades empíricas que las prácticas sociopolíticas describen en la actualidad, tan complejas e interesantes que exigen explicaciones y contextualizaciones científicas..." (Zambrano C. V., 2003, págs. 200 - 201).*

Igualmente, en *Derecho, pluralismo y diversidad cultural* (2007) Zambrano avanza en lo que sería una comprensión de la diversidad cultural en tanto derecho fundamental:

*"La diversidad cultural en la Constitución colombiana es un derecho fundamental; lo es para los pueblos indígenas, lo es para el Estado, lo es para todos los colombianos. Sin embargo, no está muy claro si es un derecho transversal a los demás... Los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural de todos los colombianos se deben realizar sin discriminación alguna. Si la diversidad es un derecho fundamental es necesario reconocer que las regulaciones sobre ella no se aplicarán exclusivamente a los indígenas, ya que constitucionalmente se podrían aplicar a otros sectores de la diversidad étnica, y a todos los colombianos, que son también, todos, diversos culturalmente..." (Zambrano C. V., 2007, págs. 49 - 50).*

Finalmente, para lo que atañe a esta síntesis, es importante anotar que en *Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos* (2008)

el autor se vio confrontado a explorar los retos y dificultades para la coordinación interinstitucional entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria desde una visión intercultural, a partir de los resultados de un trabajo de grupos focales con 50 autoridades indígenas relacionadas con mecanismos de impartición de justicia y 50 jueces y magistrados que intervinieron en procesos judiciales que involucraron autoridades indígenas<sup>22</sup>.

Como él mismo resalta, lo que originalmente fue diseñado como una metodología intercultural terminó siendo más una pedagogía para la sensibilización del tema, dadas las dificultades para que los funcionarios judiciales asumieran un enfoque de tales características sin la preexistencia de una ley que los conminara a ello (o protegiera, en caso de interpretaciones que fueran en contra de la ortodoxia jurídica):

*“El objetivo del trabajo intercultural para la coordinación entre jueces y autoridades indígenas era la capacitación que corría el peligro de convertirse en un ejercicio pedagógico para el descubrimiento etnológico en el espacio judicial. Muy pronto se hizo difícil sostener esa idea porque el tratamiento legal de la Jurisdicción Especial Indígena y de la Coordinación Intercultural Jurisdiccional generaba muchas objeciones; la más relevante fue el que si bien la Constitución establecía la JEI no había ley estatutaria, con lo cual no existía un eje sobre el cual formar a los jueces. Por lo demás, en la práctica judicial era más fácil ver cómo los indígenas podían vulnerar la seguridad jurídica del sistema, con lo cual la actuación normal de todo juez era la de limitar el ejercicio jurisdiccional... La interculturalidad entendida como un conjunto de normas éticas o de tolerancia no fue suficiente para impedir que de modo razonado se siga reproduciendo la arbitrariedad en las actuaciones judiciales, pues los jueces, por ser portadores de cultura, se comportan moral e intelectualmente, casi de modo inopinado, según sus hábitos culturales, del mismo modo que lo hacen los indígenas. Se requirió imponer la noción intercultural como un procedimiento que permita observar objetivamente los derechos a juzgar culturalmente y a coordinar interculturalmente...”* (Zambrano C. V., 2008, págs. 76 - 77).

En una línea más bien optimista en torno al multiculturalismo encontramos los trabajos de la abogada y profesora de la Universidad de los Andes Beatriz Eugenia Sánchez. En especial *El reto del multiculturalismo. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena* (Sánchez, El reto del multiculturalismo. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena, 2001)<sup>23</sup>, en donde nos plantea una secuencia histórica que va del desconocimiento del indígena hasta su reconocimiento constitucional, aún precario pero en crecimiento:

22 Zambrano, Carlos Vladimir, “*Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos*”, En Revista de Ciencias Sociales No 31, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, Quito, Ecuador, 2008, pp. 71 – 85.

23 Cfr. también de la misma autora (Sánchez, *La entidad territorial indígena: un mandato por cumplir*, 2007) (*Estado multiétnico y entidad territorial indígena*, 2006) y (*La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional*, 1997).

*“Hablar de las relaciones interétnicas en Colombia a través de la historia es hablar de un diálogo entre sordos donde la diferencia ha sido considerada como una desventaja, un obstáculo para el progreso y el desarrollo. Más que intolerancia, el problema se resume en una palabra: desconocimiento... Hoy en día aún no sabemos quiénes son los indígenas colombianos. Siempre se les ha definido, descrito y clasificado desde la perspectiva occidental... Pero, ¿quiénes son los indígenas en el tercer milenio? Responder a esta pregunta es más complicado de lo que a simple vista parece. Dado que casi todas las comunidades indígenas han tenido a través de la historia algún contacto con la sociedad blanca (es decir, la no indígena), que ha modificado las estructuras tradicionales de su cultura, no puede hablarse de indígenas “puros” que hayan conservado intacta su cultura original, pues es evidente que una relación que se inició hace 500 años ha dado sus frutos. Los pueblos indígenas colombianos de hoy son una mezcla de tradición, adaptación, imposición y recreación. Sus historias son un verdadero tejido en el que se entrecruzan raíces ancestrales, imposiciones del conquistador, interpretaciones a los elementos foráneos y estrategias de supervivencia. Ante todo son pueblos vivos que se encuentran en una permanente dinámica pero que se ven obligados, hoy más que nunca, en virtud del fenómeno de la globalización, a establecer relaciones con el blanco...”* (Sánchez, 2001, págs. 5 - 7).

En ese contexto, la autora revisa el conjunto normativo que, desde la Conquista española, ha buscado civilizar a los indígenas y aprovechar sus riquezas, pero al mismo tiempo, de algún modo, también protegerlos, facilitándoles su asimilación a la sociedad mayor. Se llega así a la propuesta constitucional de 1991, que resulta un instrumento clave para la garantía de esta sobrevivencia, bajo el entendido de que la Carta no solo se preocupó por enunciar el principio general de reconocimiento, sino que buscó disposiciones que garantizaran la realización efectiva del mismo, en medio de una tensión evidente con el principio de unidad nacional:

*“Las disposiciones constitucionales se ocuparon de dos temas, íntimamente ligados entre sí, en relación con los pueblos indígenas: sus derechos y las reglas que deben regir las relaciones entre éstos, el Estado y la sociedad mayor. Ambos tópicos giran alrededor de tres principios: el respeto a la diferencia, la autonomía y, pese a la aparente contradicción, la unidad nacional. La Carta pretende garantizar la existencia de grupos cultural y étnicamente diferenciados, estableciendo para todos las condiciones para su desarrollo y reproducción, sin abandonar la pretensión de construir una única nación dentro de un único Estado: diversidad en la unidad, autonomía sin para-Estados. Sin embargo, sus disposiciones no son tan diáfanas como podrían desearse. A través de ellas se plantea la tensión entre unidad y diversidad, a veces sin una fórmula que logre conciliar ambos polos. Es el legislador, entonces, quien debe hallar los caminos para traducir a la realidad los propósitos constitucionales...”* (Sánchez, 2001, pág. 30).

Diseño que, como también mostrará esta indagación, está lejos de cumplirse, ya que ha sido el poder jurisdiccional, en especial representado en la Corte Constitucional, el que ha debido resolver estas tensiones, mientras que la actividad del poder legislativo se ha caracterizado por ser desvertebrada y orientada desde una perspectiva occidental, como anota la autora.

Tras el estudio de varias sentencias y estudios de caso, en especial el del pueblo u'wa y la explotación petrolera, Sánchez termina resaltando la coexistencia de un marco de posibilidades con escaso compromiso político:

*“El principio de la diversidad ha empezado a ser desarrollado por las tres ramas del poder público. La labor adelantada hasta el momento refleja cuán poco se había discutido el tema del reconocimiento de los derechos indígenas con anterioridad, al mismo tiempo que permite cuestionar la existencia de una verdadera voluntad política de compromiso real y efectivo en el proceso de respeto de la diferencia de los pueblos indígenas...” (Sánchez, 2001, pág. 57).*

En otros de sus trabajos, la autora ha calificado lo anterior como un “pluralismo jurídico débil”, que si bien ha prohijado desde la Corte Constitucional un cierto reconocimiento constitucional al mismo tiempo limita la articulación del sistema indígena al estatal, por ejemplo por cuanto *“los jueces indígenas no pueden fallar en materia de tutelas, hay fuero indígena sobre la comunidad pero no sobre el individuo y todo lo que tenga que ver con orden público no puede abarcarse por la jurisdicción indígena porque el primero es un orden superior al de la diversidad”* (Sánchez, Conversatorios de Justicia Comunitaria, Segundo ciclo: debates acerca de la jurisdicción especial indígena).

Un trabajo similar, aun cuando tomando como ejemplo o pretexto el caso de la comunidad nasa, es el que nos propone el profesor Herinaldi Gómez Valencia en su texto *De la justicia y el poder indígena* (2000). Tras una revisión histórica de las relaciones entre el sistema nacional y los sistemas indígenas, en donde resalta la invisibilización de las culturas jurídicas de estos últimos, se transita hacia un contexto que hace posible la autonomía, el reconocimiento de la diversidad y la emergencia del poder étnico:

*“La Constitución de 1991 introduce múltiples cambios terminológicos frente a toda la legislación indigenista precedente. No se trata de una simple modificación de vocablos. Dichos términos representan una reconceptualización jurídica, política, sociocultural y económica de lo “indígena”, que da lugar a una reconfiguración de las relaciones entre Estado y etnias, formalmente manifiesta en el reconocimiento de ciertos derechos preferenciales. Aunque el análisis del cambio y empleo de nuevos términos (categorías) sería objeto de una investigación que compromete por lo menos a la historia, el derecho, la politología, la antropología, la lingüística, etc., se enuncia*

*con el deseo de analizar, en este aparte, la facultad concedida a los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales “dentro de su ámbito territorial”*” (Gómez Valencia, 2000, pág. 124).

Y es que para Gómez el eje de estas transformaciones radica, precisamente, en el paso de “tierras de resguardo” al de “territorios indígenas”, en donde éstos entran a hacer parte de los procesos de redistribución del poder político del Estado. Si bien esta aspiración no se ha cumplido en buena parte, y las Entidades Territoriales Indígenas (ETIS) ni siquiera se han reglamentado, le ha dado un renovado sentido a la movilización indígena:

*“En correspondencia con ese derecho las etnias indígenas han puesto todo su interés en la delimitación y conformación de las entidades territoriales indígenas... La insistencia indígena por este reordenamiento es consecuente con la base de que la base de su poder político, de su autonomía y del desarrollo futuro como pueblos ha estado y está íntimamente ligada a la defensa, conservación y ampliación del territorio. Sin territorio, o por fuera de él, el indígena sabe por experiencia histórica que carece de todo valor cultural, político y social y que se convierte en un ciudadano de segunda categoría. En consecuencia, sin territorio no es posible la existencia y práctica de las culturas jurídicas y, obviamente, tampoco el ejercicio de la jurisdicción indígena”* (Gómez Valencia, 2000, pág. 126).

Ahora bien, este nuevo escenario ha significado también una transformación sustantiva en lo que tiene que ver con la diversidad étnica y su posicionamiento político:

*“El espacio de las intermediaciones e interlocuciones requiere un conocimiento político y genera una competencia que exige un nuevo perfil de los líderes étnicos. No son las tradicionales ‘autoridades étnicas’, que ocupaban el ámbito local de las luchas, las que se ubican en los espacios de dirección de las nuevas organizaciones. La nueva situación requiere de actores sociales que hayan tenido más contacto con la sociedad nacional, que se desenvuelven mejor en ella, que pueden ‘exponer más claramente las ideas’, que sus prácticas sociales y discursivas ‘sintonicen’ más con las del sistema institucional y estatal. En consecuencia, los factores que entran en la competencia para ocupar la mayoría de los cargos directivos de las organizaciones ya no son tanto la identidad étnica, la trayectoria de las luchas locales y el conocimiento de prácticas sociales sino la educación formal, el uso del español, el manejo de la escritura, la experiencia institucional, las relaciones políticas con otros sectores, la disponibilidad o capacidad de poder vivir por largos períodos por fuera de los territorios indígenas...”* (Gómez & Gnecco, *Representaciones de la alteridad indígena en el discurso jurídico colombiano*, 2008, pág. 149).

Con lo anterior no quiere dar el autor una idea de que el movimiento ha sido, entonces, cooptado, o que ha descuidado lo interno, o que se añora un regreso a cierto fundamentalismo indígena. Lo que se quiere señalar es un nuevo campo de las identidades:

*“Las diferencias y las tensiones de las autoridades étnicas tradicionales con la dirigencia del movimiento indígena no radica en el cambio de las estrategias, ya que aceptan y reconocen la validez e importancia de la negociación y concertación con el Estado y ven como signo positivo la presencia étnica en el ámbito exterior (sociedad nacional). Sus diferencias son del ámbito de la cultura y su relación con la política. Esto explica la exigencia de que en la acción del afuera debe estar presente el adentro: el pensamiento de las etnias, los sustentos de la cultura y los modos de ser, actuar y pensar propios y no los del mundo occidental. No hay razón para ver en esta exigencia deseos de hacer de su lucha un movimiento fundamentalista o concepciones próximas a los actuales nacionalismos; las etnias y el movimiento no tienen enemigos o rechazos hacia hombres en particular, ni por razones de raza, creencias u origen. Ser “oposición” no es hacia el blanco, negro, mestizo, ni hacia la iglesia, el Estado, las instituciones; a lo que se oponen es a que estos quieran imponer sus pensamientos, formas de ser y actuar. Se trata, más bien, de que el movimiento tenga identidad(es) para que les sea reconocido su derecho a ser diferentes; que su lucha por el mejoramiento de su calidad de vida no pase, necesariamente, por ser la copia de la cultura occidental, tal como ésta lo ha exigido” (Gómez Valencia, 2000, pág. 152).*

En estudios más recientes, Gómez ha profundizado un acercamiento desde la perspectiva de la alteridad étnica y la forma como desde ella los indígenas se posicionan y representan frente a la ley.

*“La ley no solo representa a los indígenas; éstos también se representan desde ella. Puesto que el aparato legal crea un sentido de inmanencia y trascendencia que lo hace existir por encima de los sujetos y la historia, una suerte de supuesta seguridad a la cual se puede acudir en busca de protección y solución equitativa y equilibrada de conflictos, las comunidades indígenas colombianas acudieron (y acuden) a la ley como lugar de imparcialidad y justicia, a pesar de que ese aparato no solo las construyó como sujetos coloniales sino que creó las condiciones de su dominación. Aunque la justicia es un instrumento de la política, muchas veces desplegada en el horizonte del colonialismo, también es un terreno compartido (como discurso) para el encuentro (con garantías, así sean solo retóricas) entre comunidades y Estado. La creencia indígena en la ley es selectiva: rechaza las enunciaciones contrarias a su agenda de resistencia y a sus intereses políticos y culturales y privilegia las que no lo son. Esa agenda no puede entenderse por fuera de su relación con la representación legal del Estado, por fuera de una dialéctica discursiva cuya síntesis es un campo semántico inédito en el cual*

*las sociedades indígenas se constituyen como sujetos auto-representados y cuyas enunciaciones empiezan a tener una incidencia, antes desconocida, en las representaciones que se hacen desde discursos externos...*” (Gómez & Gnecco, Representaciones de la alteridad indígena en el discurso jurídico colombiano, 2008, págs. 25 - 26).

Esta auto-representación es importante, pues estaría en la base tanto de la resistencia como de la asimilación a una alteridad meramente retórica y discursiva, por la vía del multiculturalismo:

*“La retórica multicultural que reconoce, legitima y promueve las diferencias culturales dentro de las fronteras de los viejos estados nacionales es un nuevo espíritu incluyente de la alteridad, solo que a través de la singularización de la diferencia: los otros son miembros de una comunidad multiétnica y pluricultural, es decir, forman parte de un proyecto que los establece, delimita y promueve como alteridad. El multiculturalismo arguye una igualdad material entre sujetos distintos basada en criterios de equivalencia racional y cree que el orden social actual (excluyente y jerárquico) puede ser modificado o reformado para que la igualdad de los diferentes se realice, para que alteridad y mismidad se encuentren en un escenario horizontal. El multiculturalismo que domina la nueva moral del Estado se basa en un esencialismo pragmático que contribuye a la creación de una realidad ahistórica y atemporal (el mundo de los diferentes) en la cual encuentra cobijo buena parte de las auto-representaciones indígenas contemporáneas... la representación cultural de los indígenas está atravesada por la exigencia de autenticidad, produciendo intransigencias canónicas que establecen (nuevos) límites a la legitimidad retórica. En ese terreno los indígenas reconocidos, legitimados, santificados y promovidos por el aparato legal deben ser tal y como sus definiciones occidentales quieren que sean: sujetos de una cultura pura y auténtica y guardianes de la naturaleza...”* (Gómez & Gnecco, Representaciones de la alteridad indígena en el discurso jurídico colombiano, 2008, págs. 68 - 71).

Consecuente con lo anterior, Gómez resalta la necesidad de ir más allá de los enfoques que hasta el momento han dominado este campo de estudio, sobre todo por cuanto

*“estos estudios dejan por fuera el análisis de los impactos y efectos interlegales de poder diferenciados que producen en los pueblos indígenas las disposiciones jurídicas que no han dejado de regularlos. Las investigaciones se han quedado en los enunciados y representaciones del discurso jurídico, sustrayéndose a su entendimiento como proceso semiótico e impidiendo captar el amplio rango de interacciones que tienen lugar en situaciones de relación interlegal en las que se construyen relaciones de resistencia, recepción, diferenciación, apropiación, producción y movilización activa, creativa y deliberada de las diferencias “jurídicas”. Estas interacciones ni se contemplan a pesar de que las organizaciones indígenas aluden a ellas, reiterativamente, como un asunto*

*problemático...*” (Gómez & Gnecco, *Representaciones de la alteridad indígena en el discurso jurídico colombiano*, 2008, págs. 200- 201). Una travesía en tal sentido es a la que nos invita este autor en aspectos como el de las justicias orales indígenas (o de predominio del texto oral) (Gómez, *D-escribiendo las justicias orales indígenas*, 2008).

Desde una perspectiva más descriptiva, si se quiere, se encuentran los trabajos del abogado Roque Roldán Ortega, quien ha ocupado cargos importantes en el engranaje del Estado y relacionados con el campo indígena, como la Dirección de Resguardos Indígenas del desaparecido Incora y la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior. En sus análisis, que se remontan al período de la Conquista hasta nuestros días, lo que el autor ha resaltado son los efectos de la normatividad tanto en la permanencia como en las formas organizativas y participativas que se han asignado a las comunidades indígenas.

Así, para el período colonial, Roldán nos recuerda que

*“afrentando grandes dificultades y conflictos, los pueblos indígenas sometidos al dominio colonial español consiguieron apropiarse y hacer uso provechoso de algunas de las normas legales que, de alguna manera, favorecían varias de sus más profundas aspiraciones dentro de un sistema de vida tan restrictivo. Por ejemplo, la posibilidad de mantener, al menos en parte, algunos espacios territoriales que les aseguraran condiciones mínimas de supervivencia, según los modos comunitarios de uso de la tierra y demás recursos; la capacidad de darse, aunque fuera de manera limitada, sus propias formas de gobierno interno y de administrar sus asuntos de comunidad o de grupo; y algún espacio para mantener elementos esenciales de su cultura y forma de vida, como los idiomas y formas de trabajo y de intercambio entre grupos y familias... Dos figuras hay de especial interés en el orden jurídico colonial, que contribuyeron de manera definitiva a la supervivencia de las comunidades y pueblos indígenas como agrupaciones culturalmente diferenciadas del resto de los sectores sociales del territorio de la actual república de Colombia. Estas figuras son el resguardo indígena y el cabildo indígena. La primera representaba el derecho de las comunidades indígenas que habían entrado en acuerdos con los españoles para que se les fuera reconocido en propiedad comunal el espacio territorial que habían poseído de tiempo atrás, o al menos parte importante del mismo... La segunda figura referida ofrecía a las comunidades titulares de resguardos la capacidad para darse su propio gobierno, manteniendo en parte sus tradiciones, costumbres y sistemas de control social ancestrales...”* (Roldán Ortega, 2000, págs. 10 - 12).



Coincide posteriormente el enfoque de Roldán en aseveraciones hechas en esta síntesis, en el sentido de que la naciente República enfrentó una tensión entre asimilación y resistencia, que no terminó de resolverse:

*“Durante por lo menos las primeras seis décadas de vida independiente del país, el propósito que más se reiteraba en leyes y programas de gobierno era el de alcanzar la pronta asimilación de los indígenas colombianos al modelo de vida económica, social, política, religiosa y cultural de la mayoría de la sociedad nacional. Para alcanzar tal propósito, se procuró asegurar la rápida parcelación de los resguardos (o territorios comunales) entregados en propiedad a los indígenas por el gobierno colonial; se emprendió la disolución de los cabildos (o gobiernos de comunidad) y se otorgaron a las misiones católicas amplios poderes en materia de gobierno y educación, para cristianizar y castellanizar a las poblaciones indígenas que habitaban regiones selváticas y mantenían sus formas de vida tradicionales... En gran medida como resultado de la resistencia de los indígenas a la asimilación forzada y al abandono de instituciones tan ligadas a sus luchas de supervivencia y a su patrimonio histórico y cultural como el resguardo y el cabildo, los gobiernos de fines de ese siglo llegaron a definir y acoger legalmente un régimen de tolerancia temporal, no permanente, para el modelo tradicional indígena de tenencia y uso colectivo de la tierra y de gobierno comunal relativamente autónomo. Se inspiraba este nuevo modelo en la convicción de que, si bien la integración de los indígenas era forzosa y conveniente, el logro de la misma no era posible por la sola eficacia de las leyes. Se requería tiempo suficiente y paciencia para una labor de adoctrinamiento civil y religioso con los valores de la sociedad mayoritaria...”* (Roldán Ortega, 2000, pág. 13)<sup>24</sup>.

Esta actitud contrasta con lo acordado en la Constitución del 91, en donde la defensa de la diversidad no tiene carácter temporal, y en donde se amplía el rango de derechos fundamentales al campo de lo que el autor denomina “derechos colectivos indígenas”, en especial los que atañen a la organización, participación y la capacidad de reclamación administrativa y jurisdiccional. Además, Roldán resalta el rol adoptado por vía jurisprudencial para la protección de las formas de vida de las comunidades indígenas (en contraposición a las ramas legislativa y ejecutiva), que no es de reciente data:

*“Con herramientas legales menos expeditas y eficaces, durante la vigencia de más de 100 años de la Constitución de 1886 llegó a pronunciarse un crecido número de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (los más altos tribunales de justicia de entonces), que definían asuntos muy importantes para los indígenas en materia de tierras, gobierno interno, régimen penal y otras diversas*

---

24 Una reconstrucción similar, aun cuando más sintética y preliminar, teniendo en cuenta la época de aparición, se encuentra igualmente en (Roldán, Sánchez, & Sánchez, 1993, pág. 25 y ss.).

*materias. Aún no se ha hecho una revisión ni una valoración de conjunto de este material... La continuidad o hilo conductor entre la vieja y la moderna jurisprudencia se descubre en la circunstancia misma de que los altos órganos de justicia del país han dedicado, con reconocida uniformidad y bajo el régimen de la vieja y de la nueva Constitución, tiempo y atención importantes al estudio de los asuntos litigiosos de los indígenas... La ruptura entre la nueva y la vieja jurisprudencia se efectúa alrededor de varios elementos esenciales y formales de la actividad de la justicia, entre los que es forzoso señalar la filosofía jurídica que apoya las nuevas decisiones, la naturaleza de los asuntos que son materia de controversia legal y la agilidad de los procedimientos que llevan a la definición de los litigios... La nueva filosofía del pensamiento de nuestros jueces ya no se orienta, como antes, a brindar reconocimiento a los derechos de los pueblos y comunidades como medida humanitaria provisional para salvaguardar sus tierras o cabildos, mientras les es dable acceder a otras formas más “avanzadas” o “civilizadas” de propiedad y de gobierno. Ahora tales decisiones, y las que se toman en otras materias, se sustentan en la consideración simple de que hay en Colombia diversidad de culturas e identidades étnicas, todas igualmente respetables, todas constitutivas de la identidad global del país como nación, y todas con derecho a reproducirse y a perpetuarse en el tiempo...” (Roldán Ortega, 2000, págs. 95 - 96).*

Aun cuando centrado en estudios de justicia comunitaria y justicia informal, algunos textos del investigador Rosember Ariza Santamaría también aluden al campo de la justicia indígena y la jurisdicción especial que la acoge, en el modelo constitucional de 1991 (2010). Tras un estudio somero de varias sentencias de la Corte Constitucional, Ariza no solo coincide en las críticas a los bandazos que se observan en ella, producto quizás del desconocimiento que en últimas evidencia de dichas culturas, sino que incluso llega a un campo en que limita, antes que establecer límites de actuación:

*“En este análisis vale la pena entonces analizar si lo acontecido es un desborde de los límites por parte de la Corte y si ésta cae irremediablemente en las llamadas limitaciones, que, por el contrario del límite, no derivan ni son consecuencia directa de la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales sino de la regulación concreta que se haga de los mismos” (Ariza Santamaría, El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo, 2010, pág. 98). Por ello, este autor se inclina por sostener que las reglas de juego sobre el funcionamiento de la justicia indígena no sean establecidas desde las instituciones, sino desde un diálogo intercultural que involucre las consultas debidas a los pueblos concernidos (Ariza Santamaría, El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo, 2010, pág. 107).*

Un camino para avanzar en dicho sentido lo constituye la llamada coordinación entre sistemas (ordinario e indígena), donde el problema no es simplemente logístico, de definición de competencias y remisión de expedientes, sino que va mucho más allá:

*“La coordinación entre las justicias indígenas y la justicia ordinaria plantea un gran reto de diálogo intercultural, su abordaje implica en el fondo el enorme reto de mejorar el entendimiento intercultural en el escenario de la justicia y trascender lo legislativo para asumir asuntos como la convivencia, la integración nacional, la administración de justicia en contextos pluriculturales, entre muchos otros. Así, implica un esfuerzo recíproco a todo nivel por comprender la diferencia y actuar en consecuencia, garantizando en todo caso la realización de lo justo”* (Ariza Santamaría, *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, 2010, pág. 114).

En otro de sus textos, Ariza ha defendido la idea de una coordinación “desde abajo”, donde las autoridades indígenas sean realmente reconocidas como autoridades judiciales:

*“La coordinación se debe pensar para lograr el entendimiento y el ejercicio pleno de los sistemas jurídicos, donde la autonomía de la jurisdicción especial indígena se gane en cada decisión y las autoridades nacionales estén dispuestas a ser revisadas en sus actos por sus pares judiciales cuando las circunstancias lo ameriten. Entonces la coordinación será una realidad y el ejercicio de la justicia tendrá un carácter intercultural que garantice la igualdad y la garantía de los derechos humanos de todos y todas las que se acojan a un determinado sistema de justicia”* (Ariza Santamaría, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, 2010, pág. 17).

En todo ello, además, Ariza aboga a favor de las justicias informales y su lógica autonomista frente a los administradores de justicia que actúan más institucionalmente a nombre del Estado, donde lo que cataloga como derecho profano permitiría una justicia más democrática en lo local, con mayor participación de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos y en donde se dé una gobernanza judicial real y no jerárquica, incluyente y no meramente formal (Ariza Santamaría, 2010, pág. 299 y ss.)

Desde el campo combinado de estudios ambientales y poblaciones indígenas cabría destacar el análisis de Astrid Ulloa, quien en *La construcción del nativo ecológico* (2004) se adentra en los campos de la ecogubernamentalidad para mostrar tanto las lógicas de construcción del indígena desde la hegemonía que administra la específica crisis y conciencia ambiental del capitalismo moderno, como su mismo empoderamiento a medida que gana en autonomía y gobierno sobre sus propios territorios. De ahí ha surgido la

figura del nativo ecológico, que representa aquellas comunidades indígenas que en el imaginario político y cultural parecen destinadas a proteger la naturaleza:

*“Desde los años setenta, la importancia de los pueblos indígenas y la legislación ambiental comenzaron a ser reconocidos en los contextos nacionales y transnacionales. Sin embargo, fue solo en la década de 1990 que los nativos ecológicos se consolidaron como actores políticos en tales contextos. Las imágenes del nativo ecológico se han convertido en estrategias políticas importantes, tanto para los movimientos indígenas, como para los ambientales, estrategias que también han permitido la coalición de estos dos movimientos. Los ambientalistas invocan al nativo ecológico como un actor esencial en sus discursos y los pueblos indígenas plantean que su contribución cultural a los discursos ambientales es el respeto que tienen por la naturaleza...”* (Ulloa, 2004, pág. 257).

De esta forma, han terminado conformando una curiosa mezcla que, ante todo, refleja nuestra necesidad de crearlos y verlos de esta manera. En últimas, señala, Ulloa, los necesitamos. Ellos representan parte de nuestra utopía, y parte de nuestra resistencia.

*“Los “nativos ecológicos” son primitivos, esencialistas, mártires, prístinos, puros, nobles, silvestres, femeninos, armónicos, comunitarios, colectivos, patrimonio global, necesitados de entrenamiento, premodernos y salvajes. Sin embargo, tienen poder político; son actores y líderes transnacionales; abren espacios democráticos; confrontan al Estado-nación y a las ideas modernas; poseen conocimientos y prácticas ecológicas; plantean nuevas y alternativas formas de desarrollo y modernidad; critican el proceso capitalista; confrontan, replantean y transforman visiones estáticas de los problemas y soluciones ambientales; desafían el derecho, usándolo para negociar y resituarse dentro de las constituciones políticas nacionales; y consolidan nuevas maneras de hacer política”* (Ulloa, 2004, págs. 363 - 364).

En textos más recientes, Ulloa ha planteado un concepto complementario, el de autonomía relacional indígena, que podría estar a la base de la superación de problemáticas como las de conflicto armado, paramilitarismo, presencia de transnacionales en territorios comunitarios y similares, fenómenos todos ellos que implican limitaciones para el control territorial por parte de éstos.

*“En el contexto colombiano, y en relación con los pueblos indígenas, se podría pensar en autonomía relacional indígena, la cual debe ser entendida como la capacidad de los pueblos indígenas para ejercer autodeterminación y gobernabilidad en sus territorios a partir de relaciones, negociaciones y participación que tienen que establecer con el Estado y diversos actores locales, nacionales y transnacionales en la búsqueda de reconocimiento e implementación de su autonomía política y territorial, aun cuando*

*retomen políticas o procesos estatales o transnacionales en la búsqueda de su consolidación. Una autonomía relacional indígena pensada como diversidad de procesos parciales y situados, en los cuales la autonomía indígena debe ser entendida bajo circunstancias específicas y con implicaciones políticas particulares. Procesos que tienen que considerar, dado que son la base para el ejercicio de una autonomía plena por parte de los pueblos indígenas” (Ulloa, 2010, págs. 172 - 173).*

Otro estudio que combina temáticas específicas lo encontramos en el trabajo de Nidia Catherine González Piñeros, quien en *Colombia hacia una democracia participativa: contribución indígena 1990 – 2003 (2006)* se interroga sobre el aporte específico de los partidos y movimientos de origen o raigambre indígena al desarrollo de la democracia en Colombia, en el paso entre una conformación de carácter elitista a una más participativa, teniendo como escenarios no solo el plano electoral sino también el de la gestión en la participación estatal.

De similar forma, los análisis de las investigadoras Margarita Chaves y Marta Zambrano, en especial *Desafíos a la nación multicultural: una mirada comparativa sobre la reindianización y el mestizaje en Colombia (2009)*<sup>25</sup> nos llevan a repensar los procesos actuales de reindianización y demanda de derechos especiales en función de pertenencia étnica en Colombia y América Latina, a la luz de las cambiantes definiciones gubernamentales de lo que es o no comunidad indígena, y sobre todo en el marco de una inversión de los procesos de blanqueamiento y mestizaje que habían sido la constante en décadas anteriores a la proclamación de la nueva Constitución.

De esta manera, parecería que hemos abandonado la idea de un mestizaje feliz y una democracia racial exitosa, proponiendo, por la vía del multiculturalismo, una reetnización a la inversa: mestizos que quieren ahora volver a sus raíces negras e indias. Lo que ha vuelto la atención sobre las disímiles visiones sobre el mestizaje que se han tejido en general en América Latina: desde quienes lo promovieron y celebraron hasta quienes consideraron que era un obstáculo para el desarrollo. Lo que se explica, en buena parte, por cuanto se trata precisamente de un proceso ambiguo: posibilitó la ruptura con el pasado colonial ibérico, mantuvo las jerarquías raciales que sostenían dicho régimen y que disponían la prevalencia del blanco y la asimilación parcial de las poblaciones negras e indígenas, pero a su vez, con fenómenos como el de la internacionalización de la música tropical de la costa caribe, tropicalizó al país, cambiando la percepción de la identificación externa que se tenía como de raigambre indígena/andina, visibilizó a la población negra y generó mayor identificación hacia éstos de los mestizos (Chaves & Zambrano, *Desafíos a la nación multicultural: una mirada comparativa sobre la reindianización y el mestizaje en Colombia*, 2009, págs. 217 - 220).

---

25 Cfr. también (Chaves, *¿Qué va a pasar con los indios cuando todos seamos indios?*, 2005).

De cualquier manera, la Constitución de 1991 podría considerarse, en esta línea de pensamiento, como un hito en la transformación de los presupuestos previos.

*“El giro multicultural y la reorientación hacia las políticas identitarias en Colombia, como en otros lugares, han revelado la importancia y el papel clave de agentes colectivos antes ignorados en la redefinición de lo público y la ampliación de la ciudadanía. Sin embargo, no se ha examinado casi su relación con las formaciones de clase, las desigualdades económicas y los asuntos de justicia social...”* (Chaves & Zambrano, 2009, pág. 221).

Si bien los académicos no se han puesto de acuerdo sobre la motivación y significación de este giro, como señalan las autoras, parece de cualquier forma emerger una consideración inquietante: se protegen ciertas mayorías históricamente marginadas, para desatender mayorías igualmente marginadas:

*“Todos parecen coincidir, sin embargo, en un punto poco resaltado: la distribución de tierras y derechos, es decir la operación de la justicia distributiva, ha sido dirigida a minorías. Esto resulta obvio en el caso indígena, que no rebasa el 4 por ciento de la población general; pero también se cumple en el caso de las colectividades negras, mucho mayores en proporción (entre el 10.6 por ciento y el 26 por ciento del total poblacional, según diferentes estimativos; véase, por ejemplo, DANE, 2005). El número de beneficiarios ha sido reducido, ya que solo aquellos reconocidos como ‘étnicos’ por el Estado, es decir las poblaciones rurales del Pacífico, han sido sujetos de derecho, mientras se han dejado de lado las mayorías negras que habitan en espacios urbanos. En contraste, desde el punto de vista de derechos reservados para las mayorías mestizas o no étnicas, el panorama resulta desolador. En las áreas rurales, por ejemplo, nunca se ha acordado una reforma agraria integral que corrigiese la inequitativa distribución de la propiedad de la tierra en Colombia. Más grave aún, los tímidos avances promovidos por el Instituto de la Reforma Agraria creado en 1961, han sido contrarrestados, al punto que en el presente ha hecho carrera el concepto de contrarreforma agraria, encabezada por grupos paramilitares, los cuales también han liderado los prominentes procesos de desplazamiento forzado. Aquí se unen los dos polos de las actuales transformaciones, el social y el cultural. Entre las poblaciones más afectadas se cuentan precisamente aquellas recientemente definidas como étnicas: las comunidades negras del Pacífico...”* (Chaves & Zambrano, 2009, pág. 222).

En un contexto como éste, no es de extrañar que los procesos de reindianización se hayan acrecentado con la Constitución de 1991. Hay una especie de cruce de fronteras a la inversa, desde el mestizaje hacia el renacer de lo indígena, que las autoras ilustran con dos casos aparentemente lejanos entre sí: el Putumayo rural y la urbe bogotana (teniendo como telón de fondo anteriores trabajos de Chaves para el caso de Putumayo y de Zam-

brano para el de Bogotá, especialmente en la localidad de Suba<sup>26</sup>). Lo que ha supuesto, a su vez, estrategias de control sobre la etnicidad más firmes no solo por parte de los agentes del Estado, sino incluso de quienes se erigen en protectores de la pureza étnica desde las organizaciones y movimientos sociales.

*“En ese sentido, además de revelar mucho sobre las relaciones de poder e interacción entre agentes estatales y étnicos y sobre el impacto del saber académico, los procesos de reindianización examinados abren nuevos caminos de análisis. Primero, ponen a prueba las nociones recibidas sobre el mestizaje. En la reindianización el cruce de las fronteras étnicas se hace en la dirección opuesta a la promovida por la nación mestiza: hacia el blanqueamiento. En su lugar, quienes se reindianizan hacen un desdoblamiento para privilegiar el componente indígena del mestizaje. El cruce inverso de las fronteras étnicas plantea también la pregunta sobre quiénes dentro del mayoritario sustrato mestizo colombiano buscan la reindianización. Más allá de las especificidades locales y regionales, la respuesta reposa en la clase social. La reindianización manifiesta un componente instrumental muy fuerte porque quienes la buscan persiguen legitimarse culturalmente con el fin de remediar profundas desigualdades sociales... (Chaves & Zambrano, 2009, págs. 240 - 241).*

Lo que no quiere decir, según las autoras, que todos los grupos subordinados estén hoy en día en la tarea de recuperar sus raíces étnicas. Por el contrario, hay quienes se oponen a ello, buscando fortalecer el componente de clase o de lo popular, así como también existen los “puros”, interesados en defender unas fronteras de ancestralidad u origen, que hoy ven amenazadas por el hecho de que cualquiera puede ser indio o negro.

Manteniendo similar línea de pensamiento, Zambrano ha planteado en otros escritos (El gobierno de la diferencia: volatilidad identitaria, escenarios urbanos y conflictos sociales en el giro multicultural colombiano, 2007) (Políticas del lugar: multiculturalismo, ciudadanía y etnicidad en Bogotá, 2011) una conexión mucho más explícita entre este giro multicultural colombiano y los procesos económicos neoliberales.

*“El emergente modelo multicultural en la región (América Latina) no se puede separar de los procesos de reestructuración de las relaciones entre países y clases sociales. En Colombia el viraje se ha materializado en la aparentemente generosa dotación de derechos, tierras y transferencias económicas para colectivos indígenas y afrocolombianos. Sin embargo, las lógicas que han propulsado a las políticas del reconocimiento resultan restrictivas en dos sentidos. Por una parte, el Estado ha confinado el número de beneficiarios, definiéndolos según criterios taxativos ligados a ciertas*

---

26 Cfr., por ejemplo, (Chaves, Desdibujamientos y ratificación de las fronteras étnico-raciales: mestizajes y reindianización en el piedemonte amazónico colombiano, 2007).

*formas de territorialidad (el resguardo, para indígenas y la Costa Pacífica para las poblaciones afro) y al cumplimiento de una rígida lista de requisitos. Por otra, no se ha contemplado una concomitante extensión de políticas de redistribución hacia otras capas subalternas, que en el país conforman las mayorías. Por el contrario, éstas se han visto engrosadas y empobrecidas desde la firma de la nueva Constitución multicultural en 1991. En tales condiciones, el pluralismo enfocado hacia las minorías étnicas, se convierte en un pluralismo restrictivo. En Colombia se agrava esta tendencia pues aún los derechos humanos, territoriales y culturales de los grupos étnicos reconocidos están bajo la constante amenaza del fuego cruzado, el desplazamiento forzado y la intervención de la empresa privada, lo cual rearticula en otro plano dos polos, el étnico y el social, separados en los nuevos rumbos de la nación” (Zambrano M., 2007, pág. 257).*

Finalmente, podríamos reseñar un conjunto de estudios que combinan el seguimiento a pronunciamientos de la Corte Constitucional (bien bajo la modalidad de líneas jurisprudenciales o el análisis específico de una o más sentencias) con el análisis de consistencia de los mismos frente a determinados marcos teóricos, en especial del multiculturalismo. Entre ellos podemos destacar la obra de Daniel Bonilla, en textos como La constitución multicultural (2006) (2000), de Iván González Puchetti, como en Justicia y diversidad cultural (2004), y de Camilo Borrero, como en Multiculturalismo y derechos indígenas (2004).

Bonilla parte de una reconstrucción del pensamiento de tres filósofos del multiculturalismo asentados en América del Norte, Charles Taylor, Will Kymlicka y James Tully, en especial la correspondiente a las tensiones entre valores políticos liberales y diferencia cultural, para culminar resaltando los límites que dichas teorías encuentran a la hora de reconocer la diversidad en culturas iliberales o no liberales:

*“Desde el punto de vista de estos tres autores, los derechos individuales y los valores democráticos deberían tener siempre prioridad sobre los valores morales y políticos de las comunidades no liberales. Análogamente, las comunidades híbridas deberían dar prioridad siempre a las facetas liberales de sus tradiciones... los grupos no liberales deben ser liberalizados, y las comunidades híbridas deben suprimir sus valores no liberales...” (Bonilla, 2006, pág. 35).*

Esta tensión se encuentra también, según el autor, en las sentencias de la Corte Constitucional, especialmente las que buscan resolver la tensión entre unidad y diversidad cultural en casos que afectan comunidades indígenas. Sin que existan posiciones definidas, y Bonilla nos ilustra sobre tres tipos de sentencias distintas adoptadas por la Corte (de las cuales solo una se separa de las consideraciones de los filósofos norteamericanos comentados, que dan prelación a la protección de los valores liberales), la justificación que se



esgrime para la protección de la diversidad propia sigue siendo inconsistente y, por ende, insatisfactoria. Ello le lleva a aseverar que:

*“Comparadas con las acciones emprendidas por las autoridades colombianas antes de 1991, la jurisprudencia de la Corte puede verse, en general, como un paso importante hacia el adecuado reconocimiento y acomodamiento de las minorías culturales. La Corte se ha tomado en serio los conflictos interculturales. Sus decisiones tienden a exaltar el carácter multicultural de Colombia y a ensalzar las contribuciones de las minorías a la construcción del país. Más aún, las herramientas conceptuales que utiliza la Corte para comprender los problemas que enfrenta son mucho más sofisticadas que aquellas que se utilizaban antes de la promulgación de la Carta Política. Incluso, en algunas de sus sentencias la Corte ha defendido de manera efectiva los derechos de los grupos culturales contra los intereses del Estado y contra los intereses de fuertes grupos económicos o sociales. Sin embargo, los pasos que ha dado la Corte se encuentran todavía muy lejos de los ideales constitucionales que prometen el reconocimiento y el acomodamiento de las minorías culturales. Existe todavía una gran brecha entre el ideal político del reconocimiento de la diversidad en la Constitución y las sentencias emitidas por la Corte para alcanzar este objetivo...”* (Bonilla, 2006, pág. 34).

Para lograr este objetivo, Bonilla nos propone cinco criterios normativos: El Estado debe ser imparcial (no neutral) frente a las culturas que coexisten en su interior, la autonomía jurídica y política de las comunidades indígenas debe ser maximizada, los límites a este autogobierno de las comunidades debe provenir de una moralidad mínima e intercultural (expresada en la prohibición de la tortura, el asesinato y la esclavitud), los miembros de las comunidades indígenas deben tener siempre la posibilidad de abandonar su comunidad y los criterios que gobiernan la coexistencia de las diferentes culturas debe realizarse a través de diálogos interculturales (Bonilla, 2006, págs. 271 - 283).

Iván González Puccetti se propone un debate sobre lo justo como presupuesto de la interculturalidad en el que, a su vez, se apoya en pronunciamientos de la Corte Constitucional. Tras revisar las posiciones de Rawls, Habermas y Taylor en torno a la posibilidad o imposibilidad de construcción de lo justo como un universal entre diversas concepciones de dignidad, igualdad y autonomía, llega a cuestionar la pretendida neutralidad del liberalismo. Lo que le lleva a ponderar otras aproximaciones, como la noción de anfibio cultural de Antanas Mockus y la idea del cosmopolitismo de Boaventura de Sousa Santos, *“con el propósito de realzar lo suficiente el anterior planteamiento de ilustración intercultural, hasta el punto de poderse afirmar que no existe una idea universal y abstracta de justicia que anteceda a la noción de derechos humanos, sino que estos mismos son expresión contingente y provisional de lo que se entiende por justo dentro de los límites de una concepción cosmopolita de lo bueno; con el propósito de invertir la relación que presupone lo justo como condición*

*para garantizar un pluralismo intercultural y plantear – por el contrario – la posibilidad de la interculturalidad como presupuesto para lo justo...*” (González Puccetti, 2004, pág. 21).

Con esta pretensión en mente, este autor analiza entonces el caso de la comunidad arhuaca y su conflicto con la Iglesia Pentecostal, tras expulsar al pastor evangélico Jairo Salcedo Benítez y clausurar el templo que pretendía abrir en Sabana de Crespo, fallado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-510 de 1998.

González reconoce que la Corte va más allá del concepto multicultural de Kymlicka, al avalar restricciones internas al derecho de libertad de culto individual, y en este sentido busca un acercamiento pragmático entre derechos culturales e individuales, visiones liberales y comunitarias. Pero critica el fallo por los presupuestos conceptuales que evidencia. En especial, el uso confuso del término nación para referirse al vínculo político que tienen los indígenas con el Estado, olvidando precisamente que la moderna identidad nacional buscaba sustituir las identidades étnicas y religiosas. De ahí la necesidad de transitar en la diferenciación entre pertenencia adscrita (comunidad) y asociación voluntaria (sociedad):

*“Superando la subordinación de la una a la otra y reconociendo el valor -no exento de riesgos- de la primera, es posible precisar qué clase de grupos pueden ser sujetos de reconocimiento con derechos especiales, en contraposición con la tesis clásica liberal que no admite una política distinta de aquella de la igualdad basada en las relaciones simétricas entre los miembros de una asociación voluntaria... De acuerdo a esta distinción, los miembros de la Iglesia pentecostal no pueden pretender ser tratados en las mismas condiciones que los miembros de la comunidad arhuaca...”* (González Puccetti, 2004, pág. 43).

El autor, entonces, reitera la necesidad de avanzar en una deliberación pública e intercultural entre la sociedad moderna, regida por el principio de autonomización (que diferencia, a nivel sistémico, entre creencias, sistema político, sistema económico y científico/técnico) y aquellas que integran todo lo anterior a través de cosmovisiones mítico/religiosas, como las comunidades indígenas. Esto llevaría a una noción de autonomía contextual, sin pretensiones universales.

En lo que atañe a mi obra previa (Borrero, 2004), cabría solamente reiterar que la presente investigación mantiene en líneas generales la misma pretensión de evaluar las reglas de la Corte Constitucional, con dos particularidades adicionales. En dicho texto, el foco estuvo puesto en las líneas jurisprudenciales adoptadas por la Corte en materia de protecciones externas y restricciones internas en torno a población indígena, lo que llevaba a un énfasis sobre la construcción de *ratio decidendi*. En esta oportunidad, la visión se amplía a las comunidades étnicas ya referidas, con una visión centrada más en los aportes dogmáticos que en las razones y reglas decisorias.

En una perspectiva muy cercana a los anteriores trabajos, habría que resaltar la obra del profesor de la Universidad de los Andes César Rodríguez, quien además ha adelantado una labor de visibilización y denuncia de situaciones de discriminación racial a partir del Observatorio de la Discriminación Racial, al cual referiremos más adelante. Rodríguez Garavito ha acuñado la curiosa acepción *etnicidad.gov* para llamar la atención sobre la compleja y poco pacífica interacción establecida entre el Estado y los movimientos étnicos, en especial los pueblos indígenas, en tiempos de globalización, teniendo como telón de fondo la consulta previa libre e informada CPLI, que puede ser calificada al mismo tiempo como estrategia neoliberal y como forma de resistencia:

*“El ascenso y la difusión global de la CPLI hacen parte de un proceso de juridización global de la diferencia que he denominado etnicidad.gov y que refleja el tipo de multiculturalismo y gobernanza dominantes en tiempos de globalización neoliberal... En el ámbito específico de los derechos indígenas, tras 20 años de existencia, la CPLI ha pasado a ser el mecanismo central mediante el cual los regímenes jurídicos de todo tipo – instrumentos de derechos humanos de la OIT y la ONU, códigos de conducta de bancos multilaterales y empresas transnacionales, constituciones nacionales, etc. – han buscado manejar las disputas por el territorio, los recursos naturales, la identidad y la autodeterminación indígenas. Recogiendo los postulados del paradigma de la gobernanza, la CPLI ha reemplazado al integracionismo como enfoque regulatorio dominante sobre los pueblos indígenas... Junto con el multiculturalismo y la gobernanza neoliberales, conviven concepciones contrahegemónicas del multiculturalismo y los derechos indígenas que disputan el dominio de aquellos. Basadas en el principio de autodeterminación y en la figura del consentimiento previo, libre e informado, estas concepciones han sido promovidas por el movimiento indígena transnacional y sus aliados... En vista de las abismales desigualdades de poder y recursos entre los actores involucrados, no sorprende que las reglas procesales de la consulta frecuentemente refuercen y legitimen las relaciones de dominación entre ellos. Pero las consultas también han sido espacios para resistirse a esas relaciones” (Rodríguez Garavito C. , *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, 2012, pág. 79).*

En ese mismo orden de ideas, dos textos del mismo autor, en colaboración con Natalia Orduz Salinas y otras investigadoras, asentarían las bases más instrumentales de dicha tesis: en el primero, los autores exploran los estándares internacionales en materia de consulta previa (Rodríguez Garavito, Morris, Orduz Salinas, & Buriticá, 2010). En el segundo, evalúan el reciente proceso de consulta previa para la llamada ruta étnica indígena en materia de reparación y restitución de tierras, y proponen una serie de lecciones aprendidas a considerar hacia el futuro (Rodríguez Garavito & Orduz Salinas, 2012).

Aun cuando no es el campo explícito de su análisis, la investigadora Joanne Rappaport, quien ha desarrollado una extensa bibliografía antropológica sobre los indígenas del Cauca, en particular, y del mundo andino, en mayor ámbito, en su texto sobre intelectuales indígenas y pluralismo étnico (2008) dedica un capítulo a la relación existente entre los primeros y la jurisdicción especial indígena, en especial la producida desde la Corte Constitucional.

Para Rappaport, esta intersección es clave por cuanto *“la lucha por la ley consuetudinaria es un escenario privilegiado para dar sentido a la política contemporánea indígena, porque esos son los contextos en los que podemos percibir con mayor claridad las tensiones inherentes a la intersección de los discursos de autonomía y cultura. Estos también son espacios en los que podemos observar las tensiones que surgen entre múltiples actores sociales, incluyendo a los intelectuales culturalistas, a los políticos indígenas comprometidos en lograr la autonomía, a los representantes de las organizaciones locales, zonales y regionales, y a los distintos funcionarios estatales que intervienen de diferentes maneras en las disputas locales. En otras palabras, la jurisdicción especial indígena constituye una ventana para examinar la heterogeneidad del movimiento y, en consecuencia, las complejas negociaciones a través de las cuales emerge la política indígena...”* (Rappaport, 2008, pág. 259).

Siguiendo esta perspectiva, la autora nos ilustra cómo el punto no es que la Constitución del 91 haya simplemente convalidado los usos y costumbres de la comunidad nasa, como ejemplo, sino que les permitió crear derecho. Derecho que en muchos casos, como el de la investigación de casos de asesinato, no le correspondía a la comunidad en el pasado reciente, y por ello no había previsiones sobre el curso de acción a seguir, sino que incluso en la actualidad muchos mayores consideran de competencia de la Fiscalía.

Toma como excusa el caso del indígena guambiano Francisco Gembuel, acusado de instigar al asesinato del entonces alcalde de Jambaló y condenado a recibir 60 fuetazos, ser exilado de su comunidad y prohibirle el ejercicio de cargos públicos. Como veremos más adelante, la Corte Constitucional estudia dicha sentencia y en su pronunciamiento final refuerza uno de los precedentes más autonomistas para la jurisdicción indígena. Más allá de sus consideraciones sobre la actividad de los magistrados, resalta su análisis sobre el papel jugado por los intelectuales indígenas que sustentaron la pertinencia cultural del fallo del cabildo:

*“El embrollo del caso Gembuel involucra una buena cantidad de diálogo intercultural e intralegal: entre un acusado guambiano y los jueces nasas, entre una comunidad local y una organización regional, entre un cabildo indígena y un juzgado colombiano, entre el sistema nativo legal y el código guerrillero de justicia. En este sentido, los asuntos involucrados en este caso son mucho más complejos que una simple ecuación de usos y costumbres nasas frente a la ley nacional. Lo que está en juego es la legiti-*

*dad de la autoridad nasa frente a los otros sistemas que la rodean. Ese es el problema central de los imaginarios indígenas legales contemporáneos: la construcción de una autoridad legítima en un mundo en el que están en pugna el Estado colombiano y los proyectos estatales de la guerrilla y los paramilitares, con el territorio indígena como campo de batalla. Las intenciones de los políticos nasa de forjar los usos y costumbres mediante el caso de Gembuel tuvieron que ir más allá de las categorías culturales discretas de la etnografía legal modernista. En vez de quedarse allí... Esto tuvo que lograrse mediante un discurso que privilegia la autonomía cultural, en un mundo en que la autonomía es muy elusiva. Los políticos indígenas fueron forzados a utilizar una lógica binaria que contrasta los sistemas legales indígenas con la ley colombiana en una situación en la que no es claro cuál de los múltiples sistemas legales que afectan a las comunidades indígenas es el hegemónico. El cabildo de Jambaló no estaba en la tarea de codificar una lógica legal distinta que separara el mundo nasa de la sociedad dominante, sino que procuró hacer surgir esa lógica de un intenso y violento conflicto intercultural...*" (Rappaport, 2008, págs. 285 - 286).

Finalmente, pero no menos importante, habría que considerar las voces que emergen desde las mismas comunidades indígenas y sus voceros. Aun cuando un trabajo como éste está en la imposibilidad de dar cuenta sistemática de dicha producción, que de por sí implicaría un proceso investigativo autónomo dada la dispersión de las fuentes y la polivalencia de estas voces, cabe relacionar algunos atisbos que nos permiten revelar la emergencia de esta perspectiva.

Así, cabría señalar por ejemplo el texto "*Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*", producto de una iniciativa de los ministerios del Interior y de Justicia de la época (1997) y de diversas autoridades indígenas, en especial el Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC. El libro recoge las ponencias de un seminario que combinó, con éxito ponderado por los asistentes, cuatro poblaciones distintas: representantes de comunidades indígenas, funcionarios del Estado, académicos de la jurisdicción especial indígena y académicos de otras disciplinas interrogados sobre esta última.

Entre las palabras de representantes de comunidades y organizaciones indígenas, que fueron bastantes, quisiera ejemplificar con algunas de ellas estas otras posibles vertientes de explicación.

Así, Jesús Enrique Piñacué, para la época presidente del CRIC, afirmaba:

*"La autonomía la entendemos como la posibilidad real de preservar nuestra identidad étnica y cultural dentro de un ámbito territorial en el cual se conserva la memoria colectiva, por existir los lazos tendidos entre el nasa y la naturaleza..."*

*Nuestra concepción de la justicia no corresponde término a término a la concepción occidental, aunque hayamos asumido algunos elementos de ésta. Nuestra lógica de la justicia se diferencia en muchos aspectos y no puede ser reducida a patrones universales del mundo occidental. Pero estas diferencias no deben suscitar conflictos malsanos entre nuestras autoridades y las entidades del orden judicial del Estado, porque precisamente el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural significa, en sus reales proporciones, el respeto a esas diferencias específicas...*

*El derecho escrito funda su existencia en una negación, la inexistencia de la lengua del otro, abolida en razón del uso obligatorio, por razones del principio de igualdad, de la lengua de la ley. La asimilación arbitraria de las lenguas como expresiones culturales por excelencia, opera como un puro reduccionismo sociocéntrico. La ley impone su gramática. El derecho escrito parte de un supuesto erróneo: el uso de la lengua común. El derecho escrito opera con un mecanismo oculto: el a priori de la tipificación de las prácticas culturales como condición necesaria de la igualdad jurídica... La teoría de derechos humanos del Estado se basa en la existencia de un sujeto universal, pero frente al concepto de cultura este concepto tiene que ser abordado desde la perspectiva de la diversidad cultural, perdiendo vigencia la afirmación universal, dado que es la cultura la que determina la existencia del sujeto, y no los postulados estatales...” (Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, 1997, págs. 47 - 49).*

Leonor Zalabata, reconocida líder del pueblo Arhuaco, planteaba el problema en los siguientes términos:

*“Ahora, considerar que la Constitución que se hizo en Bogotá o las normas que hacen en una asamblea departamental, en un consejo municipal o en un convenio internacional sean nuestras leyes, no son nuestras leyes. Son unos parámetros necesarios para la relación como sociedad. Son unos parámetros necesarios para la convivencia, para que haya un respeto mutuo entre nosotros, pero no son nuestras leyes. Las leyes están hechas de los principios que nos dan el conocimiento, la tierra, la naturaleza, ese sabor de espíritu igual al de los otros, una vida material distinta. Y si la Corte Constitucional, si el Consejo de Estado, si una Asamblea Constituyente, si la reunión de todos los países y parte del mundo no conocen estos principios y no los manejan, por muy buena voluntad, por mucho que nos quieran ayudar, nos están atropellando...” (Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, 1997, págs. 68 - 69).*

A su vez, Álvaro Morales Tunubalá, líder guambiano, se expresaba en ese seminario de la siguiente manera:

*“Con respecto a la justicia indígena, queremos dejar en claro que es importante, porque es el mecanismo de equilibrio y de la vida de cualquier sociedad y de cualquier parte del mundo. En la medida en que los pueblos trascendemos, crecemos, se van constituyendo los mecanismos de control social, se van mirando el bien y el mal para cada uno de los pueblos. Van surgiendo así los distintos mecanismos de control, de vida y de desarrollo de esos pueblos. Lo que pasa es que dichos mecanismos no se han logrado entender y es el momento en que en esta encrucijada, la sociedad nacional, la sociedad mayoritaria, tal vez trata de escuchar a los pueblos indígenas... De la justicia de los pueblos indígenas depende la vida de nuestros pueblos, de ahí depende el desarrollo de nuestros pueblos... Hacemos un llamado a la sociedad mayoritaria antes que formarse ideas imaginarias de nosotros y de nuestra justicia, pues hablen con nosotros, porque nosotros hemos aprendido tal vez a respetar y también entre los pueblos tenemos que aprendernos a respetar...” (Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, 1997, págs. 76 - 77).*

Y, para cerrar este corto caleidoscopio de visiones y voces provenientes del mundo indígena, las palabras de Abadio Green, del pueblo Tule y para la época presidente de la Organización Indígena de Colombia ONIC, quien apuntaba:

*“Nuestras leyes de Origen, nuestro Derecho Mayor, asumen la responsabilidad con todos los pueblos del mundo. Es un derecho de nosotros, para nosotros... y para todos. No son unas leyes subterráneas, sino el centro de la tierra, lo que es muy diferente; no son leyes para la cocina... sino que nacen del fogón, que también es muy diferente; no son leyes chiquitas... sino que atienden a los animales, y a las yerbas indefensas, y eso es diferente. Son leyes para la vida y para después de la vida, porque también hay deberes y derechos de los muertos y con los muertos... Sabiduría elemental de la gente de antigua que tenemos que recordar los pueblos indígenas si queremos vivir en paz... o vivir, sencillamente. Eso lo entienden muchos no indígenas. Pero muchos otros, sobre todo los que están en el Estado, no lo entienden... o lo entienden a medias, que a veces resulta ser peor...”*

*Estamos hablando de que paralelo al régimen jurídico estatal, existen la ley y los derechos de los pueblos indígenas. No como un caso de la ley blanca, o como una modalidad que de todos modos comparte los principios de aquella. Estamos hablando de otra ley... y, más exactamente, de otras leyes. Reconocidas o no, aceptadas o no, estudiadas o ignoradas, señaladas con el dedo o alabadas, las leyes de los pueblos indígenas ahí están, siguen siendo el camino para que el equilibrio del mundo no se trastoque del todo. Siguen siendo nuestro derecho primero y nuestro primer deber. Ese es el punto de partida para toda reflexión” (Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, 1997, págs. 149 - 150).*

Recogiendo, entonces, los diversos aportes, podríamos extraer algunos rasgos que nos permitan caracterizar genéricamente este conjunto de enfoques. En principio, debe señalarse la existencia del campo mismo de investigación o análisis, que aun cuando hace parte del conjunto de estudios sobre el mundo indígena, logra establecer una especie de identidad propia.

A partir de allí, puede observarse una especie de péndulo entre análisis preocupados en cómo el diseño constitucional logra dar cuenta de la diversidad y particularidad de los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas. La mayoría de éstos, como vimos, suelen ser críticos de estas pretensiones e insisten, de cualquier manera, en abordar la confluencia desde una perspectiva intercultural, en la cual se respete ante todo la autonomía o trayectoria de dichos pueblos. En el otro extremo estarían aquellos estudios que se centran más en la consistencia de los dispositivos constitucionales vistos en sí mismos, y en su relación de armonía o integralidad con otros principios de índole constitucional, y en ese sentido están más cercanos a preocupaciones teóricas como las del multiculturalismo. De cualquier manera, pienso que la idea misma de péndulo señalaría un ir y venir entre ambos polos, sin que se vean como dos grupos antagónicos o separados. Es más bien un asunto de matices o énfasis.

### **Estudios sobre población afrodescendiente**

La bibliografía concerniente a la población afrocolombiana y el desarrollo de sus derechos es muchísimo más reducida, y menos rica en matices y aproximaciones teóricas en lo que atañe al capítulo de derechos. Por ello, a diferencia del apartado anterior, haremos referencia de manera un tanto más amplia a un conjunto de estudios que, si bien no tratan específicamente el tema jurídico, sí darían pie para entender la manera como se está pensando analíticamente la configuración de poblaciones afrodescendientes o comunidades negras.

Por su impacto y valor testimonial, aun cuando sin que el tema de los derechos en sentido estricto constituya el eje de sus reflexiones, la primera referencia general al tema de negritudes lo constituye la obra de Manuel Zapata Olivella. En parte de ella, por las referencias directas a su historia personal y familiar, así como al impacto de la experiencia vivida por el contacto con los otros (*He visto la noche*, 1969) (*¡Levántate Mulato!*, 1990). También, por la lectura apasionada de clásicos de la lucha anticolonialista como Aimé Césaire, Leon-Gontran Damas, Leopold Sedar Senghor, a quienes reconoce como padres de la negritud, o Franz Fanon, a cuyas ideas, a veces radicales, apela (Zapata Olivella M., 2010, pág. 293). Pero su idea no era la de una descolonización surtida a través de la violencia y una presencia afroétnica independiente. Más bien, le apuntaba al mestizaje enriquecido:



*“La toma de conciencia de la identidad étnica y cultural en los países latinoamericanos se irá acrecentando en el sentido de que cada vez más habrá un ideal basado en los aportes multirraciales de la nacionalidad, aunque algunos grupos o personas preserven el orgullo de sus orígenes raciales...”* (Zapata Olivella M. , 2010, pág. 407).

Posteriormente, cabría destacar varios de los trabajos de corte antropológico orientados a visibilizar la existencia y trayectoria de comunidades ancestrales afrocolombianas, aun cuando por lo general éstos solo han tocado de manera tangencial lo concerniente a sus derechos, como en el caso de Arturo Escobar<sup>27</sup> o Jaime Arocha<sup>28</sup>. A lo que podría colaborar el hecho de que hasta el momento no se ha avalado oficialmente derecho propio por parte de los pueblos o comunidades negras, con lo que no ha existido en la práctica una presión por el reconocimiento de estatutos precisos de control social o de determinadas instituciones jurídicas antiguas, que hayan *viajado* a través del tiempo hasta nuestros días.

Durante las décadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado, Arocha y Nina S de Friedemann conformaron una dupla que proyectó un trabajo político/antropológico de visibilización de la situación de los pueblos negros. En *Obligados de Ananse*, publicado en 1999, Arocha sintetiza dicho trabajo, tras mencionar cómo él y Friedemann compartían ese impacto por la capacidad de los analistas sociales para invisibilizar<sup>29</sup> sus aportes y restringir el tema de etnodesarrollo a los amerindios. En ese intento por demostrar que los descendientes africanos formaban mucho más que una etnia, y que estaban presentes en proyectos de etnodesarrollo, proponen un concepto que resultará clave para la comprensión de esta realidad: el de huellas de africanía.

*“Hemos esgrimido este concepto en contra de aquel que persiste en ver las culturas afroamericanas como resultado de la herencia de patrones que permanecen más o menos incólumes a lo largo del tiempo... La pureza de las africanidades contemporáneas sería inversamente proporcional a la intensidad del encuentro y podría medirse de acuerdo con escalas de relativa autenticidad. Esos cálculos se construían comparando las expresiones culturales del África occidental con las de este continente... Tales “principios gramaticales”, esas huellas de africanía, sí habrían sobrevivido al encuentro con la cultura europea de los colonizadores blancos, constituyéndose en la materia prima para un proceso evolutivo que ocurriría con una celeridad inigua-*

27 Ver, por ejemplo, Escobar, Arturo, *El final del salvaje: Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*, especialmente los capítulos 7 y 9 (1999), o Escobar, Arturo y Pedrosa, Álvaro (Comp.), *Pacífico: ¿Desarrollo o Diversidad?* (1996).

28 Ver, por ejemplo, (Arocha Rodríguez, 2004).

29 “La invisibilidad – una forma soterrada y perversa de discriminación socio-racial- continúa impidiendo la inclusión de los afrocolombianos y agravando asimetrías étnicas que erosionan la convivencia dialogal. Esta forma de resolver conflictos sin silenciar al adversario que ha caracterizado las relaciones de la gente negra e india que, por lo menos durante los últimos ciento cincuenta años, comparte franjas apreciables del departamento del Chocó, tales como el valle del río Baudó” (Arocha, 1998, pág. 342).

*lada... Así, con una eficiencia quizás no alcanzada por el resto de la humanidad, los africanos en América reinventaron tecnologías, economías y formas de organización social; reencarnaron a las deidades africanas en imágenes de yeso o en tallas barrocas de madera, y crearon nuevos lenguajes en su habla, su música y su gestualidad...*" (Arocha, 1999, págs. 59 - 61).

De alguna manera, esta posición es, a su vez, el resultado de trabajos previos de los mismos autores, en donde anticiparon rasgos de este concepto de *africanía*. Así, por ejemplo, en su estudio sobre el Palenque de San Basilio Friedemann ilustra cómo el proceso de la trata negrera pasó por dos etapas cuyas fronteras se entrecruzan. La primera suponía una estrategia de desintegración de las culturas de origen, para que los miembros de tribus esclavizadas perdieran el contacto con sus raíces, aun cuando manteniendo los odios intertribales que, de todas maneras, estaban a la base de la posibilidad misma de esclavitud. Con ello, se logran dos objetivos: se asienta la sumisión y se hace ver la trata misma como una gesta "civilizatoria", en donde el blanco interviene solo para llevar al negro a un estadio superior que no le permite su cultura.

Esta estrategia, sin embargo, parece que no logra sostenerse mucho en el tiempo, y entonces se acude a una nueva, que consiste precisamente en aproximar a los esclavos de procedencias similares con el fin de recrear sus formas culturales, lejos de su tierra de origen, de manera tal que disminuyan sus ansias de rebelión y escape, al tiempo que se podían espolear hostilidades tribales en un nuevo escenario territorial. Así, se da origen a la idea de "cabildo negro", que estaría a la base de muchas de las formas palenqueras que lograron sobrevivir hasta el presente.

*"En Colombia, al igual que en muchos lugares de América, los negros llamados bozales, es decir, recién llegados con la trata, se reunían en cabildos conforme a su origen. El gobierno español mismo, desde los primeros días de la Colonia, siguiendo una costumbre vigente en Sevilla, autorizó la creación de lo que vino a constituirse en una institución muy importante para los negros, la cual todavía no ha sido estudiada en Colombia con la profundidad que ella requiere: el cabildo negro. Uno de sus objetivos era el de que los propios negros proveyeran asistencia y ayuda a los esclavos de una misma procedencia, recién llegados. Su instauración posiblemente reside en la búsqueda de una solución al problema de la confluencia de muchos individuos procedentes de una misma región o grupo tribal, lo cual invalidaba el recurso de atomización individual como táctica de dominio. En otras palabras, cuando la estrategia de inducir la heterogeneidad cultural entre los africanos en América desbordó los límites de las posibilidades, el fenómeno del encuentro entre individuos que podían identificarse culturalmente creció, y los cabildos, cada uno aglutinando gentes de una etnia específica, ofrecieron al régimen otra alternativa. La solidaridad de los*

*negros a nivel grupal podía entonces socavarse espoleando viejas hostilidades tribales de reminiscencia africana o creando nuevas en un escenario de competencia festiva... Obviamente, el cabildo negro, dondequiera que existió sirvió para difundir creencias, música, instrumentos musicales, costumbres y ritos de grupos originarios de aquellos recién llegados. Además fue útil para que el bozal empezara a familiarizarse con situaciones como el habla de los amos y también la de sus compañeros esclavos...”* (Sánchez de Friedemann, 1983, págs. 64 - 65).

Ello no obstante, como recalca la misma autora siguiendo la opinión de Roger Bastide, esta estructura de cabildos negros fue fundamentalmente urbana, pues *“su incidencia en el campo solo era posible cuando existiera un número crecido de negros que permitiera cierta homogeneidad tribal, lo cual, según él mismo, era raro...”* (Sánchez de Friedemann, 1983, pág. 69). Además, la predominancia tribal podía variar en los palenques, siendo algunos de ellos de influencia arará, o lumbalú, o carabalí. Lo importante es que en ellos no se recreaba simplemente la cultura africana, sino que se abrieron nuevos rumbos marcados por la separación con el hábitat originario, las condiciones nuevas de trabajo en plantaciones, haciendas o minería, el contacto con las otras poblaciones que habitaban el continente americano y el hecho mismo de la esclavitud. *“Consecuentemente, argüir la existencia de sociedades africanas en América, según algunos estudiosos definieron a los palenques por el hecho de exhibir hábitos como el rapto para el matrimonio – que es tradición de algunas tribus africanas – se halla tan fuera de sitio como sostener que la permanencia de vocablos Ki-Kongo en el lenguaje criollo de Palenque, lo convierte en un idioma africano. Y explicar la existencia de grupos de edad en la sociedad palenquera de San Basilio, como una continuidad africana, por el hecho de que las hay profusamente en África, desechando el análisis de las condiciones del momento histórico o la reacción frente a la opresión es, cuando menos, una negación de la creatividad del hombre como tal”* (Sánchez de Friedemann, 1983, pág. 78).

A su vez, Arocha previene contra una lectura generalizante de la multiculturalidad, que pasa desde lo indígena a lo afro sin tener en cuenta las particularidades de cada población, ni sus rutas de creación como colectivos humanos, mucho menos alguna experticia cierta en estudios africanos o afroamericanos. Máxime cuando, en muchos casos, esta trasposición de *expertos* que hacen el tránsito de una a otra vereda, insisten en estereotipos como los de que las comunidades afrocolombianas son producto de la ocupación de baldíos o el despojo de tierras a pueblos indígenas, desconociendo el hecho de que en muchos lugares del país los asentamientos de negros libres y cimarrones datan de cientos de años previos a la creación de la República.

Así, opone la eurogénesis a la afrogénesis: *“Dentro de este marco de ocultamiento de los logros histórico-culturales afroamericanos, es consecuente que la versión colombiana de la eurogénesis desconozca el puente histórico que une a África con América. Además, que considere*

*que el hito fundamental para que se inicie la creación cultural que hace la gente negra sea la abolición de la esclavitud por parte de José Hilario López, en 1851. Paralelamente, presenta a las mismas personas como carentes de etnicidad y portadoras de una cultura homogénea, mestiza y nacional, con variaciones rurales o urbanas, campesinas o ciudadinas. La combinación de estas percepciones lleva a formular propuestas integracionistas y a justificar los derechos de las “comunidades negras”, más no pueblos afrocolombianos, como compensación por la pobreza o la marginalidad, pero muy poco por la ancestralidad de los legados de las historias africanas y de la esclavitud que pueda ostentar. Por el contrario, la afrogénesis, búsqueda de libertad y producción cultural no solo son inseparables sino que tienen orígenes muy tempranos... la afrogénesis nace de una visión histórica-política globalizante de las relaciones humanas, construida mediante teorías de la etnicidad que superan la ecuación etnia-indio y el estudio de la historia y la cultura de los pueblos de África occidental, central y centro-occidental, así como de afro-América...” (Arocha, 1996, págs. 318 - 319).*

En ese mismo ambiente de darle mayor visibilidad y peso académico a los estudios sobre población negra, puede resaltarse el seminario que en el año de 1986 organizan el Icanh y Colcultura con el objetivo de reunir a investigadores que se consideraban pioneros en este ámbito. Del texto publicado resalto la ponencia de Jaime Jaramillo Uribe (1986), en cuanto se propone una recopilación de estudios afroamericanos y afrocolombianos, con alguna clave o énfasis en cultura e historia, y la presentación activa del Centro de Estudios Frantz Fanon, por lo que suponía de lucha anticolonial (1986).

También desde la antropología, destacan los estudios de Arturo Escobar, en donde el proceso organizativo de comunidades negras encuentra un lugar destacado en sus apreciaciones sobre la relación entre desarrollo, colonialidad y movimientos sociales. Comentando el proceso constituyente y la construcción colectiva de la Ley 70, Escobar anota cómo en el litoral Pacífico se viene gestando un posicionamiento identitario colectivo que establece una específica relación entre cultura y territorio. No es un movimiento nuevo, pues se tiene referencia de él desde que diferentes sectores de expresiones organizativas negras trataron de hacerse presentes en la Asamblea Constituyente de 1990, llegando incluso a celebrar un Encuentro Preconstituyente en Cali, de donde surgió la Coordinadora Nacional de Comunidades Negras. A pesar de la diversidad, la dispersión y las lógicas encontradas, y tras el fracaso para hacerse representar directamente en la Asamblea, parte de dicho movimiento participó activamente en la propuesta de ley que a la postre sustentaría la Ley 70.

Escobar está interesado en rescatar de este movimiento su lucha por la diversidad, más allá de las preocupaciones válidas frente a la discriminación, la marginalidad y el desarrollo del derecho a la igualdad:

*“La visión del actual proceso étnico-cultural se concibe en términos de rescatar y ejercer el derecho a la diferencia cultural como medio para avanzar en la eliminación de las desigualdades socioeconómicas y políticas; dicho ejercicio de la diferencia se hace a partir de las aspiraciones de las comunidades negras, e implica una redefinición de las relaciones entre éstas y el conjunto de la sociedad colombiana. Esta visión étnico-cultural quedó firmemente establecida como una tendencia importante del movimiento negro a partir de la Asamblea Nacional Constituyente. Para los activistas que comparten esta visión, la resistencia histórica de las comunidades negras del Pacífico y de otras áreas del país sugiere la existencia de un cierto distanciamiento intencional por parte de dichas comunidades con respecto al resto del país, como requisito para re-construir formas culturales y de organización social propias. Esta situación explicaría la persistencia de sus elementos culturales distintivos en algunas regiones del país como el Pacífico. Algunos de estos elementos, como el manejo del tiempo, el marcado sentido de no acumulación y el papel de las extensas redes familiares, entre otros, son rescatados por los activistas y miembros de organizaciones y comunidades como aspectos básicos de la organización social y política. Históricamente, las comunidades nunca pretendieron integrarse plenamente a la vida del país, así áreas de asentamientos como el Pacífico hayan estado articuladas a la economía nacional y mundial desde la colonia como proveedores de materia prima. En resumen, si las tendencias integracionistas buscan la plena incorporación de las comunidades negras a la vida nacional, las étnico culturales problematizan la relación entre dos expresiones culturales – la nacional y la minoritaria – que constituyen proyectos de sociedad diferenciados... Para el proceso organizativo étnico-cultural, el movimiento debe ser construido con base en demandas amplias por territorio, identidad, autonomía y derecho al desarrollo propio. Igualmente, estas organizaciones interpretan lo negro como expresión de un punto de vista político y de una realidad cultural que trasciende el problema de la piel; se diferencian así de concepciones puramente raciales de la identidad...”* (Escobar, 1999, págs. 186 - 188).

Ahora bien, para Escobar este posicionamiento teórico, que realza tanto como acoge, está inscrito en una nueva forma de concebir la antropología que vaya más allá de lo aparentemente *exótico* o *tradicional*:

*“Más que una crítica a planificadores, capitalistas y biólogos, con esta observación queremos resaltar dos cosas: primero, que desde la antropología todos somos ‘exóticos’, todos los grupos son el resultado de procesos históricos identificables, y las culturas de los grupos auto-denominados modernos son tan parroquiales como las de aquellos que consideramos ‘atrasados’. Segundo, que el hecho de que no lo veamos así es el resultado del etnocentrismo: hemos heredado la creencia de que hay una cultura ‘colombiana’ dada, con relación a la cual indígenas, afrocolombia nos y campesinos*

*se juzgan deficientes, pero ésta es solo una norma creada por los grupos socialmente dominantes. Es hora de pensar el esquema de lo que tan a la carrera llamamos “Colombia”*” (Escobar & Pedrosa, 1996, págs. 22 - 23).

Así, el movimiento social afrocolombiano del Pacífico, a manera de ejemplo, puede estar insertado en otra forma de modernidad cuando reclama por su territorio y su cultura en medio de la globalización:

*“Los movimientos sociales de los bosques tropicales, tales como el movimiento negro del Pacífico colombiano, construyen su lucha a partir de cuatro principios o derechos fundamentales: territorio, identidad cultural, autonomía y visión propia del desarrollo. Pueden de esta forma ser definidos como movimientos de apego a un territorio, concebido como un espacio multidimensional del ser. Muchos de los activistas de estos movimientos han logrado insertarse en espacios que hasta hace poco les eran vedados: su acción no es solo local, sino nacional y global. Estos activistas han sabido aprovechar las oportunidades que les abre la coyuntura de la globalización del ambiente y la preocupación mundial por la conservación. Podemos decir que estos activistas han aprendido a mantener en tensión varios tipos de naturaleza - varios tipos de paisaje biofísico y cultural - , a través de su práctica política, desde la naturaleza orgánica que les es más querida hasta la tecnonaturaleza con la cual vislumbran algún tipo de alianza. Se entregan cautelosamente así a una estrategia de naturaleza híbrida desde su perspectiva. En esto radica su originalidad, la cual representa al mismo tiempo la defensa y afirmación de la cultura y una apertura crítica a ciertas posibilidades de modernidad. Persiguen, de esta forma, una modernidad alternativa...”* (Escobar, *El final del salvaje: Antropología y nuevas tecnologías*, 1999, pág. 347).

Esta es la perspectiva que, de alguna manera, predomina en el texto colectivo que sobre el Pacífico pretende dilucidar la respuesta a desarrollo o diversidad, del cual la anterior cita es parte de la introducción. Continuando con la misma idea, Escobar y Pedrosa resumen su derrotero intelectual deslindándose de los desarrollistas y de la modernidad alternativa, que finalmente generan explotación y sufrimiento<sup>30</sup>:

---

30 La educadora Mary Lucía Hurtado define así este reto por la diversidad, en el mismo texto colectivo: *“La construcción de las comunidades negras como sujetos sociales y políticos capaces de constituirse en alternativa de poder local o nacional, a través de un proceso autónomo y endógeno (autoconocimiento, autocrítica, autogestión, etc.) es uno de los retos más difíciles de abordar desde el proceso organizativo. Este deberá partir del reconocimiento de la diversidad del ser afrocolombiano, de la complejidad de sus múltiples realidades; no obstante, deberá pensarse como un proyecto de unidad articulado básicamente en torno a la construcción de una propuesta de vida como comunidades negras, la cual puede concebirse como un gran marco de consenso entre expresiones o propuestas que respondan a las diversas realidades y posiciones políticas de los grupos o sectores afrocolombianos...”* (Hurtado M, 1996, pág. 343).

*“Nuestro propósito es sugerir una cartografía conceptual para el ejercicio de la reflexión sobre el Pacífico; es decir, señalar las (re)significaciones e in(ter)veniones acerca de los diversos aspectos de la compleja vida del Litoral que los distintos actores laboriosamente se ocupan en montar... La problemática del Pacífico es parte de una lucha mundial por la diferencia, importante para la construcción de mundos en los cuales las relaciones entre grupos humanos, y entre éstos y la naturaleza, no contribuyó a la colonización de paisajes y vidas. Se trata de inventar otras racionalidades, de liberar el espacio de la representación y la práctica sociales, para que los actores de esta región de “magia y leyenda” -pero también de gentes con sueños y aspiraciones muy reales y concretas- tengan una mayor autonomía sobre su propio futuro...” (Escobar & Pedrosa, 1996, págs. 23 - 24).*

En sus estudios sobre las dinámicas de la identidad racial en Colombia, Peter Wade ha ilustrado una especie de registros paralelos que se intercalan en nuestra realidad, más allá de dispositivos legales como los de la Constitución de 1991 o la Ley 70. Sobre la idea de una sociedad étnicamente plural, de la cual nos hablaría el imaginario jurídico, se encuentra un evidente orden social mestizo, que busca borrar progresivamente a los negros e indígenas de su panorama. Esto constituye una especie de “orden natural” de la sociedad colombiana, que no ha olvidado los procesos jerárquicamente productores de mestizaje y blanqueamiento, desde una triada en donde la población blanca ocupa la parte alta y condiciona los procesos de movilidad, generalmente de carácter individual y subordinados a formas de aculturación urbana, de negros e indígenas. Pero, al mismo tiempo, regionalmente perviven, se adaptan, viven y resisten poblaciones que, para el caso, no dudan en presentarse como *negras*. Es el caso del Pacífico, pero también de zonas del Cauca, de la región Caribe o incluso de ciudades como Medellín y Cali. De hecho, ellas también hacen parte de Colombia, independientemente de que sus formas de vida sean distorsionadas o desvalorizadas por los no negros.

Para este antropólogo norteamericano, esta contraposición es precisamente lo que hace valioso un análisis crítico, pues resalta las contradicciones entre la visión oficial de la democracia racial colombiana y los patrones de relaciones sociales ya establecidos que subyacen a esta imagen, y que hacen difícil, si no imposible, cumplir con un ideario como el expresado en la Constitución. Los estudios de caso realizados por él en la Costa Atlántica, Chocó, Unguía, y Medellín así parecen demostrarlo (Wade, 1997).

Por supuesto, estas tensiones no son propias de Colombia, y atraviesan distintos contextos históricos y geográficos de América Latina, en donde los conceptos de raza y etnicidad también están en disputa y abarcan tanto la creación de retórica nacionalista como fijan las identidades colectivas. Pero dada la extensión de la población negra colombiana, y su particular dinámica de inclusión/exclusión, Wade sigue apostando a una mayor com-

prensión de nuestra realidad como insumo para entender la realidad latinoamericana, que mantiene grandes diferencias con lo acontecido en los Estados Unidos:

*“For Colombia, while it is true that in certain planning and academic circles, Pacific coasts blacks might be contrasted to la sociedad nacional (national society) – with all the overtones of internal colonialism that it invokes – it seems to me that the specificity of the position of the blacks in Colombia, and I think elsewhere in Latin America, lies in the fact that they can be classed as both nationals and non-nationals... black identity has never been as institutionalised as indian identity and blacks have been seen much more as (second class) citizens, typically studied in relation to non-blacks in a ‘class society’ and often assumed not to have a “black culture”. In this sense, they have been seen -and, in Colombia, emphatically consider themselves- as nationals. On the other hand, they are also subject to exclusion when whites and mestizos define them as beyond the bound of legitimate nationality, as non-nationals, as distant from the core values of being (light-coloured) mestizo or white, urban (e), civilized and educated. The sliding between being included by non-blacks (‘we are the brothers, we are the mestizos’) and being excluded by them (‘blacks are the animals’: ‘a monkey dressed in silk is still a monkey’) define for blacks in the nation a particular space where they both appear and disappear...” (Wade, 1997, págs. 85 - 86).*

Es en esta dinámica, según Wade, que pueden distinguirse tres momentos históricos en la formación de la identidad negra o afrocolombiana, los que no pueden ser vistos como etapas acabadas, sino tendencias que coexisten en un panorama complejo y a veces contradictorio: la colonia, el cimarronismo como resistencia y una nueva construcción de la identidad negra, hoy en curso.

*“El primer ‘momento’ incluye la época colonial y gran parte de la republicana: bajo estos regímenes, la identidad negra tuvo una muy tenue existencia oficial –a diferencia de la esclava-, y era difícil plantearla como concepto, debido a la ideología de la democracia racial y al ‘blanqueamiento’, que amenazaban con fragmentar la solidaridad de la gente negra. El segundo momento considera el surgimiento reciente de movimientos que reivindican la cultura y la identidad negra, y se tipifica de alguna manera en la ideología del cimarronismo, que maneja la figura del cimarrón como símbolo de resistencia. El tercer momento es aún más reciente, y empieza con el proceso de la reforma constitucional que llevó al establecimiento de un diálogo entre los movimientos negros –existentes y nuevos– y el estado; esto dio como resultado una tercera representación de la identidad negra, que se acerca en algunos aspectos importantes al modelo de la identidad indígena, creada también a través de un diálogo entre el estado y los grupos indígenas, pero con una trayectoria mucho más larga...” (Wade, 1996, págs. 283 - 284).*



Aun cuando no ha sido tema integral de sus reflexiones, es interesante resaltar la lúcida percepción de Wade sobre los previsibles desarrollos de la Ley 70 en Colombia, comentarios realizados en el epílogo de la traducción de su obra liminar al español, que apuntan a señalar cómo, además de las visibles limitaciones de la ley (excluye a las comunidades negras del control sobre subsuelo y recursos naturales estratégicos, tiene su foco primario en el Pacífico y se modela conforme al modelo social indígena, con lo que se proyecta una imagen de ellas de carácter ancestral y sustentada en prácticas tradicionales), con ella emerge una *comunidad imaginada* que transforma su identidad y las relaciones políticas frente al estado.

*“De lo que estamos siendo testigos, entonces, es del surgimiento de una identidad étnica más sólida de la que previamente existía. Anteriormente, si podía decirse que existía una identidad negra, era basada en unas ideas muy generales de una historia compartida, una noción compartida de ser ‘negro’ (en sí misma una posición ambigua) y el sufrimiento compartido de la discriminación (sobre lo cual ni siquiera estaban de acuerdo todos los ‘negros’) Ahora, hay un elemento preciso reclamando que los grupos son un grupo étnico y así se presenta en espacios privilegiados con el estado... De esta forma, está surgiendo una ‘comunidad imaginada’ de negros, no precisamente de manera espontánea sino en relación compleja y dialéctica entre el estado (por medio de varias entidades específicas), la Iglesia, las comunidades negras y las organizaciones negras que pretenden representarlas...” (Wade, 1997, págs. 414 - 415).*

Finalmente, entre los textos de investigadores que desde la antropología han construido una especie de antesala a los actuales procesos de indagación o afirmación de los derechos de comunidades afrodescendientes, cabría resaltar los aportes de Eduardo Restrepo, quien en sus trabajos ha abordado temas como los de identidades, mestizaje y subordinación.

Veamos, por ejemplo, el lugar que ocupan los descendientes de negros en la estructuración piramidal que, establecida desde la Colonia, mantiene viva lo que el autor denomina “la alquimia del semen”:

*“Si aceptamos entrar en la ficticia pirámide, es decir, al imaginario que la representa, y nos situamos en la cúspide de salvación, se diría que, en el caso de América Latina, su centro está afuera, más allá, intangible. Sociedades descentradas, el Amo es remoto, casi inaccesible. Bien, verdad, belleza, están allende. El Amo es el gran otro: el ibero, el euro o el nor-americano, que operan, al menos en principio, a distancia y a control remoto. No obstante, en la cúspide, el criollo o la criolla están lo más cerca posible de esa altura. Descendiendo, encontramos a mestizos y mestizas o mulatos y mulatas, según sea el cruce entre lo euroamericano y lo indoamericano o afroamericano. Entre ellos, estas infinitas gradaciones, cuyos motes son elocuentes:*

*primerones, segundones, tercerones, cuarterones, quinterones, tente-en-el-aire, salto-atrás, lobo, albino, cambujo, albarasado y campamulato, coyote, no te conozco, libre de todos los colores, etcétera. Abajo, polo a tierra, figuran el zambo o la zamba, producto de la cópula de lo indoamericano y lo afroamericano... Esta comparación podría extenderse más allá de la relación entre geografía o pisos térmicos (zambos en las llanuras cálidas, mestizos y mulatos en las vertientes, criollos en las altiplanicies o en las vías costeras que son regias hacia el Amo), para considerar las correspondencias imaginarias... El proceso alquímico imagina la transformación de la materia llamada “vulgar” – de la que resta la escoria – en oro, a través de tres procesos: nigredo u obra negra, albedo o blanqueamiento, rubedo o enrojecimiento. Es fácil imaginar el contenido peyorativo de la nigredo y reparar en ese término, afín a la devaluación del afroamericano. Por el contrario, las demás imágenes, albedo y rubedo, refuerzan a la comparación con el tipo biológico euro-norteamericano o sus aproximaciones...” (Restrepo, 2000, págs. 170 - 174)<sup>31</sup>.*

Ahora bien, en lo que corresponde a lo que él denominará “las colombias negras”<sup>32</sup>, tras uno de los recuentos bibliográficos más completos que se elaboraron en la década pasada sobre estudios académicos referidos a dicho campo de estudio, Restrepo plantea un posible derrotero investigativo y político para la siguiente década:

*“Los estudios de las colombias negras serían un campo en búsqueda de una conversación crítica de múltiples modelos de interpretación-explicación que serán decantados en la práctica misma y a la luz de los propios resultados y límites... Antes que unos estudios ensimismados en las fronteras de Colombia, antes que unos estudios de reproducción de la colonialidad del saber, los estudios de las colombias negras ameritan definirse en una línea crítica de ‘provincialización de Europa’ y en una visibilización-articulación-empoderamiento de modelos y categorías de conocimiento alternos generados en múltiples partes del mundo, pero en especial en lo que se ha denominado el sur. Provincialización de Europa en el sentido de historizar y desnaturalizar*

31 En el mismo texto al que aludimos con esta publicación, correspondiente a un seminario convocado por el Grupo de Psicoanálisis de la Universidad Nacional de Colombia para reflexionar sobre el tema del mestizaje, y en una perspectiva similar de resistencia / adaptación, vale la pena cotejar la ponencia de la investigadora Mara Viveros Vigoya, centrada en las relaciones entre cuerpo, sexualidad y orden racial, a partir de una serie de entrevistas con jóvenes negros (2000).

32 “Por ‘colombias negras’ no entiendo simplemente un estudio histórico-cultural del negro o del afrodescendiente en Colombia. Por ‘colombias negras’ entiendo, más bien, (1) las especificidades en las prácticas, relaciones, representaciones y discursos de las sociedades negras, del negro y de lo negro que (2) en una relación de articulación, diferenciación, jerarquía y conflicto con otras sociedades, con otros sujetos sociales y con otros imaginarios, (3) se han configurado como tales y han construido históricamente lo que significa Colombia como país, territorio, sociedad y nación. De esta manera, los estudios de las colombias negras no se superponen con una afroamericanística, aunque esta última es indispensable (mas no suficiente) para la primera” (Restrepo, 2001, pág. 15).

*los innumerables supuestos articulados a un eurocentrismo (que no aparece como tal sino como el 'natural orden de las cosas') que habitan no solo los análisis académicos -desde los más formalizados como la economía hasta los más hermenéuticos como la antropología o la crítica literaria- sino también el 'sentido común'. Por último, pero no menos importante, los estudios de las colombianas negras constituyen un proyecto que no busca esencializar o reificar "lo negro", pero que tampoco se quedaría en el simple lugar común de un ejercicio intelectual anti-esencialista o de un relativismo cultural cínico. Más que esencialista o anti-esencialista, los estudios de las colombianas negras serían no-esencialistas..."* (Restrepo, 2001, págs. 15 - 17).

En esa línea de análisis, en trabajos más recientes Restrepo ha profundizado esta visión complementaria a los procesos de etnización de las comunidades negras en Colombia. Inicialmente, nos propone la consideración de cuatro etapas en este proceso, que irían de las demandas iniciales por reconocimiento territorial en el Pacífico, especialmente en el río Atrato, durante la década de los ochentas del siglo pasado, a la dinámica Constituyente de 1991, posteriormente a la creación de la Ley 70 y el desarrollo organizativo a que ésta dio lugar, para llegar a lo que él denomina la eclosión de lo local, con la consolidación de los Consejos Comunitarios, pero la fragmentación de las organizaciones regionales. Todo esto, en medio del conflicto armado, con sus dinámicas de guerra y el avance del narcotráfico.

A partir de allí, hace una reflexión conceptual de cuatro posibles enfoques diversos: multiculturalismo, (meta) cultura, multiculturalidad e interculturalidad, en una proyección relativamente similar a la que utilizaremos en el segundo capítulo de este trabajo<sup>33</sup>. Finalmente, el autor presenta cuatro derroteros que permitan superar el peligro de un análisis académico de la etnización centrado en las dinámicas organizativas internas, con sus extremos de celebrar acríticamente lo existente o suponer que es el simple resultado de la cooptación de sus líderes. Ello supone desarrollar una etnografía que *"tome en serio la densidad y diferencialidad de las múltiples experiencias concretas de las disímiles poblaciones locales y sus contextos de poder y resistencia"*, pensar la etnicidad de las comunidades negras desde la interculturalidad, examinar críticamente el multiculturalismo y sus ataduras a regímenes transnacionales de poder global y establecer límites con las prácticas de *gubernamentalización* transnacional que pueden llevar a la paradoja de que ciertas modalidades de resistencia reproduzcan los sistemas de dominación al que se oponen (Restrepo, 2004, pág. 292 y ss.).

Como una forma de combatir la aparente invisibilidad y aislamiento de los estudios sobre comunidades negras o afrodescendientes, desde el año 2002 la investigadora y pro-

---

33 Una precisión de corte más analítico general sobre estos temas, así como los de raza y racialización, se encuentra en (Restrepo, 2012), especialmente capítulos 4 a 8.

fesora universitaria Claudia Mosquera Rosero-Labbé inició desde el Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional una estrategia de visibilización de los estudios y enfoques diversos que existían sobre la materia, que en conjunto con otros investigadores la llevó a construir cuatro obras de carácter colectivo que constituyen un verdadero panorama de la multiplicidad y riqueza actual de estos estudios en el país.

El primero es un texto conmemorativo de los 150 años de la abolición de la esclavitud, editado por la Universidad Nacional de Colombia bajo el título de *Afrodescendientes en las Américas, Trayectorias sociales e identitarias*, resultado de un simposio internacional que se había propuesto revisar el “pasado, presente y futuro de los afrodescendientes”, y cuya edición quedó en manos de Mosquera, Mauricio Pardo y Odile Hoffman (2002).

De esa obra colectiva quisiéramos únicamente resaltar aquellos trabajos que guardan cierta consonancia con el tema de esta investigación doctoral, cual es el de los derechos étnicos en clave constitucional, extendiendo el término de forma tal que abarque aspectos como los de la lucha legal contra la discriminación, la afro-reparación o las acciones afirmativas, aspectos sobre los que nos pronunciaremos de manera mucho más precisa cuando desarrollemos lo correspondiente a derechos y dogmáticas que los sustentan. Ello no obstante, en lo que respecta a esta reseña de artículos dejaremos de lado aquellos textos referidos a aspectos históricos e identitarios generales, o incluso jurídicos de épocas coloniales o del comienzo de la República.

La geógrafa Odile Hoffmann, quien ha desarrollado una línea investigativa sobre identidades de las comunidades negras de México y Colombia<sup>34</sup>, hace un recuento del proceso que llevó en la Asamblea Nacional Constituyente a la adopción del artículo 55 transitorio, y posteriormente a la Ley 70 de 1993. Para ella, “*el período que va del AT 55 de 1991 a la Ley 70 de 1993 es el momento crucial en que se constituyeron las organizaciones de base, se movilizaron las poblaciones campesinas del Pacífico y se negociaron los términos exactos de la ley. Resultado de procesos múltiples, la Ley 70 retoma los dos enfoques antes descritos. Por un lado, su impacto principal e inmediato reside en el reconocimiento de derechos territoriales a la población rural, ribereña, del Pacífico; por otro lado, reconoce un estatus especial a las poblaciones negras, y establece medidas especiales en los campos de la etnoeducación,*

---

34 Cfr. por ejemplo, «Les Amériques noires: regards croisés sur le Mexique et la Colombie/ Américas Negras: miradas cruzadas a México y Colombia». Texte bilingue, pp. : 16-36 in Manuel González de la Parra (photographies) Noires Lumières/Luces de Raiz Negra, México-Colombia, CONACULTA-IRD-UV-IVEC, México; o « Flux et reflux des catégories identitaires. Une lecture des politiques foncières au Mexique et en Colombie », pp. : 101-120 dans Les territoires de l'Etat-Nation en Amérique Latine (M.-F. Prévôt Schapira et H. Rivière d'Arc, coords.). IHEAL Editions, Paris, 318 p. También, sobre identidad, «Del territorio étnico a la ciudad: las expresiones de identidad negra en Colombia a principios del siglo XXI » pp. : 277-307 dans B. Nates (comp.), Territorio y cultura. Territorios de conflicto y cambio sociocultural, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia. Todas ellas pueden consultarse en línea en su página de internet, <http://www.odilehoffmann.com/>.

*la representación política, la participación en los proyectos de desarrollo regional, entre otros. Es decir, reconoce el carácter “étnico” de las poblaciones negras, y justifica por ello la adopción de dispositivos legales específicos, similares a los que existen para los indígenas...”* (Hoffman, 2002, págs. 353 - 354).

Para Hoffmann, la evaluación de estas dos políticas o enfoques no es similar. Mientras que para los grupos rurales ha resultado importante el reconocimiento de su territorialidad, no exento de conflictualidad (se resaltan tanto conflictos externos y vecinales, como los impactos del conflicto armado y de los intereses del capital en zonas geopolíticas importantes), lo que es fuente de identificación, en el mundo urbano la situación es diferente y requiere otras medidas:

*“Las prácticas culturales y territoriales negras en la ciudad van dibujando no ‘una comunidad’ sino una dimensión étnica a la que pueden acudir individuos y grupos sociales en pro de su defensa, según las situaciones concretas a las que se ven enfrentados. En esta perspectiva, no se pide establecer límites entre grupos étnicos y entre identidades, sino medidas específicas asociadas a prácticas, procesos o situaciones... En conclusión, la asociación identidad-territorio funcionó como herramienta política eficaz en un primer momento, en el caso de las comunidades rurales del pacífico, para proteger grupos particularmente expuestos a los apetitos territoriales de agentes externos, sean privados o institucionales. Pero se vuelve contraproducente si impone lógicas geográficas (dos territorios no pueden sobreponerse) a realidades sociales y culturales mucho más complejas y fluctuantes (puedo ser negra en mi pueblo y no reivindicarme como tal en la ciudad, o al revés); en otros términos, si se confunde territorio y territorialidad...”* (Hoffman, 2002, pág. 365).

Santiago Arboleda (2002), historiador centrado en las dinámicas sociales del Pacífico colombiano, nos aporta en este texto una visión sobre la importancia de las figuras del *paisanaje* y las *colonias* para entender las lógicas de movilización social que han generado procesos como las migraciones y desplazamientos de población afrocolombiana rural hacia ciudades manteniendo, al mismo tiempo, redes de recursos, saberes tradicionales, prácticas culturales y estructuras económicas heredadas de su vida en el campo.

Arboleda parte de unas definiciones o entendimientos más o menos generales y compartidos sobre ambas figuras:

*“El paisanaje se puede entender como la instrumentalización de una estrategia basada en la tradición rural frente a la experiencia urbana, en aras de garantizar la gestión colectiva; en otras palabras solidaridad étnica soportada de manera concreta en el tejido de parentesco. Resulta entonces de un cúmulo de experiencias corporales de vida compartidas en relación con el paisaje: ‘paisanos somos los que llevamos un*

*mismo paisaje por dentro', como expresión de la internalización comunitaria de las formas de socialización y de sociabilidad que remiten a lo emblemático, lo aceptable por todos, representación del entorno, del territorio; expresa un sentimiento, sentido de territorialidad celebrada, sufrida, construida y recreada... Las colonias, son entendidas en una doble acepción; por un lado, en su autodefinición cotidiana, como la concentración física de una población identificada culturalmente en determinado lugar distante del de su origen. Dicha concentración está articulada, desde luego, por el paisanaje. En otro sentido complementario al anterior, las colonias son un conjunto voluntario de personas cuya finalidad, la ayuda mutua, está animada por su procedencia, expresada jurídicamente a través de estatutos relacionados siempre con la región de procedencia... En este orden de ideas, las Colonias pueden interpretarse como las primeras instituciones políticas de carácter étnico en el contexto urbano que dan respuesta al proceso de ajuste migracional con base en la interpretación elaborada de la ciudad, tanto sobre sus lugares de origen como de su nueva situación, con lo cual se hacen circular en el colectivo, con mucha frecuencia, ideas de retorno del personal que adquiere significativos niveles de cualificación” (Arboleda, 2002, págs. 409 - 411).*

Ambas instituciones, como lo muestra descriptivamente Arboleda para casos de ciudades como Cali o *colonias* como las de Guapi, son trascendentales a la hora de pensar una definición del movimiento social afrocolombiano sustentado en criterios como el de la autodefinición de sí mismo como grupo étnico.

Otro concepto que puede ser importante a la hora de pensar el tema de los derechos étnicos y su forma de articulación colectiva, y que desarrolla el texto *in comento* en uno de sus artículos, es el de *comunidad renaciente*. Lo introduce el también historiador Alfonso Cassiani Herrera, quien ha trabajado en aspectos como el de la etnoeducación y los procesos de identidad<sup>35</sup>, como una forma de superar la definición que trae la Ley 70 de comunidades negras, de la siguiente manera:

*“Al hablar de comunidades renacientes hago referencia explícita al conjunto de familias e individuos de ascendencia ancestral africana que pueden o no estar habitando territorios ancestrales, han configurado su cotidianidad en zonas urbanas o semiurbanas, ostentan una cultura propia, comparten una historia, tienen sus propias tradiciones, costumbres y prácticas tradicionales de producción puesto que desarrollan actividades agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuaria, de caza, pesca y recolección de productos naturales, en general, que han utilizado consuetudinariamente para garantizar la conservación de la vida, manteniendo y enriqueciendo características que las distinguen de otros grupos o colectividades, y que históricamente han*

35 Cfr. por ejemplo (Cassiani, *La interculturalidad: una búsqueda desde las propuestas educativas de las comunidades afrodescendientes en Colombia*, 2007)

*estado sometidos a un proceso constante de negación y discriminación por razones de su fenotipo, historia y tradiciones. La configuración social, política y organizativa del término 'renaciente' aparece como la acción de determinación propia de las comunidades descendientes de esclavos africanos sin la mediación de requisitos ante el otro; en consecuencia, va más allá de las zonas rurales ribereñas y de las posibilidades de ocupar baldíos...*" (Cassiani, *Las comunidades renacientes de la costa Caribe continental: construcción identitaria de las comunidades renacientes en el caribe continental colombiano*, 2002, pág. 575).

Desde esta comprensión, Cassiani está interesado en resaltar el proceso organizativo de comunidades de la costa Caribe, que inicia a comienzos de la década de los ochenta y que tiene manifestaciones en ciudades como Cartagena y Barranquilla, así como en el Palenque de San Basilio. Aun cuando las expresiones que visibiliza el autor son de índole más cultural, la categoría misma interesa en esta investigación en la medida en que alude a otra posibilidad de formas organizativas que van más allá de la Ley 70, como quedó previamente expresado.

Por último, cabría reseñar el texto del investigador Ángel Libardo Herreño, centrado en las políticas de acción o afirmación positiva hacia las comunidades afrocolombianas como un componente de justicia compensatoria. Para ello, establece una especie de paralelo entre el espíritu de la Tercera Conferencia Mundial contra el Racismo, la Xenofobia y demás formas conexas de Discriminación, llevada a cabo en Durban en septiembre de 2001, especialmente en lo que atañe a los debates sobre reparaciones históricas, y el contexto de discriminación racial que ha vivido Colombia durante la década siguiente al proceso constituyente, a pesar de la Ley 70 y las normas de protección constitucional.

El alegato central de Herreño apunta a la consolidación de políticas públicas de largo aliento:

*"Las políticas de acción positiva deben considerarse como un medio para ir alcanzando las reparaciones que demandan los movimientos afrodescendientes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta... que si en ocasiones las desigualdades tienen un fundamento racial expresado en los bajos índices de calidad registrados en las áreas geográficas con mayoría de población negra, la exclusión social y la inclusión subalterna de estas poblaciones no pueden lograrse a través de las leyes del mercado ni de políticas estatales de carácter universalista. Por esto es necesario que las acciones afirmativas desarrolladas por el legislador y puestas en marcha por la administración tengan capacidad para revertir las desigualdades en que se encuentran los sectores sociales a los que se quiere beneficiar. Esto solo se alcanza con el diseño y la ejecución de políticas públicas de largo plazo, con carácter específico para atender las necesidades y los derechos humanos integrales de cada comunidad..."* (Herreño, 2002, pág. 505).

La segunda obra colectiva es impulsada desde el ICANH en conjunto con la Universidad Nacional de Colombia (en especial, el CES), y busca dar una panorámica de los estudios sociales sobre población afroamericana, con especial énfasis en la situación del Pacífico (Pardo Rojas & Mosquera, 2004). Como lo menciona Mauricio Pardo en la introducción, el eje de la recopilación lo constituyen textos de las disciplinas sociales, con una marcada preponderancia en contextos rurales, con ausencia de recopilaciones más específicas en materias como estudios ambientales, recursos naturales, tradiciones y expresiones orales y estéticas de la cultura o problemáticas urbanas (Pardo Rojas, 2004, pág. 12). Ni qué decir de los estudios en materia de derechos étnicos, cuya ausencia ni siquiera es percibida.

Entre las recopilaciones, destacan para nuestros efectos la que nos presentan Almario y Jiménez en materia histórica (2004), Eduardo Restrepo, que actualiza una ponencia ya reseñada en investigaciones sociales de corte académico (2004) y Juana Camacho en estudios sobre la mujer afrocolombiana (2004). Igualmente, se reseñan problemáticas, como es el caso de los perfiles sociodemográficos (Urrea Giraldo, Ramírez, & Viáfara López, 2004), los procesos de poblamiento (Apriles-Gnisset, 2004), la situación territorial (Rúa Angulo, 2004) o las relaciones entre los conceptos de etnicidad y las herramientas de la Ley 70 (Rivas, 2004).

El tercer trabajo colectivo que merece la pena ser resaltado es el correspondiente a afro-reparaciones (Mosquera Rosero-Labbé & Barcelos, *Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales*, 2007), coordinado también desde el grupo de investigación sobre Igualdad Racial, Diversidad Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras y el CES de la Universidad Nacional de Colombia. Este concepto, de afro-reparación, puede considerarse como paralelo o refuerzo del de acción afirmativa, en la medida en que insiste es en el elemento de la deuda histórica colectiva originada en el hecho de la esclavitud que genera la diáspora obligada, desde el continente africano, de la población afro.

Para los efectos de esta investigación, destacamos el escrito de Óscar Almario, precisamente tratando de poner en contexto los conceptos de afro-reparación y acción afirmativa e indicando cómo ambos han estado ausentes de las reivindicaciones de los grupos afrocolombianos (2007), y los textos de Mosquera Rosero-Labbé (2007), que muestran posibles contextos de reparación desde la trata negrera hasta la masacre de Bojayá; Carlos Rúa (2007), que delinea posibles escenarios de justicia comunitaria afrocolombiana; y el de Libia Grueso (2007), que ilustra la forma como ha sido reconocido el sujeto étnico afrocolombiano o negro en diversos institutos jurídicos (de la Constitución y la ley a los documentos Conpes) y esboza un posible eje o plan integral y participativo de derechos humanos y derecho internacional humanitario para estas poblaciones.



La cuarta de estas obras colectivas corresponde a las jornadas sobre raza, etnicidad, racismo y acciones afirmativas, llevadas a cabo en la Universidad Nacional en marzo de 2008, bajo el auspicio de la Universidad Nacional, la Universidad de Amherst y la Universidad de los Andes, especialmente a través de su Observatorio de Discriminación Racial, cuyo fruto fue el libro *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras*. Esta vez la investigadora Mosquera Rosero-Labbé coedita el texto junto a los profesores Agustín Laó-Montes y César Rodríguez Garavito (2010).

Sin lugar a dudas, los aspectos más desarrollados en él corresponden a los debates sobre raza, etnicidad, modernidad y construcción de identidades. Por ello, cabría resaltar esta síntesis que nos presenta Mosquera en su introducción, y que en alguna manera refleja precisamente los matices de dicha discusión. En ella advierte cómo el de raza es un concepto problemático y camaleónico, altamente ideologizado, y que por ende no debe ser analizado en abstracto sino a partir de los espacios socio-históricos que le dan sentido. Pero la sustitución del mismo por el de etnicidad es igualmente complicado, a pesar del aval que le ha dado la Unesco desde 1978, sobre todo si se trata simplemente de un juego de palabras, como si el problema de los efectos de la racialización se purgara desde el lenguaje.

*“La sustitución del concepto raza por el de grupo étnico tiene dos consecuencias: la primera es que minimiza o elude el fenómeno de los racismos existentes; la segunda, que reifica el concepto raza, que debe permanecer en el reino de la ‘naturaleza’, en contraste con la etnicidad, entendida como fenómeno cultural... No obstante, el concepto de etnicidad ha recibido fuertes críticas tanto de parte de la academia como de los movimientos sociales. Por un lado, se convierte en una definición circular al equipararla a la de grupo étnico. El criterio etnicista se presta para un enfoque liberal y laxista del racismo, pues tiende a negarlo o minimizarlo como un sistema de dominación de importancia estructural, histórico-mundial, clave para entender una serie de instituciones o procesos, desde las desigualdades de la economía – mundo capitalista – hasta las formas modernas de estado y las valoraciones existentes sobre cultura, conocimiento e identidad. Por otra parte, la etnicidad no es un concepto sustantivo e independiente de la clase social, sino que forma parte del sistema de dominación y de las estructuras jerarquizantes asociados a significados simbólicos, reales y materiales de subyugación, subalternidad y exclusión... Vemos así que el concepto de etnicidad tiende a ‘naturalizarse’ o a racializarse, mientras que el concepto de raza contiene elementos culturales o conductuales, lo que demuestra la comunidad de significaciones entre ambas nociones al tiempo que revela la lógica racial que sirve de sustrato tanto a la categoría raza como a la de etnicidad... Si la ‘raza’ no es un mero hecho biológico sino el resultado de un proceso sociohistórico de construcción, el racismo no puede deducirse de ella como un fenómeno natural, pues hay que indagar cómo y por*

*qué existen doctrinas y discriminaciones racistas en los distintos procesos históricos, sociopolíticos y geográficos...*” (Mosquera Rosero-Labbé C. , 2010, págs. 17 - 20).

Entre los articulistas, reseñaremos únicamente aquellos trabajos que guardan mayor consonancia con el tema de nuestra investigación, es decir, aquellos de carácter sociojurídico. En el primero, Jorge González Jácome, profesor de la Universidad Javeriana, indaga los mecanismos mediante los cuales el derecho ha contribuido a perpetuar la subordinación de la población negra, aún con la Constitución de 1991, y las escasas posibilidades que tendría un litigio estratégico en derechos fundamentales para cambiar esta situación, si no se enfrenta el problema racial de fondo.

Aunque, como veremos con mayor detalle, la jurisdicción constitucional se ha pronunciado en algunos casos referentes a discriminación racial en sitios públicos, *“lo problemático de las decisiones constitucionales que analizamos es que la Corte reconoce esta situación en sus consideraciones pero al mismo tiempo parece proscribir la posibilidad de utilizar el criterio ‘raza’ como una manera de redistribuir recursos a favor de grupos discriminados. En un esfuerzo para borrar ‘raza’ como criterio, la Corte Constitucional ha tratado de dar más peso a cuestiones como el grupo étnico para tener acceso a las acciones afirmativas...”* (González Jácome, 2010).

Si bien, para el autor, las acciones afirmativas tienen algunas ventajas, también generan críticas y contrasentidos, especialmente cuando éstas no se basan en test estrictos, ya que tiende a considerarse el criterio de raza como sospechoso.

*“Estos casos llevan al interrogante de si es mejor proteger por criterios étnicos o raciales a los grupos discriminados: Los problemas de escoger un camino ciego al color, a mi juicio, son dos. El primero es que parece que la protección se justifica en la medida en que se afiance la diferencia de prácticas, costumbres y territorios como criterio determinante de la posición ciega al color. Esto puede llevar a que, en el imaginario de los blancos jueces constitucionales, a quien deba protegerse sea al negro que vive solo en algunas regiones del país, dentro de su comunidad y preferiblemente aislado y no contaminado por prácticas y costumbres más ‘blancas’ u ‘occidentales’... El segundo problema de los criterios ciegos al color es que pueden ser un mecanismo para negar la posición privilegiada de los blancos en nuestra sociedad. De modo que, si bien negarse a la raza podría evitar que de hoy en adelante los negros sean discriminados por el color, también tiene otro efecto: negar que nuestro presente sea fruto de una distribución de recursos pasada que tuvo en la raza un criterio fundamental...”* (González Jácome, 2010, pág. 715).

Atando los análisis cuantitativos censales y los cambios en los imaginarios y reivindicaciones relacionados con población afrocolombiana, Fernando Urrea nos ilustra, en

su artículo, una variación de sentido entre las reclamaciones identitarias precedentes a la Constitución de 1991 y la Ley 70, marcadas por agrupaciones como Cimarrón y demandas de inclusión similares a las del movimiento de derechos civiles norteamericano, y las que se originan con estos instrumentos jurídicos en donde el tema étnico/territorial adquiere mayor fuerza, al pie de la visibilización de la situación del Pacífico “africano”, con una fuerte dimensión étnico/territorial, y la emergencia de nuevos movimientos como el de Proceso de Comunidades Negras PCN. Este último es el contexto que marca la aproximación exclusivamente étnica a la población afrocolombiana del censo de 1993, a través de la pregunta que hacía equivalentes etnia y comunidad negra, formulada a toda la población urbana y rural del país. Situación que cambió a partir de 1995, y especialmente en el nuevo siglo, por cambios provenientes tanto del mismo movimiento como del mundo académico, que llevaron incluso a que la pregunta sobre reconocimiento étnico fuese debatida y construida con participación del mismo movimiento, así al final hubiese con éste rupturas paradójicas por el desacuerdo del Dane en la inclusión de la categoría moreno(a) como equivalente a la de negro(a) o mulato(a). “Finalmente, el censo de 2005 incorporó en la misma pregunta étnica aspectos raciales a través de la pregunta de autorreconocimiento, centrada ahora en el fenotipo de la persona que respondía...” (Urrea-Giraldo, 2010, pág. 770).

Urrea indica cómo las preguntas censales basadas en autorreconocimiento o autoclasiificación tienden a llevar a cifras más bajas, por el efecto sociológico que se genera, que hace que no se perciba la historicidad de la construcción de identidades étnico-raciales. Lo que no invalida la cifra del censo, pues a su juicio refleja más o menos el fenómeno de construcción de estas identidades en el país (que sitúa más o menos en un 12%). Tampoco descarta que la cifra pueda subir en el futuro, hacia un guarismo intermedio con aproximaciones más altas como la del proyecto Cidse IRD y el Plan Nacional de Desarrollo para la Población Afrocolombiana, que sitúa el porcentaje en el 26% de la población, si el movimiento social negro avanza en términos de construcción de identidades, lo que haría que grupos poblacionales que hoy se consideran mestizos se afirmen como negros, y además se pueda contar con metodologías experimentales que logren captar más objetivamente el fenómeno.

Otro artículo que, de alguna forma, relaciona cifras con derechos, es el de César Rodríguez Garavito y Juan Pablo Mosquera, del Observatorio de Discriminación Racial (2010). Como lo señalan los autores, es el mismo que se incluye en el llamado *Informe sobre Discriminación Racial y Derechos de la Población Afrocolombiana*, editado en 2009 por la Universidad de los Andes, y que referenciamos más adelante en su conjunto.

En el *intermedio* entre este conjunto de textos colectivos, cabría igualmente resaltar el documento que en el año 2009 la misma investigadora Mosquera Rosero-Labbé, en coedición con la trabajadora social Ruby Esther León Díaz, nos presenta en el tema de las

acciones afirmativas y la construcción de ciudadanías étnico-raciales negras diferenciadas (Mosquera Rosero-Labbé C. L., 2009).

El texto resume una investigación sobre “acciones afirmativas para negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros: ¿un paso hacia la Justicia Reparativa étnico-racial negra”? desarrollada por el CES y el Grupo de investigaciones sobre igualdad racial, diferencia cultural, conflictos ambientales y racismos en las américas negras, IDCARAN, ambos de la Universidad Nacional de Colombia. El grueso de la misma parte de una investigación de campo en ocho ciudades colombianas (Cali, Cartagena, Medellín, Bogotá, Quibdó, Buenaventura, Pereira y San Andrés) durante los años 2006 a 2008, que oscila entre el peso de la pregunta sobre autoidentificación del censo de 2005, el peso demográfico de personas negras en cada ciudad y su correspondencia con dinámicas organizativas afro que en éstas se desarrollan.

Como las mismas editoras anuncian, a nombre del extenso equipo investigativo, el valor de la misma es fundamentalmente de carácter descriptivo, en tanto se sistematiza información proveniente de fuentes diversas como son funcionarios públicos, activistas, relatos de ciudadanía, forjadores de políticas sectoriales, etc. (para un total de 358 personas que dan información específica al estudio), y se correlaciona con datos censales, de ocupación laboral y escolaridad, principalmente.

De los diferentes análisis y enfoques sobre el fenómeno de movilización social que encarnan en el presente las poblaciones negras organizadas, quisiera destacar dos. En primer lugar, el de Hernando Bravo Pazmiño (2007), en la medida en que vincula la creación del concepto móvil de identidad étnica, con su idea de derechos concomitantes, y la situación fáctica local que produce el desplazamiento.

*“En ese contexto, por un lado, al tenor de lo dispuesto por la Ley 70 de 1993, los “campesinos de los guandales” devienen en sujetos étnicos, “comunidades negras” diferenciadas en sus características culturales de otros pobladores como los indígenas y los habitantes mestizos. Por otro lado, en virtud de la relevancia que el Pacífico colombiano adquiere en el contexto de lo propuesto por el discurso de la conservación de la biodiversidad, sus pobladores, anteriormente reconocidos como “tuqueros”, se convierten en actores de primer orden para los propósitos del desarrollo sostenible o la conservación de la biodiversidad en la región...” (Bravo Pazmiño, 2007, pág. 209).*

Esta conversión, que trae aparejada una amplia labor organizativa que propicia finalmente el reconocimiento de titulaciones colectivas en el Pacífico sur, es frenada en seco por los efectos del conflicto armado y la extensión de cultivos ilícitos, que llevan a una especie de “invisibilización estratégica de los líderes” en medio de lo que el autor califica como una geografía del terror.

De otra parte, Mauricio Pardo nos ofrece una panorámica de lo que podría considerarse como el movimiento social negro en Colombia generado a partir de la Ley 70 (2001). A pesar de ser una recopilación que data de hace más de diez años, me parece importante traerla a colación no solo por cuanto implica un tipo de relación con el mundo normativo, constituido en este caso no solo por la ley sino por la Constitución y su proceso constituyente, sino además por cuanto ilumina aspectos que complementan la visión que ofrecíamos previamente de Wade (1997) del impacto de dichos institutos sobre el mundo organizativo. Desde cierto ángulo, la posibilidad de titulación colectiva y la organización que apareja parecen fraccionar al movimiento social, mientras que la ausencia de ella promueve una cierta visión territorial más integral:

*“Las previsiones de la Ley 70 sobre participación de las organizaciones y personas negras en la planificación y la gestión concernientes a la población negra y sus territorios han acentuado el faccionalismo y una disminución del dinamismo organizativo, al entrar las organizaciones tanto de base como ONG por el protagonismo y reconocimiento oficial, y al haberse debilitado los escenarios de coordinación entre los actores del movimiento negro subregional, departamental y nacional. Dentro de este panorama, se han consolidado de una forma fragmentada las organizaciones de base territorial en proceso de titulación o manejo de territorios colectivos, pero otros tipos de organizaciones han visto disminuir notablemente su dinamismo y protagonismo, y han sido opacadas las reivindicaciones de otras poblaciones negras fuera del Pacífico... Algo bien diferente se presenta en la costa atlántica, en donde ante la ausencia de adjudicación de territorios colectivos, se ha conservado el carácter regional del movimiento...”* (Pardo, 2001, págs. 341 - 342).

A su vez, el Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes, coordinado en su momento por el investigador César Rodríguez, sigue, como su nombre lo indica, esta ruta precisa de análisis, la discriminación racial, con un énfasis en comunidades afrocolombianas. En su primer informe (Rodríguez Garavito, Sierra, Cavalier, & Adarve, 2009), se plasma la más completa descripción de la situación de la población afrocolombiana en relación con los derechos a vivienda, salud, educación y acceso a la justicia, así como se presentan las cifras sobre desplazamiento rural y urbano. De manera paralela, se detallan los compromisos internacionales y constitucionales del estado en materia de lucha contra la discriminación. El mero hecho de que se carezca de información confiable en buena parte de los indicadores que permitirían evaluar el grado de cumplimiento de los mismos es un indicador de que el incumplimiento es sistemático. Las cifras recabadas, a su vez, son elocuentes en un mismo sentido: el pretendido mestizaje feliz es tan solo un mito, una máscara que impide ver la profunda inequidad con la que histórica y recurrentemente se ha tratado a la población afrocolombiana tanto en las ciudades como en el campo.

Como en el caso de poblaciones indígenas, también existe la perspectiva de vincular situaciones de comunidades afro con desarrollos teóricos del multiculturalismo, como en los estudios de Carlos Efrén Agudelo, *Retos del multiculturalismo en Colombia: política y poblaciones negras* (2005) y *Multiculturalismo en Colombia, Política, Inclusión y Exclusión de Poblaciones Negras*, su tesis doctoral (Agudelo, *Multiculturalismo en Colombia, Política, inclusión y exclusión de poblaciones negras*, 2002). En ambos textos se encuentran sendas descripciones socioeconómicas e históricas de población afrocolombiana, en especial del Pacífico, pero aun cuando sus títulos lo indicarían, no existe un análisis enfocado como tal en derechos étnicos.

Cabe anotar que en la mayoría de esta bibliografía los derechos especiales de comunidades afro cuando más se describen, o eventualmente se insiste en su inaplicación o insuficiencia, pero no existe como tal una construcción teórica alrededor de ellos, ni se polemiza en su relación con el desarrollo que éstos tienen con otras poblaciones (caso de los pueblos indígenas). Se exceptúa de esta condición los trabajos del investigador Sergio Coronado, quien inicialmente en su tesis para optar el título de especialista en derecho constitucional y posteriormente en otros artículos relacionados ha insistido en desarrollar el tema del derecho colectivo al territorio en cabeza de las comunidades negras, tanto en el reconocimiento que de él ha hecho la Corte Constitucional en sus sentencias como de su posible raigambre teórica.

Aun cuando sobre este tema volveremos posteriormente, y revisaremos igualmente algunas de las sentencias que dan sustento a las tesis de Coronado, no sobra mencionar la síntesis de lo que constituiría el núcleo duro de este derecho a la territorialidad colectiva afro. Para dicho autor, las características definitorias del derecho fundamental al territorio de las comunidades afrodescendientes serían los de autonomía (capacidad de la comunidad de tomar decisiones libres e independientes en la realización de sus proyectos de desarrollo social, cultural y económico, así como no intervención de actores externos en los procesos de concertación al interior de las comunidades), autogobierno (forma de organización política de la comunidad), propiedad colectiva (siguiendo la titulación a nombre de los consejos comunitarios correspondientes), inembargabilidad, imprescriptibilidad (el derecho al territorio no susceptible de prescribir en el tiempo, sobre los territorios protegidos no opera la prescripción adquisitiva de dominio) e inalienabilidad (el derecho al territorio es irrenunciable por parte de las comunidades afrodescendientes, y por ende no es posible enajenarlo por las formas ordinarias de tradición de la propiedad).

Este desarrollo óptimo del derecho al territorio lo lleva al campo complejo de los derechos culturales, o incluso al de los llamados derechos vectores, que irradian otros derechos fundamentales:

*“Ante esta situación, es evidente que el derecho al territorio no puede clasificarse de plano como un derecho civil o político, o como derecho social o prestacional. Es necesario entender el derecho al territorio como un derecho cultural, cuya titularidad depende de las condiciones culturales de los sujetos –individuales o colectivos–. Pero la naturaleza del derecho al territorio es mucho más compleja, porque es un derecho cultural que permite la garantía de otros derechos. El derecho al territorio hace parte, junto al derecho al desarrollo, de una categoría especial de derechos fundamentales: los derechos vectores. Considerar al derecho al desarrollo y al derecho al territorio como derechos vectores, significa que la garantía de este tipo de derechos genera condiciones para la garantía de un catálogo más amplio y más ambicioso de derechos fundamentales. Esta afirmación se relaciona directamente con el concepto de integralidad e interdependencia de los derechos humanos, que define la existencia de relaciones intrínsecas entre los derechos fundamentales, hasta el punto de afirmar que la violación o vulneración de un derecho fundamental, acarrea necesariamente la violación o vulneración de otro derecho fundamental...”* (Coronado Delgado, 2006, págs. 67 - 69).

Por último, cabe reseñar textos de carácter general y divulgativo, más orientados al público no académico o a alimentar cátedras como la proyectada de estudios afrocolombianos. En esta última línea se orientarían los textos de Aquiles Escalante Polo (2002) e Idelfonso Gutiérrez Azopardo (1986). En la primera, la obra colectiva animada por el Ministerio de Cultura y la Pontificia Universidad Javeriana con motivo de la conmemoración de los 500 años de esclavitud en América, bajo la edición de Roberto Burgos Cantor (2010).

### **Estudios sobre población raizal**

En lo que compete a estudios sobre derechos del pueblo raizal del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el universo es aún más reducido. Podría pensarse que ello responde a que, como en el caso de los palenques, al estilo del de San Basilio, se trata de un subcapítulo del tema genérico de la afrodescendencia. Pero, así en la actualidad esta visión puede coincidir con algunas apreciaciones de la Corte Constitucional, como veremos más adelante, no se corresponde con la forma específica de reivindicación de derechos que se rastrea desde la isla, donde el tema de la *colombianización* a la que se sometió un pueblo cuya raigambre identitaria era *antillana* parece el eje articulador, más que las referencias ancestrales a África. Lo que indicaría que la carencia de bibliografía sobre el tema responde, más bien, a la ausencia de una comunidad académica con dicha preocupación.

Varios ejemplos en dicho sentido. En el seminario internacional sobre participación del negro en la formación de las sociedades latinoamericanas, al que ya se ha hecho refe-

rencia bibliográfica en este trabajo, se presentó una ponencia de la investigadora del Icanh Sandra Pedraza Gómez, sobre quien no tengo referencia académica, en la que hablaba del proceso de *nacionalización* del archipiélago de San Andrés, evaluando la política de Puerto Libre. Allí, ella sintetiza de esta manera la aclimatación al derecho estatal, sin ninguna referencia a costumbres jurídicas de la población raizal:

*“A lo largo del presente siglo se impusieron múltiples discursos en el espacio isleño. Dentro de ellos ha tenido un desempeño importante el discurso del derecho, que si bien es el menos discutido, tal vez sea aquel cuyas técnicas han actuado con mayor eficiencia. Su éxito se basa en el ordenamiento de tierras, propiedades, derechos y deberes del ciudadano, en el poder de sancionar y castigar según las leyes colombianas, en la legislación laboral que dictamina la vida del trabajador, en la obligación de pagar impuestos, y en general en haber amoldado la población para actuar dentro de los límites señalados, ceñirse a las normas legales, en tanto que son derechos legítimos de la soberanía y de tener la obligación legal de obedecer, por estar la soberanía respaldada por un aparato policivo y punitivo. Esto obligó al sometimiento a ese discurso y a asumir su forma como la única permisiva para proceder y relacionarse. No en vano entre los primeros empleados de la administración se contaban el recolector de impuestos, el registrador, ocho policías y el juez, además del alcalde y los miembros del concejo legislando con base en la Constitución y las leyes colombianas, sobre la conveniencia de unas u otras acciones para la vida de los isleños” (Pedraza Gómez, 1986, pág. 134).*

Que la de derechos propios era una ausencia recurrente lo podría indicar, igualmente, que en el mismo Seminario hacen parte miembros de la organización isleña *Sons of the Soil*, posteriormente muy activa en materia de autonomía y estatuto raizal, y entre las reivindicaciones que presenta no registra ninguna referida a dicho campo, aun cuando sí en materia educativa, comunicativa y de residencia de continentales en la isla (Gallardo, 1986, pág. 166).

Esta tendencia también se refleja en los pocos artículos que aparecen en las recopilaciones animadas por la profesora Mosquera (2007), que en su momento se reseñaron. Así, por ejemplo, Natalia Guevara, en un recorrido de corte histórico, desarrolla en su artículo la tesis de que la *nacionalización* o *colombianización* son las que marcan la pauta en la búsqueda de la integración y asimilación cultural de los isleños, frente a lo cual el camino que queda es la memoria y la resistencia:

*“Los isleños no permanecieron pasivos ante los embates de la colombianización: la resistencia raizal tuvo su origen a comienzos del proceso de aniquilación de la diversidad isleña. Los primeros abanderados de esta causa -quienes, durante los últimos años, han vuelto a asumir el liderazgo de la reivindicación de la identidad raizal-*



*fueron los pastores bautistas; a partir de la década de 1960, diversos movimientos seculares han surgido con la consigna de defender la cultura y la identidad de la gente raizal y reclamar su participación en las decisiones políticas, económicas, sociales, culturales y ambientales que afecten a San Andrés. Así, la organización de movimientos que promueven la autodeterminación de la gente raizal y la defensa de la cultura y la identidad isleñas se concibe como la única salida posible ante los ataques externos” (2007, p. 306).*

En este recorrido, señala la autora, la memoria de las raíces africanas y la trata esclavista han pasado a un segundo plano:

*“No pretendo afirmar que los ancestros africanos de la gente raizal del archipiélago no hayan sufrido las consecuencias nefastas del comercio esclavista; no obstante, considero que en la memoria isleña ha predominado la identificación con la cultura sajona, por lo que se ha dejado de lado la reivindicación de las raíces africanas, lo cual habría inhibido el surgimiento de la conciencia de los perjuicios de la trata y de la necesidad de la reparación...” (2007, p. 310).*

Sobre este mismo camino de la reparación, Camila Rivera González nos ilustra sobre las particularidades históricas del poblamiento de Providencia y Santa Catalina, también enraizadas en la memoria insular Caribe, pero dotadas de una identidad *creolizada* propia. Esto, conforme a la autora, ha llevado a una compleja relación de sus habitantes con el proyecto actual de la Constitución multicultural del 91, donde el esquema de reconocimiento étnico parece signado por la idea de refugio para lo ancestral, homogéneo y armónico, donde no tiene cabida su especial particularidad (2007).

Esta breve sinopsis de enfoques iniciales es común en textos menos centrados en asuntos identitarios o culturales. Evidentemente, todos los textos que existen sobre el archipiélago de San Andrés dan cuenta de la presencia de nativos al momento de la República (Cfr., por ejemplo, Raúl Román Romero, *Cultura, sociedad, desarrollo e historia en el Caribe colombiano*, Luz Ángela Alonso Morles, *Historia y ancestría de las poblaciones raizales de San Andrés y Providencia*, Hernán Díaz, *San Andrés y Providencia*, o Diego Fernando Torres, *San Andrés*).

Pero, la caracterización de éstos como *raizales* responde más a un momento autonómico o anticolonial, impulsado por organizaciones sociales de nativos frente al desconocimiento, aprovechamiento y marginalidad producidos desde el estado central. De esta forma, son entidades como Sons of the Soil SOS y AMEN las que promueven este término, como una derivación de raíz, roots. Así, por ejemplo, SOS afirma así su pertenencia raizal:

*“Somos el pueblo original y, por lo tanto, indígena del archipiélago, siendo descendientes de los africanos, puritanos británicos e indígenas isleños y caribeños que primero colonizaron nuestro territorio en el siglo 17 y crearon nuestra sociedad. Somos un pueblo particular y específico conformado históricamente a través de mixturas e hibridaciones étnicas y culturales fruto del proceso de colonización. Por lo tanto nuestros orígenes, historia, identidad cultural, lengua, tradiciones, costumbres, creencias religiosas, instituciones propias de gobierno y organizaciones sociales nos diferencian de otros pueblos...”.*

Es desde esta visión de lo raizal, y teniendo en cuenta que la relación con Colombia ha traído sobrepoblamiento, devastación ecológica, colonización cultural, política, económica y militar y desbarajuste social, que el movimiento propone declarar en el año 2002 su derecho a la autodeterminación, y en consecuencia:

*“Reestablecer en nuestras islas nuestro propio sistema de gobierno, como expresión de nuestro derecho a la autodeterminación, para lo cual se recompondrán y reconstituirán nuestras estructuras e instituciones propias de gobierno. Crear la Native National Authority (Autoridad Nacional Raizal) como nuestra primera institución de autonomía y autogobierno. Los integrantes de la Autoridad Nacional Raizal serán elegidos democráticamente por nosotros bajo procedimientos establecidos por el Archipelago Movement for Ethnic Native Self-Determination, AMEN-SD, en común acuerdo con la Comisión Consultiva Departamental, CCD, The Independent Farmers United Association, INFAUNAS; The Ketylénan Nacional Association, KETNA.; San Andres Island Solutions, SAISOL; Sons of the Soil, S.O.S. y demás organizaciones Raizales actualmente existentes. La Autoridad Nacional Raizal ejecutará las disposiciones de la presente Declaración, asumirá la plena representación de nosotros el pueblo indígena Raizal, dirigirá el proceso de nuestro desarrollo y aprobará o vetará todas las decisiones que afectan nuestra existencia, sociedad y territorio. Organizar y realizar dentro de los próximos meses el Primer Congreso del Pueblo Indígena Raizal, que tendrá entre sus finalidades la de fijar las bases para la implementación de las disposiciones de esta Declaración, especialmente la decisión de recomponer y reconstruir las instancias y estructuras propias para nuestro autogobierno y autonomía”<sup>36</sup>.*

Sin embargo, son los diversos Estatutos Raizales, elaborados también desde la perspectiva de los movimientos raizales, los que dan cuenta de mejor manera de las propuestas de dicha población en la perspectiva de derechos. En este trabajo citaremos con mayor detalle el propuesto por AMEN SD del año 2007, en la narrativa textual del Capítulo III.

36 Cfr. Declaración De Autodeterminación, San Andrés, Islas, Abril 28 de 2002, [http://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/1d1dc52203-f619-4fcc-b3a6-0be644a0dfe1.pdf](http://www.urosario.edu.co/urosario_files/1d1dc52203-f619-4fcc-b3a6-0be644a0dfe1.pdf).

En el marco de la Asamblea Nacional Constituyente, también cabría resaltar la propuesta de Alberto Escobar Alcalá, residente no raizal de las Islas, como material de estudio para posibles desarrollos constitucionales y legales en torno al archipiélago (1991). En él se hace explícita referencia al Decreto 473 de 1986, expedido por el presidente Belisario Betancur para la protección y conservación del patrimonio cultural de las Intendencias y Comisarías. En su artículo 6 se preveía una composición específica para la integración del Consejo de Cultura y Educación, organismo encargado de liderar el proceso de protección y conservación cultural de las culturas nativas, en el que se consideraba la presencia de tres representantes de la comunidad (no se especifica si se trataba de raizales o nativos).

De las cinco propuestas que invoca Escobar Alcalá, vale la pena mencionar la correspondiente a protección cultural, que parte de la consideración especial de la población nativa del archipiélago:

*“El otro grupo se reduce a una sola comunidad; la de san Andrés y Providencia, un enclave cultural emparentado con el Caribe Sajón, que por azares del destino histórico, hizo parte de la jurisdicción de la Gran Colombia y entró al bifurcarse ésta a tomar parte político-administrativo de Colombia. Con su idioma propio, su afiliación a iglesias protestantes, sus tradiciones populares afro-caribes y una actitud de presencia cívica, desconocida en otros lugares de nuestro suelo patrio; se diferencia tanto de las otras culturas nacionales como de las subculturas derivadas de la hispánica...”* (Escobar Alcalá, 1991, págs. 25 - 26).

Finalmente, habría también que reseñar diversas tesis o trabajos de grado en que aspectos de los derechos de los raizales están al menos implícitos, así como los temas constitucionales concernientes al archipiélago. Entre ellas cabe registrar, por ejemplo, el presentado por María Fernanda Polanía para optar al grado de Magister en Estudios del Caribe de la Universidad Nacional de Colombia, las monografías para optar al título de Especialistas en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia de Carreño, Gordillo, Connoly y Escobar, o la tesis para optar al título de abogado de Andrés Sebastián Aya.

Quizás la más pertinente sea la de Polanía (*Normatividad y conflicto intercultural en San Andrés Isla, Caribe Colombiano*, 2005), residente no raizal, quien se preocupa por restituir tanto algunos conceptos básicos del multiculturalismo como las propuestas de los grupos raizales y continentales en torno a las islas. Ello no obstante, su propuesta no se asienta en los derechos étnicos, sino más bien en una especie de diálogo intercultural no estereotipado:

*“A partir de la Constitución de 1991 se intensifica el conflicto social intercultural por las fricciones étnicas entre los pobladores de la isla. Cada cual defiende y exige*

*derechos adquiridos a partir de las mismas leyes. La creación de leyes y proyectos especiales ocupó un lugar primordial en la vida del archipiélago. Sin embargo, hasta la fecha contienen problemas implícitos sobre las políticas que realmente se deben adoptar en el archipiélago. Estas deberían apuntar a una realidad intercultural y considerar todos los habitantes de las islas, sin otorgarles necesariamente los mismos derechos a los diferentes grupos culturales, pero teniéndolos a todos en cuenta a través de reglas claras que no se presten para la segregación... la educación intercultural debe ser herramienta principal para lograr soluciones de convivencia interétnica, que salvaguarden la cultura raizal, dentro de este complejo contexto intercultural. Aunque aseguran que la cultura raizal cuenta con tradiciones propias cuando se refieren a éstas, se mencionan expresiones como el folclor, la gastronomía, los bailes, etc. Sin embargo, sabemos que los raizales están fuertemente influenciados por la cultura del caribe Occidental, y teniendo en cuenta que en algunas oportunidades se ha definido el Caribe como “la unión de lo diverso”, se puede decir que algunos de los discursos de los raizales y sus organizaciones se muestran explícitamente segregadores y excluyentes de los otros, lo cual se contrapone a la naturaleza intercultural del archipiélago y del caribe, y más que presentar soluciones, ha abondado el conflicto intercultural...” (Polanía CH, 2005, págs. 133 - 134).*

Finalmente, los estudiosos de políticas públicas han venido interesándose en los temas de la diversidad étnica y cultural en tanto son materias emergentes sobre las cuales deben recaer éstas. En esta dirección, es necesario mencionar el Segundo Coloquio Internacional sobre Políticas Públicas, organizado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, que giró en torno precisamente a dicho tema: “Las políticas públicas de las diversidades: identidades y emancipación”<sup>37</sup>.

En últimas, esta actividad, muy cercana a los derechos estatuidos, requiere igualmente de diferenciación y diversidad:

*“Analizar en qué medida las políticas públicas consideran el entrelazamiento de las categorías sociales de género y étnico-raciales, apunta a la exploración de las posibilidades y alternativas necesarias para la promoción de la equidad en la participación en instancias de toma de decisiones y de formación de políticas públicas con respecto a la situación de mujeres, los sectores LGBT, y las poblaciones afrodescendientes, roms e indígenas. Los vacíos teóricos y jurídicos que han evidenciado la ausencia o las limitaciones de las políticas públicas para transformar las relaciones étnico-raciales y de género existentes, mejorar la condición de estas personas y abrir mejores oportunidades para ellas. Afrontar estos retos permite repensar la institucionalización del enfoque de género en las políticas públicas como el proceso político mediante el cual*

37 Las ponencias de dicho encuentro se publicaron en (Wabgou & Roth Deubel, 2009).

*se legitima la necesidad de establecer acciones dirigidas a superar las desigualdades entre los sexos. El debate actual referente al papel del estado en la redistribución de oportunidades para mujeres, hombres y grupos LGBTI es necesario para emprender un proceso de cambio socio cultural y de mentalidad mediante acciones políticas más eficientes en la materia. Igualmente, se debe hacer mayor énfasis en políticas públicas de corte étnico-racial con el fin de responder a las demandas de distintos grupos étnicos y raciales, que suelen encontrarse en condiciones de precariedad y de vulnerabilidad. En este análisis, que propone institucionalizar los enfoques étnico-racial y de género en las políticas públicas tanto a nivel local, distrital, departamental como nacional, subyace una perspectiva teórica referida a la concepción de los sujetos (mujeres, hombres, LGBTI's, afrodescendientes, roms, indígenas), su posición en el contexto socio-económico, político y cultural y de cambio social. Por lo tanto, se deben tener en cuenta estas dimensiones en los procesos de formulación de políticas públicas, incluyendo los programas de intervención, el seguimiento y la evaluación de cumplimiento de metas. Y, en este sentido, para avanzar hacia una práctica de formación de políticas públicas inclusivas es necesario superar o romper con la perspectiva tradicional de una elaboración de políticas hecha por expertos, tecnócratas o burócratas (inclusive bien intencionados)- que siempre tiende a reafirmar la visión y la concepción política de una postura dominante y la relación gobernante-gobernado, para reemplazarla por una estrategia más participativa y deliberativa..." (Wabgou & Roth Deubel, 2009, págs. 31 - 32).*

# ENTRE EL MULTICULTURALISMO Y LA INTERCULTURALIDAD

## Enfoque

Desde una perspectiva más conceptual, esta tesis pretende evaluar la posible aplicación de uno de dos enfoques teóricos a la hora de desarrollar una dogmática congruente de los derechos étnicos. El primero será denominado multiculturalismo, y el segundo interculturalidad.

Como suele suceder, las nominaciones son peligrosas, y en buena medida el riesgo que se corre es el de estereotipar una de las dos corrientes con miras a valorizar o entronizar la otra. Lo que suele suceder, sobre todo, cuando son los seguidores de una determinada posición quienes definen o delimitan los contornos de la otra.

Así, por ejemplo, ya hemos visto, y podríamos evidenciarlo aún más, que en este debate de los derechos étnicos quienes actualmente se consideran interculturales tienden a afirmar su pertenencia mediante la estructuración de un conjunto de imperfecciones o defectos que tendría el multiculturalismo. Pero dicho conjunto no siempre es asumido por los multiculturalistas como definitorio de sus posiciones, y por el contrario suponen que los problemas atribuidos a ellos son el resultado de otros factores, a veces más estructurales o simplemente coyunturales, de las formaciones sociales.

Un segundo riesgo a tener en cuenta es la distancia que existe, aun en un tema globalizado como éste, entre los contextos de producción y los contextos de recepción. Esta diferencia, que en nuestro medio ha sido invocada por Diego López, juega a mi modo de ver también en el diseño del contradictor de la posición adoptada. Pero antes de explicar este último giro, restituyamos en líneas gruesas la idea aludida:

*“La Teoría Transnacional de Derecho se produce en un lugar que me gustaría caracterizar abstractamente como “sitio de producción”. Un sitio de producción parece*

*ser un medio especial en donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho. Los sitios de producción están usualmente afincados en los círculos intelectuales e instituciones académicas de estados-nación centrales y prestigiosos. Por consiguiente, los países centrales generan los productos más difundidos de TTD, productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente, venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo... La contracara de los sitios de producción son los sitios de recepción. Dentro de un sitio de recepción, por lo general, la iusteoría producida allí ya no tiene la persuasividad y circulación amplia de la TTD, sino que, por el contrario, uno estaría tentado a hablar mejor de iusteoría "local", "regional", "particular" o "comparada". Con estos nombres quiero hacer referencia a los conceptos o sistemas iusteóricos particulares que dominan en países periféricos o semiperiféricos...*" (López Medina D. E., 2005, págs. 16, 17).

Lo anterior implicaría, y nuestra literatura coincidirá con ello, que el multiculturalismo fuese una construcción teórica de países centrales (en efecto, como se verá, se trata fundamentalmente de autores canadienses, en debate con académicos estadounidenses y de Europa central), que nosotros, como país periférico, simplemente adaptamos o aplicamos.

Estos pensadores multiculturales, a su vez, desde su situación en contextos de producción centralizada, son ubicados en determinada posición que les permita, a los académicos *centrales*, integrarlos críticamente en sus discusiones. Para el caso, por ejemplo, esto supone ser considerados como *comunitaristas*, en su debate frente a los liberales.

Claro: ellos, a su vez, discutirán esta ubicación, y buena parte de su postura tendrán que hacerla de forma tal que demuestren que no son comunitaristas, o por lo menos no del tipo al que critican los liberales, sino que sus ideas son genuinamente liberales, salvo que un tanto diferentes a las de la ortodoxia firmemente posicionada.

Este juego de posiciones y posturas no necesariamente es abordado de la misma manera en países periféricos. De forma tal que, por seguir con nuestra ilustración, en nuestro medio la táctica de ubicar a los multiculturalistas en tanto o como una simple desviación de los comunitaristas, y por ende igualmente *despreciables* o poco consistentes, no causa mella, pues las ideas comunitaristas nunca se han desarrollado de la misma forma que lo hicieron en contextos como el norteamericano, y no existe una tradición académica local interesada en apoyar o discutir dicha adscripción.

Por su parte, la interculturalidad aparece como una corriente global que emerge del sur, desde las diferentes fronteras periféricas, y pretende minar a su vez la credibilidad y consistencia del liberalismo triunfante. Por ello, en su discurso, los multiculturalistas

ofician más bien como sofisticados agentes de un liberalismo que busca remozarse en sus pretensiones de integrar la diferencia al paradigma dominante central. En ese orden de ideas, el rechazo al ideario multicultural es, al mismo tiempo, el rechazo a la pretensión de algunos pensadores de *centro* de ubicarlo como ajeno al proceso de dominación vestido con el ropaje de pensamiento liberal, y más bien ratificar que hace parte de su corazón, de su estrategia militante y homogeneizadora.

¿Cómo conducirnos en este galimatías, en este mundo de espejos y contraespejos, de disputa por la centralidad de las ideas teóricas que se vive actualmente entre centro y periferia?

Sin pretender resolver la controversia, que escaparía a nuestras posibilidades, lo que proponemos como hilo conductor es el siguiente. En principio, ubicaremos algunas ideas sobre la búsqueda de la justicia (el ideal de lo justo) en la discusión actual, como una manera de sentar algunas bases comunes de lo que supone la dinámica creativa de conceptos y perspectivas (tanto filosóficas como jurídicas) que pongan fin o resuelvan graves problemas o dilemas de inequidad o injusticia que producen las sociedades liberales. Este recorrido, corto, nos llevará básicamente por las ideas de Rawls y Amartya Sen, con algunas glosas menores de otros pensadores contemporáneos.

A renglón seguido, intentaremos una restitución básica de las ideas del multiculturalismo, apelando fundamentalmente a la obra del filósofo canadiense Will Kymlicka, complementada tangencialmente por los aportes del también filósofo canadiense Charles Taylor y del israelita Joseph Raz. La línea argumentativa que, en dicho acápite, trataremos de seguir es la de la consistencia de los derechos étnicos (derechos especiales en función de la pertenencia étnica, en sus palabras) con los principios liberales.

Dado que ellos esperan haber sido consistentes en sus planteamientos, consideramos oportuno en ese momento pasar revista a la manera como otros pensadores liberales, en especial Jürgen Habermas, o críticos del liberalismo pero en cierta consonancia discursiva con él, como Nancy Fraser, conciben a su vez esta consistencia, lo que supone algunos desacuerdos *internos* en relación con las posturas multiculturales.

De forma tal vez paralela, a su vez, consideraremos las posiciones de derechos étnicos que se han desarrollado desde algunos constitucionalistas o especialistas del campo de los derechos humanos en perspectiva internacional, quienes desde una lógica anclada en los derechos discuten más bien el lugar y la forma de los así llamados étnicos.

Finalmente, nos ocuparemos de restituir la crítica central que, desde el campo amplio de la poscolonialidad, se le ha hecho a las posturas multiculturales, para terminar en los rasgos básicos de lo que podría considerarse un planteamiento básico intercultural. Dado



que el conjunto de autores implicados aquí podría ser muy amplio, y los matices no dejan de ser significativos, optaremos por anclar nuestra presentación desde los planteamientos de Catherine Walsh, en quien vemos la potencialidad de desarrollar precisamente ese pensamiento que nace del *sur* (en su caso, desde las experiencias ecuatorianas y bolivianas moldeadas por la emergencia actual del movimiento indígena).

Dado que el punto en cuestión es el de restituir los argumentos básicos que soportan cada uno de los marcos conceptuales así anunciados, nuestra exploración no pretende en forma alguna dar cuenta de la multiplicidad de enfoques y autores involucrados con cada uno, lo que sería más propio de un estado del arte.

### La idea de la justicia

En su libro *Justicia y Democracia Consensual* el profesor Óscar Mejía Quintana da cuenta del llamado *giro epistemológico* asumido por uno de los principales teóricos modernos de la justicia, John Rawls. Para comprender el mismo, es necesario tener en la mente el problema principal que, a juicio de Mejía, intenta responder Rawls: “¿De qué manera el contrato social puede ser moralmente legítimo y ser subsumido por el ciudadano sin atentar contra su autonomía individual?” (Mejía Quintana, 1997, pág. 35).

Tras rastrear la manera en que Rawls va dando forma a la primera versión de su teoría, desde escritos menores en artículos que empiezan a situarse hacia 1951 hasta la elaboración completa de su teoría de la justicia en 1971, en donde va superando deficiencias de los postulados contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau) y kantianos, Mejía presenta así el corazón de esta primera enunciación:

*“Rawls concibe un procedimiento de argumentación moral para garantizar que los principios de la justicia sean escogidos contractualmente, pero rodeando ese contrato de todas las garantías necesarias para que sea el de hombres racionales y morales que no contaminen con sus juicios egoístas la imparcialidad de los mismos. El constructo metodológico que utiliza para ello será el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que garantice la imparcialidad de los acuerdos fundamentales... Rawls imagina una situación en la que todos están desprovistos de información que pueda afectar sus juicios sobre la justicia, excluyendo así el conocimiento de las contingencias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les introducen preconceptos en la selección de los principios directores... La posición original debe garantizar una situación inicial de absoluta neutralidad que asegure la imparcialidad de los principios de justicia... Si lo anterior constituía la condición de posibilidad general para lograr que en el procedimiento de selección de los principios todos los agentes estuvieran en una situación neutra similar, Rawls recurre enseguida a un mecanismo más específico para garantizarlo. El velo de igno-*

*rancia es el subconstructo que permite que al interior de la posición original todos sean iguales y tengan los mismos derechos en la manera para escoger los principios de justicia. Para Rawls, la posición original y el velo de ignorancia constituyen la situación y el mecanismo que permite que los principios de justicia satisfagan dos condiciones que los modelos contractualistas anteriores no habían podido realizar. Primero, garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social; segundo, gracias a lo anterior y a las restricciones de información impuestas por el velo de ignorancia, imprimirle a la selección de los principios de la mayoría, la legitimidad moral que evite cualquier asomo de arbitrariedad” (Mejía Quintana, 1997, págs. 43 - 46).*

He apelado a esta extensa cita, por cuanto de ella se extrae fácilmente la consecuencia que el mismo Rawls desentrañó, aun cuando de forma indirecta, para el que constituye el objeto de nuestro análisis. Las particularidades culturales o de pertenencia identitaria étnica no pueden ser tratadas, de esta forma, como un objetivo en sí, sino a través de cláusulas más generales. Por ello, aparecen moduladas en la escogencia de bienes básicos primarios, bajo la forma de bases sociales de auto-respeto, y se podrían extraer (mas no explicitar) de uno de su principios de la justicia, según el cual *“cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos -igual libertad-“* (Mejía Quintana, 1997, pág. 48).

Como continúa desarrollando Mejía, una posición de tal tipo atrae inmediatamente la crítica de otras corrientes, en especial las comunitaristas. Y ello por cuanto esta perspectiva, que demuestra la postura hegemónica e ideológica del individualismo liberal moderno, hace prácticamente imposible un diálogo con tradiciones y racionalidades distintas (Mejía Quintana, 1997, págs. 138 - 139).

Para limar asperezas con los comunitaristas y darle mayor peso intercultural a su postura, Rawls propone un giro en su teoría, para abordarla desde una concepción política de la justicia, que le permite responder a la pregunta de cuál es la concepción de justicia más apropiada *“para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dada una cultura democrática marcada por una diversidad de doctrinas en su interior. El punto central es entonces definir el carácter que debe comportar un pluralismo razonable en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres. En otras palabras, cómo es posible que perdure en el tiempo una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, divididos por doctrinas diferentes... Al no existir, de hecho, una doctrina razonable apoyada por todos los ciudadanos, la concepción de la justicia de una sociedad bien ordenada debe limitarse al dominio de la política para poder lograr unas condiciones mínimas de estabilidad y pluralismo. De esa forma, los ciudadanos, aun asumiendo doctrinas opuestas, pueden alcanzar un consenso entrecruzado a través del acuerdo político”* (Mejía Quintana, 1997, págs. 153 - 154).

Esta misma idea se encuentra desarrollada con más fuerza en uno de los últimos trabajos de Rawls, *La Justicia como Equidad* (2002), en donde el filósofo norteamericano precisa el alcance del consenso entrecruzado y especifica, en consecuencia, que su desarrollo implica una visión política de la justicia:

*“La idea de un consenso entrecruzado se introduce para dotar de mayor realismo a la idea de una sociedad bien ordenada y para ajustarla a las condiciones históricas y sociales de las sociedades democráticas, condiciones que incluyen el hecho del pluralismo razonable. Aunque en una sociedad bien ordenada todos los ciudadanos afirman la misma concepción política de la justicia, asumimos que no lo hacen por idénticas razones en todo momento. Los ciudadanos tienen visiones religiosas, filosóficas y morales encontradas, con lo que defienden la concepción política desde el interior de doctrinas comprensivas diferentes y opuestas y, así, en parte al menos, por diferentes razones. Pero esto no es óbice para que la concepción política sea un punto de vista compartido desde el que pueden resolverse cuestiones relativas a las esencias constitucionales”* (Rawls, *La Justicia como Equidad: Una Reformulación*, 2002, págs. 58 - 59).

Rawls considera que no todas las personas tienen en realidad una visión comprensiva del mundo, y más bien reflejan visiones parciales, cambiantes, que incluso podrían ser consideradas por algunos como meros *modus vivendi*. Pero, a su entender, este rasgo fortalece, antes que debilita, su tesis. Y, a su vez, permite visualizar el consenso entrecruzado como un proceso histórico, no meramente utópico:

*“Lo esencial para un consenso entrecruzado es la estabilidad con respecto a la distribución del poder: esto requiere que la concepción política sea defendida por los ciudadanos independientemente de la fuerza política de su concepción comprensiva... Así, puede ser importante cierta laxitud en nuestras visiones comprensivas, así como que no sean plenamente, sino solo parcialmente, comprensivas... Conjeturamos, pues, que conforme los ciudadanos van estimando lo que consigue una concepción liberal, van desarrollando una lealtad hacia ella, una lealtad que se fortalece con el tiempo. Llegan a pensar que es tan razonable como sabio asumir sus principios de justicia como principios que expresan valores políticos que, bajo las condiciones razonablemente favorables que hacen posible la democracia, superan normalmente a otros valores que se les pudieran oponer. Con eso tenemos un consenso entrecruzado... Por consiguiente, un consenso entrecruzado no es meramente un consenso sobre la aceptación de ciertas autoridades, o sobre el acatamiento de ciertas disposiciones institucionales, basado en una convergencia contingente, o histórica, de intereses individuales o grupales. Las tres visiones del caso ejemplar apoyan la concepción política desde dentro de sí mismas: cada una reconoce sus conceptos, principios y*

*virtudes como el contenido compartido en el que coinciden sus diversas concepciones particulares. El hecho de que los que asumen la concepción política partan de su propia visión comprensiva y consecuentemente organicen su doctrina usando diferentes premisas y razones, no hace que el hecho de asumirla sea, según el caso, menos religioso, filosófico o moral” (Rawls, La Justicia como Equidad: Una Reformulación, 2002, págs. 248 - 254).*

En la sexta conferencia de su texto *Liberalismo Político* (Rawls, 1996), busca presentar una idea de razón pública que sea aceptable a una concepción liberal de la justicia como la que él propugna. Para nuestra línea argumentativa, la discusión es importante porque bosqueja una metodología para que asuntos como el de la diferencia identitaria o el multiculturalismo sean asumidos por sociedades *democráticas*. En ese contexto, “*la razón pública es la razón de ciudadanos iguales que, como un cuerpo colectivo, ejercen poder político terminante y coercitivo unos respecto de otros, aprobando leyes y mejorando su constitución*” (Rawls, 1996, pág. 249).

En la práctica, ella no rige para todos los asuntos políticos, sino únicamente para aquellos que se consideran esenciales, o de justicia básica. Pero la idea es que si en lo fundamental se logra construir, será más fácil hacerlo en lo político cotidiano.

Otro límite a tener en cuenta es que la razón política no es idéntica a las deliberaciones o reflexiones personales, así sean sobre temas similares. Por ejemplo, uno es el asunto de qué religiones o culturas debe tolerar una sociedad democrática, y otro el de mi opinión personal sobre cuáles religiones o culturas considero válidas o vigentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para evitar que la razón pública sea únicamente el conjunto de opiniones personales, “*nuestro ejercicio del poder político es propia y consiguientemente justificable solo si se realiza de acuerdo con una constitución, la aceptación de cuyas esencias pueda razonablemente presumirse de todos los ciudadanos a la luz de principios e ideales admisibles por ellos como razonables y racionales. Tal es el principio liberal de legitimidad. Y puesto que el ejercicio del poder político mismo debe ser legítimo, el ideal de la ciudadanía impone un deber moral, no legal, el deber de la civilidad, para poder explicarse unos a otros respecto de esas cuestiones fundamentales como las políticas, y los principios por los que abogan pueden fundarse en los valores políticos de la razón pública. Ese deber implica también una disposición a escuchar a los demás, así como ecuanimidad a la hora de decidir cuándo resultaría razonable acomodarnos a sus puntos de vista...*” (Rawls, 1996, pág. 252).

Nótese cómo en esta noción de razón pública hay involucrada una racionalidad distinta a la del voto ordinario, que expresaría precisamente las preferencias privadas o personales, o sus intereses. El punto de civilidad que involucra la razón pública obligaría a un voto que promueva el bien común.

Ahora bien, según Rawls una concepción política liberal debe contener orientaciones que permitan discernir cuáles son los principios substantivos para la justicia básica, y cuándo deben aplicarse. Lo que nos llevaría a dos tipos de valores:

Los primeros, de justicia política, como los de igualdad social, reciprocidad económica y bien común. Y otros, de razón pública, que son más bien líneas de orientación de la indagación pública, como la razonabilidad y disposición a respetar el deber de la civilidad. Ambos tipos deben tener la misma fuerza.

*“Lo esencial de la idea de razón pública es que los ciudadanos tienen que llevar sus discusiones fundamentales en el marco de lo que cada uno considera como una concepción política de la justicia basada en valores cuya aceptación por otros quepa razonablemente esperar, y de modo que cada uno esté dispuesto a defender esa concepción así entendida...”* (Rawls, 1996, pág. 261).

Como reconoce Rawls, es posible que los otros no compartan los principios y orientaciones que nuestro criterio selecciona, pero lo importante es esa especie de disciplina social que orienta la discusión pública, y que hace que no todo valor pase el test propuesto.

A partir de estos presupuestos, y buscando esclarecer lo que llama esencias constitucionales, el autor trata de establecer una diferenciación entre libertades básicas y principios que cubren desigualdades económicas y sociales, donde toma partido por las primeras. Más allá de este debate, que ha sido alimentado por cultores y críticos de la justicia como equidad, lo que quisiera resaltar nuevamente es el camino que abre en Rawls la razón pública para aumentar el rango de decisiones básicas o fundamentales que una sociedad democrática liberal puede adoptar, en la medida en que entre ellas bien podría caber todo el debate multicultural:

*“Lo que la razón pública exige es que los ciudadanos sean capaces de explicar su voto unos a otros en términos de un balance razonable de valores políticos públicos, entendiendo todos y cada uno que, evidentemente, la pluralidad de doctrinas comprensivas razonables sostenidas por los ciudadanos es concebida por ellos como fundamento ulterior, y a menudo trascendente, de esos valores. En cada caso, qué doctrina se afirma es un asunto de consciencia de cada ciudadano. Es verdad que el balance de los valores políticos que haga cada ciudadano tiene que ser razonable y parecer razonable a los demás ciudadanos, pero no todos los balances razonables son iguales. Las únicas doctrinas comprensivas que chocan con la razón pública son las que resultan incompatibles con un balance razonable de los valores políticos...”* (Rawls, 1996, pág. 278).

A lo que cabría agregar la visión de derechos que le aporta Dworkin a la primera versión de la teoría de la justicia de Rawls, y que pensamos es consistente también con el giro epistemológico descrito. En *Los derechos en serio* (Dworkin, 1993) tematiza los dos principios iniciales de justicia que propone Rawls: que cada persona debe tener la mayor libertad política compatible con una libertad semejante para todos y que las desigualdades —en el poder, la riqueza, los ingresos y otros recursos— no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la sociedad que peor están.

Dworkin se pregunta si estos dos principios favorecen los intereses *antecedentes* o *actuales* de las personas. Para ello, utiliza varios ejemplos, de los cuales podría servirnos el caso de las apuestas de caballos: apostarle a uno que ofrece los mejores pronósticos favorece mi interés antecedente, aun cuando después el caballo pierda, mientras que favorece mi interés actual el apostar al caballo que gana, aun cuando a la hora de hacer la apuesta pareciera una tontería (Dworkin, 1993, págs. 235 - 238).

El asunto es importante a la hora de evaluar si los principios rawlsianos tienen una raigambre conservadurista o contemporánea.

*“Rawls supone, por ejemplo, que sus hombres escogerían inevitablemente principios conservadores porque ésta sería, en su ignorancia, la única elección racional que podrían hacer hombres guiados por su propio interés. Pero algunos hombres, conscientes de sus propios talentos, bien podrían preferir principios menos conservadores, que les permitieran sacar partido de los recursos que saben que tienen. Alguien que considere la posición original como un argumento en favor de los principios conservadores se enfrenta, por consiguiente, con esta opción. Si principios menos conservadores, como los que favorecen a determinados individuos, han de ser excluidos por obviamente injustos, entonces el argumento a favor de los principios conservadores es correcto desde el comienzo, sobre la sola base de su evidente equidad... Pero si no se pueden excluir por anticipado... entonces la imposición de ignorancia a los hombres de Rawls, de manera que preferan los principios más conservadores, no se puede explicar simplemente como una exclusión de las opciones evidentemente injustas. Y puesto que esto afecta al interés propio antecedente de esos hombres, el argumento de que la posición original demuestra el interés propio antecedente de los hombres actuales debe fallar...”* (Dworkin, 1993, pág. 240).

Y Dworkin avanza aún más, mostrando cómo el equilibrio reflexivo, propuesto por Rawls como una técnica que nos permitiría discernir, frente a procesos convencionales, cuáles son justos y cuáles no, tampoco aporta a solucionar el dilema. En primer lugar, por cuanto no se trata simplemente de encontrar principios que se acomoden a nuestros juicios, sino que éstos deben precisamente servir de base a nuestros juicios. Pero como podría suceder (de hecho, Dworkin piensa que sucede frecuentemente) que no pudiéramos

lograr ningún conjunto coherente de principios últimos que sirvan de base a cada una de nuestras convicciones inmediatas, lo que hagamos sea oscilar entre juicios inmediatos y los principios que los podrían explicar, de forma que efectivamente tengamos que apelar a ese equilibrio reflexivo entre nuestros juicios y los principios de justicia propuestos.

*“Pese a ello, no está claro cómo encaja en esta estructura la idea de posición original, ni siquiera por qué ha de desempeñar algún papel en ella. La posición original no se encuentra entre las convicciones políticas que de ordinario tenemos y para cuya justificación recurrimos al equilibrio reflexivo. Si algún papel desempeña, debe ser en el proceso de justificación, porque tiene su lugar en el cuerpo teórico que construimos con el fin de equilibrar nuestras convicciones. Pero si los dos principios de justicia están a su vez en equilibrio reflexivo con nuestras convicciones, no está claro por qué necesitamos de la posición original como suplemento de los dos principios del lado teórico de la balanza. ¿Qué puede aportar la idea a una armonía ya establecida?”* (Dworkin, 1993, pág. 242).

Entonces, para sustentar la conexión entre posición original y principios de justicia Dworkin regresa a la que llama una teoría más sustancial de Rawls (que puede tener una versión profunda o superficial) que apuntaría a que estos principios son constitutivos de nuestra capacidad moral. Es decir, serían una especie de categorías innatas de la moralidad, comunes a todos, casi que impresas en nuestra estructura neurológica, de forma tal que no seríamos capaces de razonar si negamos dichos principios (Dworkin, 1993, pág. 245).

De esta forma, cuando se llegue a la forma hipotética del contrato, que sella la posición original, se realiza de hecho su teoría moral:

*“He de sostener que cualquier teoría más profunda que justifique el uso que hace Rawls del contrato debe ser una forma particular de teoría deontológica, una teoría que se tome la idea de los derechos tan en serio como para hacer de ellos algo fundamental en la moralidad política...”* (Dworkin, 1993, pág. 258).

Como se ve, de esta forma queda establecida la conexión entre esta idea de moral y el derecho natural:

*“Parece adecuado suponer, pues, que la teoría profunda que respalda la posición original debe ser algún tipo de teoría basada en derechos. Hay otra manera de expresarlo, que hasta ahora he venido evitando. Debe ser una teoría que se base en conceptos de derechos que son naturales, en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético...”* (Dworkin, 1993, pág. 267).

Con esto, Dworkin llega finalmente a la premisa que quería sostener, y que si bien no considera sorprendente, sí requiere a su juicio constante visibilización:

*“Por lo tanto, podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y administrar justicia”* (Dworkin, 1993, pág. 274).

Ello no obstante, la respuesta del binomio Rawls/Dworkin parece ser insuficiente, pues da cuenta solo de un procedimiento político que efectivamente podría llevar a tener mayor consideración de asuntos vinculados con tradiciones e identidades diferentes, pero no asegura *per se* el respeto a la base cultural étnica del que ellos derivan. Más bien, parece una forma hábil de integrar a otras sociedades bajo el ropaje de una sociedad liberal bien ordenada, en clave de individuos lo suficientemente racionales como para dejar de lado sus particularidades identitarias.

A este respecto, a mi juicio ganará cada vez más espacio la línea interpretativa propuesta por el economista Amartya Sen en su último libro, dedicado a la idea de la justicia (2010). Los rasgos básicos de este cambio de enfoque obedecerían al rescate de una de las dos líneas del razonamiento sobre la justicia que ocuparon a los filósofos europeos vinculados al pensamiento radical durante los siglos XVII y XIX. Mientras unos pensadores se ocupaban en identificar los rasgos de esquemas institucionales justos para la sociedad (que Sen denomina como “institucionalismo trascendental, y en el que encuadraría a pensadores como Hobbes y Rousseau), otros lo hacían en la búsqueda de soluciones menos injustas para sociedades factibles. O, en otras palabras, estaría enfrentándose un modelo de la justicia más perfecta posible al de los criterios para una sociedad lo menos injusta posible.

En los términos actuales, para Sen harían parte del primer grupo autores como Rawls y Dworkin, mientras que él se ubica en el segundo.

*“La diferencia entre los dos enfoques, el institucionalismo trascendental, por una parte, y la comparación basada en realizaciones, por la otra, resulta crucial. Da la casualidad de que de la primera tradición, la del institucionalismo trascendental, deriva hoy la filosofía política en su exploración de la teoría de la justicia. La más poderosa y determinante exposición de este enfoque de la justicia se puede encontrar en la obra del principal filósofo político de nuestro tiempo, John Rawls... En contraste con casi todas las modernas teorías de la justicia que se concentran en la “sociedad justa”, este libro es un intento de investigar comparaciones basadas en realizaciones que se orientan al avance o al retroceso de la justicia...”* (Sen, 2010, págs. 37 - 40).



La razón de este entusiasmo con dichos enfoques reside, a su juicio, en la posibilidad de conectar con el mundo real, sin permanecer simplemente elucubrando sobre la posible perfectibilidad de las instituciones hipotéticas:

*“la necesidad de una comprensión de la justicia basada en los logros está relacionada con el argumento de que la justicia no puede ser indiferente a las vidas que las personas pueden realmente vivir. La importancia de las vidas, experiencias y realizaciones humanas no puede ser suplantada por información sobre las instituciones existentes y las reglas operantes. Las instituciones y las reglas son, por supuesto, muy importantes por su influencia en lo que sucede y por ser parte esencial del mundo real, pero la realidad efectiva va mucho más allá de la imagen organizacional e incluye las vidas que la gente es capaz o no de vivir. Al observar la naturaleza de las vidas humanas, tenemos razón al interesarnos no solo por las diversas cosas que logramos hacer, sino también por las libertades que realmente tenemos para escoger entre diferentes clases de vidas...”* (Sen, 2010, pág. 50).

Ahora bien, para promover la evaluación y adopción de alternativas que promuevan la justicia, Sen propone una democracia o gobierno por discusión, en donde el razonamiento público tiene un papel central, en tanto que es precisamente a través de éste que pueden evaluarse los criterios de justicia posible:

*“El papel crucial del razonamiento público en la práctica de la democracia hace que la entera cuestión de la democracia se relacione muy de cerca con el tópico central de esta obra, a saber, la justicia. Si las exigencias de la justicia pueden ser evaluadas solo con la ayuda del razonamiento público, y si el razonamiento público está constitutivamente relacionado con la idea de la justicia, entonces hay una íntima conexión entre justicia y democracia, que comparten características discursivas”* (Sen, 2010, pág. 356).

Y en este punto, el autor destaca por ejemplo, tratando el caso de las identidades religiosas en la India, cómo *“el efecto de la demagogia sectaria puede ser superado tan solo a través de la promoción de valores incluyentes que atraviesen las divisiones sociales. El reconocimiento de las múltiples identidades de cada persona, entre las cuales la identidad religiosa es una más, resulta crucial a este respecto... La práctica de la democracia puede ciertamente ayudar a promover un mayor reconocimiento de las identidades plurales de los seres humanos”* (Sen, 2010, págs. 384 - 385).

Aun cuando Sen no trabaja en detalle la conexión entre avances de la justicia y derechos étnicos, sí los tematiza al hablar de los derechos sociales y económicos en general. La discusión sobre estos últimos permite valorar las cuestiones éticas que subyacen a distintas propuestas de desarrollo global. Esto es lo que ha permitido superar dos de los reproches u

objeciones que se han esgrimido contra los derechos de segunda generación. El primero, que Sen denomina “crítica de la institucionalización” radica en la argumentación según la cual los derechos deben corresponderse exactamente con deberes correlativos precisamente formulados, lo que no sería el caso tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo que, para dicho autor, implica una visión de obligaciones perfectas que la práctica desvirtúa. Si se piensa, por el contrario, desde una perspectiva de obligaciones imperfectas, pero reales, se puede apreciar cómo un estado, aún el más empobrecido, procede ordinariamente a enfrentar violaciones a estos derechos como las que implican hambrunas, desastres naturales, desnutrición crónica, etc. Y este campo de acción puede irse ampliando.

Situación que nos acerca al segundo escenario, al que denomina la crítica de la factibilidad. Este surge por cuanto, a pesar de los mejores esfuerzos, no es factible realizar muchos de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero Sen advierte que esta crítica es aplicable a todos los derechos, incluidos los de primera generación.

¿Cómo proceder, entonces, para hacer de los derechos algo viable? ¿Cómo acercarnos a una teoría de lo menos injusto? Aquí, Sen nuevamente nos confronta con su idea del escrutinio o razonamiento público:

*“Como otras proposiciones éticas que demandan aceptabilidad bajo escrutinio imparcial, hay una presunción implícita de que al hacer pronunciamientos sobre los derechos humanos la coherencia de las afirmaciones éticas subyacentes sobreviviría al escrutinio abierto e informado. Esto implica la invocación de un proceso interactivo de escrutinio crítico con imparcialidad abierta (incluida la apertura a la información procedente inter alia de otras sociedades y a los argumentos provenientes de cerca y de lejos), lo cual permite debates sobre el alcance y el contenido de los presuntos derechos humanos... Tiene que reconocerse, sin embargo, que incluso con un acuerdo sobre la afirmación de los derechos humanos, puede haber aún serio debate, particularmente en el caso de las obligaciones imperfectas, sobre los mejores medios para orientar la atención debida a los derechos humanos. Puede haber también debate sobre cómo los diferentes tipos de derechos humanos deben ser ponderados entre sí e integradas sus respectivas exigencias, y cómo las reivindicaciones de derechos humanos deben consolidarse con otras preocupaciones evaluativas que también merecen atención ética. La aceptación de una categoría de derechos humanos, no obstante, dejará espacio para más discusión, debate y argumento, lo que constituye la naturaleza de la disciplina...” (Sen, 2010, págs. 412 - 419).*

Como veremos, esta manera de postular el debate acerca mucho las posiciones de Sen a la de los nuevos constitucionalistas. Además, al alejarse de modelos pre-establecidos, como el que propone la teoría liberal, o institucionalista en esta versión, dejaría más jue-

go hacia un acercamiento a cuestiones de justicia material desde de lo que más adelante denominaremos interculturalidad. Ello no obstante, no es nuestro propósito ubicar las ideas de Rawls y Dworkin como fundamento de las posiciones multiculturales, haciendo lo propio como Sen y la crítica poscolonial. Lo que nos interesaba de este breve recuento era proponer un cierto entendimiento básico de la manera como se articula la teoría contemporánea de la justicia con la construcción de derechos o posiciones jurídicas en torno a ellos. Por eso, por ahora, dejaremos así planteado el punto, y pasaremos a desarrollar las ideas básicas de la corriente o postura multicultural.

### **El derecho a la ciudadanía multicultural**

Como anunciábamos previamente, las tesis centrales del multiculturalismo se postularán siguiendo los planteamientos de Will Kymlicka, principalmente. Una vez sintetizados éstos, se apelará colateralmente a matices sugeridos por Charles Taylor y Joseph Raz, como una forma de darle mayor consistencia a las propuestas de dicha corriente.

A su vez, Kymlicka, filósofo canadiense, postuló en 1995 (con traducción al español del año siguiente) lo que podría considerarse el corazón de su propuesta, en su texto *Ciudadanía Multicultural* (1996). A partir de ésta, y frente a críticas o preguntas que han suscitado sus textos, ha venido precisando el alcance de sus ideas en diferentes recopilaciones, de las cuales sobresalen *La Política Vernácula* (Kymlicka, 2003), *Fronteras Territoriales* (Kymlicka, 2006), *Derechos de las Minorías y estado de Bienestar* (Kymlicka, Will; Banting, Keith, 2007) y *Las Odiseas Multiculturales* (Kymlicka, 2009). En esta síntesis se citarán en ese orden, tratando de resaltar en cada caso las particularidades que van sumándose al espíritu general de su propuesta.

En *Ciudadanía Multicultural* el filósofo canadiense busca fundamentalmente responderse esta pregunta: ¿dentro de cierto tipo de sociedades liberales son imprescindibles los derechos diferenciados en función del grupo cultural?<sup>38</sup>

La respuesta afirmativa que va construyendo, le implicará al autor ir más allá de dos tipos de planteamientos del problema que se vienen inmediatamente a la mente cuando se menciona el tema: Primero, que estamos ante una forma del debate entre derechos individuales y colectivos, frente al cual el liberalismo optaría por la defensa de los primeros. Segundo: que la misma tradición liberal se opone a la consideración de otorgar derechos específicos en función del grupo.

---

38 Para la síntesis de este texto en particular, mantengo los lineamientos generales que desarrollé en mi trabajo de Tesis de Maestría en Derecho. De igual manera, apelaré a dichas síntesis en los casos de Charles Taylor, Farrel y apartes de las obras de Habermas y Santos.

Kymlicka inicia sus reflexiones constatando un par de verdades empíricas inobjectables: la mayoría de los países son en la actualidad culturalmente diversos. Y, a su interior, diversos grupos minoritarios exigen el reconocimiento de su identidad. De esta forma, se llega a algo que ordinariamente se denomina como *el reto del multiculturalismo*.

Sin embargo, aquí encontramos enfrentados dos modelos distintos de diversidad cultural: el de la multiplicidad de naciones o comunidades históricas asentadas en un territorio estatalmente común, que el autor denomina estados multinacionales, y el de los estados conformados por distintos grupos de inmigrantes, al que considerará como poliétnicos. Obviamente, se trata de características analíticas, pues en buena proporción la realidad nos muestra incluso que muchos de los estados cuyos rasgos son preponderantemente multinacionales también son poliétnicos, y viceversa. Lo que sí estaría en cuestión sería la existencia extendida de estados culturalmente uniformes, a pesar de que paradójicamente la mayor parte de la producción teórica se dirige a éstos.

A su vez, para que esta caracterización dual tenga sentido, el autor requiere utilizar una categoría operativa de cultura que le permita diferenciar, al mismo tiempo, la extrema generalidad del aserto, que llevaría a afirmaciones como la de que en últimas todas las sociedades compartimos la misma cultura pues derivamos de patrones de civilizaciones más o menos compartidos, y los entendimientos más difusos o ambivalentes, que llevarían a considerar como cultural tanto la pertenencia a una nación como a un grupo de género o generación<sup>39</sup>:

*“Por mi parte, empleo los términos cultura (y multicultural) en un sentido diferente. Me centraré en el tipo de multiculturalismo derivado de las diferencias nacionales y étnicas. Como dije antes, utilizo cultura como sinónimo de nación o pueblo; es decir, como una comunidad intergeneracional, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte un lenguaje y una historia específicos. Por tanto, un estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un estado multinacional), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política”* (Kymlicka, 1996, pág. 36).

Nuestro escrito se centrará preferentemente en las consideraciones referidas a los estados multinacionales, por cuanto se corresponden precisamente con la pregunta de in-

---

39 De hecho, muchas de las reivindicaciones del movimiento gay, de lesbianas o de discapacitados adquieren la bandera de la lucha por el multiculturalismo, y están enmarcadas en las luchas por el reconocimiento. Aunque Kymlicka se opone a esta extensión conceptual por razones prácticas, ya que “la mejor manera de asegurar que ningún tipo de grupo acabe siendo invisible es haciendo una clara distinción de ellos” (1996, pág. 37), no pretende zanjar el debate de fondo que supone la comparación entre la integralidad de una cultura como la gay y otra como la nacional.

vestigación que nos estamos formulando. En ese orden de ideas, Kymlicka señala cómo los derechos que estas parcialidades tienden a levantar frente a las culturas nacionales hegemónicas se relacionan ordinariamente con autogobierno, representación y derechos poliétnicos (derechos especiales que deberían tener sus miembros en razón de su etnia), remitiendo a tres tipos de ciudadanía diferenciada (en la medida en que un miembro de estas parcialidades adquiere o ve restringidos derechos distintos a los miembros de otra comunidad nacional).

Y éste es un punto en que la cuestión de los derechos diferenciados en función del grupo adquiere ya una considerable complejidad práctica. Aunque de hecho la mayoría de los estados involucra mecanismos de protección en uno de los tres sentidos anotados, es igualmente cierto que las relaciones que se establecen entre ellos no dejan de ser particulares.

Así, a manera de ejemplo, los derechos de representación pueden otorgarse como fruto de preocupación por la democracia participativa (infra valoración de algunas minorías que no logran hacerse oír en sus intereses políticos) o como una consecuencia directa y necesaria del autogobierno: dado éste, ningún organismo externo puede resolver unilateralmente en competencias que afectan estas minorías, sin asegurar su consentimiento. Paralelamente, otorgar derechos poliétnicos diferenciados a un grupo lleva muy rápidamente al debate sobre su relación con los derechos individuales, sobre todo cuando su aplicación deriva en restricción de estos últimos (como en los casos en que se afecta la libertad de culto, la igualdad por razones de género, etc.)

En este punto, Kymlicka muestra cómo estamos lejos del debate que opone derechos individuales y colectivos, pues lo que aquí entra en juego es de otra índole. Por un lado, están implicadas reivindicaciones que un grupo étnico pueda hacer contra sus propios miembros. Y, por la otra, reivindicaciones que ese mismo grupo hace contra la sociedad que lo engloba.

Estas últimas implican, por lo tanto, *protecciones externas*: medidas que el grupo busca en aras a proteger su existencia y su identidad específica frente a otros grupos. Las primeras, remiten a *restricciones internas*: limitaciones a las libertades civiles y políticas básicas de sus miembros en aras a conservar la cultura o la tradición.

Ahora bien, no todas culturas nacionales reivindican protecciones externas y restricciones internas al mismo tiempo, y no necesariamente cuando luchan por derechos de autogobierno, poliétnicos o especiales de representación están intentando imponer restricciones internas o de obtener protecciones externas. Pero, en conjunto, están intentando ser menos vulnerables y asegurar su sobrevivencia.

Ordinariamente, se encontraría un cuadro similar al siguiente:

*“Los derechos especiales de representación para un grupo dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad hacen menos probable que una minoría nacional o étnica sea ignorada en decisiones que afecten globalmente al país. Los derechos de autogobierno confieren poderes a unidades políticas más pequeñas, de manera que una minoría nacional no puede ser desestimada o sobrestimada por la mayoría de decisiones que son de particular importancia para su cultura, como las cuestiones de educación, inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derecho familiar. Los derechos poliétnicos protegen prácticas religiosas y culturales específicas que podrían no estar adecuadamente apoyadas mediante el mercado (por ejemplo subvencionando programas que fomenten las lenguas y las artes en los grupos), o que están en desventaja (muchas veces inintencionadamente) en la legislación vigente (por ejemplo, las exenciones a la legislación de cierre dominical o pautas indumentarias que entran en conflicto con creencias religiosas)... En tales circunstancias, no se produce necesariamente un conflicto entre las protecciones externas y los derechos individuales de los miembros del grupo. La existencia de tales protecciones externas nos habla de la relación entre la mayoría y los grupos minoritarios; no nos dice nada acerca de la relación entre el grupo étnico o nacional y sus propios miembros. Los grupos que tienen esas protecciones externas pueden respetar plenamente los derechos civiles y políticos de sus miembros... Sin embargo, otros grupos están interesados en controlar el disenso interno y reclaman derechos diferenciados en función del grupo para imponer restricciones internas sobre sus miembros. Tanto los derechos de autogobierno como los derechos poliétnicos pueden, en determinadas circunstancias, ser empleados para limitar los derechos de los miembros del grupo minoritario” (Kymlicka, 1996, págs. 61 - 62).*

Lo que plantea dos tipos de problemas distintos: Uno, el del derecho a la sobrevivencia cultural en medio de sociedades liberales mayores que son, a su vez, multiculturales. Y otro, el de restricciones internas promovidas por grupos nacionales que afectan sensiblemente los derechos liberales de sus miembros, sobre todo cuando estas mismas parcialidades se reclaman a sí mismas como iliberales (o, por lo menos, afirman no compartir el universo de sentido liberal). En ambos casos, la cuestión preponderante no es si la comunidad tiene prelación sobre los individuos, sino si la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes.

A partir de profusas referencias bibliográficas, Kymlicka ilustra la diversidad de puntos de vista que se encuentran en la tradición liberal con respecto a los derechos de las culturas minoritarias. En medio de ese debate, no era raro encontrar en épocas pasadas defensores a ultranza de la idea de que la libertad era posible únicamente en los estados

multinacionales, o de que el autogobierno solo era defensible si el *pueblo* era un pueblo (Kymlicka, 1996, págs. 78 - 87).

Sin embargo, diversos factores incidieron en el abandono del tema por parte de los pensadores liberales contemporáneos: la poca importancia que a los mismos le concedieron los teóricos norteamericanos, la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y el problema del nazismo, el fracaso del Plan de Protección de Minorías de la Sociedad de Naciones y el proceso de desegregación racial en los Estados Unidos (a partir de una tendenciosa lectura de la sentencia del caso Brown, que llevaría de la fórmula de leyes ciegas al color o a la ceguera en lo relacionado a los derechos de las minorías nacionales).

Tanto así que reputados defensores del pluralismo en Norteamérica, como en el caso de Michael Walzer, se muestran reacios, y a veces hasta hostiles, al reconocimiento de derechos especiales en función del grupo, por lo menos en lo que a dicha tradición nacional compete.

Retornando a las fuentes, la posición del Kymlicka es que los derechos de las minorías no solo son consistentes con la libertad individual, sino que incluso la pueden fomentar. O, en otras palabras, que existe una íntima conexión entre libertad y cultura.

El punto sería el siguiente: en el mundo existen diversos tipos de culturas societales, cuyas prácticas e instituciones comprenden toda la gama de actividades humanas públicas y privadas. De alguna forma, estas culturas societales luchan entre sí, en medio de una especie de ideal moderno de una cultura común con pretensiones hegemónicas.

Ahora bien, si el presupuesto de la libertad liberal consiste en la amplia posibilidad dada al individuo para que éste pueda elegir lo que considera buena vida, así se equivoque, tendríamos que considerar dos premisas o condiciones básicas para su desarrollo: que podamos dirigir nuestra vida desde adentro, de acuerdo con nuestras propias convicciones, y que podamos cuestionar esas mismas creencias<sup>40</sup>.

Estas condiciones generalmente son posibles al interior de una determinada cultura societal, dado que son ellas las que nos permiten entender el significado de las prácticas sociales, a partir de la comprensión de su lenguaje, tradiciones, convenciones, etc. Sólo así podemos hacer juicios inteligentes sobre cómo dirigir nuestras vidas.

---

40 El ejemplo de la religión, propuesto por Kymlicka, es bastante sugestivo: "Consideremos el caso de la religión. Una sociedad liberal no solo concede a los individuos la libertad de actuar de acuerdo con su fe, sino que también les permite buscar nuevos adeptos a la misma (se permite el proselitismo), o cuestionar la doctrina de su Iglesia (se permite la herejía), o renunciar completamente a su fe y convertirse a otra religión o al ateísmo (se permite la apostasía). Es totalmente concebible tener la libertad de seguir la propia fe y no tener ninguna de estas libertades; en el mundo islámico existen muchos ejemplos de ello..." (Kymlicka, 1996, págs. 119 - 120).

Por ello, y en esto Kymlicka sigue a Dworkin, la protección de las culturas no es valiosa solo por ellas en sí mismas, sino porque únicamente gracias al acceso a una cultura societal las personas pueden adherir a una serie de opciones significativas para sus vidas. Así, si para ejercer la libertad se requiere el acceso a una cultura societal, las medidas diferenciadas que lo aseguran y fomentan tienen un legítimo papel a jugar dentro de una teoría liberal de la justicia.

Obviamente, para llegar a este paso deben vencerse algunas objeciones de peso. Quizás la principal sea: ¿por qué debe protegerse el acceso a la *propia* cultura? ¿No bastaría con proteger la cultura mayoritaria, y crear las condiciones para que todos puedan integrarse a ella? Máxime cuando está probado que algunas personas pueden cambiar de cultura, o que incluso buscan hacerlo (como en el caso de muchos inmigrantes).

En este punto, Kymlicka considera (siguiendo a Rawls en el ejemplo de las comunidades políticas) que el tránsito de una cultura societal hacia otra es inusual, traumático y difícilmente asegura una plena integración. Y así como del hecho de que algunos opten por el voto de pobreza no se sigue que todos debamos ser pobres, del tránsito de unos individuos cosmopolitas hacia otras culturas no se puede postular una regla de comportamiento ideal<sup>41</sup>.

Pero aquí se evidencia otro problema complejo: ¿para asegurar la posibilidad de la libertad liberal debe prohibirse la existencia de culturas iliberales? O, si son las culturas liberales las que posibilitan esa libertad, ¿el camino no sería más bien el de tratar de liberalizarlas, o alentar u obligar a los miembros de esas específicas culturas a que se asimilen a culturas societales más liberales?

En este punto, Kymlicka considera que la oposición entre culturas liberales e iliberales no es del todo nítida. De hecho, casi siempre se mantienen rasgos de ambas, y el problema quizás sería de grado. Pero asume, igualmente, que el proyecto de tratar de liberalizar las culturas menos liberales es legítimo, sobre todo por cuanto casi todas las culturas actuales son permeadas de cualquier forma por influencias externas<sup>42</sup>.

---

41 En este sentido es sugerente el ejemplo que propone el autor en relación con las culturas nacionales y la libertad. De seguirse la misma racionalidad, podría postularse, entonces, que lo ideal sería abolir las fronteras, aumentándose así las posibilidades de libertad e igualdad de los individuos. Pero pocos teóricos liberales estarían dispuestos a llegar hasta allí, y reconocen que la igualdad y libertad que más valoran las personas son las que existen en su propia cultura societal, e incluso que están dispuestos a renunciar a una mayor libertad o igualdad en aras a asegurar la pervivencia de su nación (Kymlicka, 1996, págs. 131 - 132).

42 Cfr. al respecto la relación a Jeremy Waldron, quien señala con suspicacia cómo la Biblia, la mitología romana y los cuentos de hadas de Grimm se han entronizado en la cultura estadounidense, a pesar de sus dispares y diversas fuentes culturales. Aun cuando Kymlicka no comparte la conclusión de Waldron, hacia una especie de melange de distintas culturas en una, y aduce que lo importante es que estos rasgos de otras culturas se vuelven significativos para el léxico de una cultura en particular (Kymlicka, 1996, págs. 144-147).



Anclados en este punto, la pregunta por los derechos específicos en función de grupo cultural adquiere otro sentido. Sobre todo, por las exigencias de la igualdad.

En efecto, el autor canadiense ilustra en forma sugestiva cómo no solo no hay manera de lograr una completa separación entre estado y etnicidad, sino que tampoco hay razones para lamentarlo. En la práctica, opciones como la lengua en que se ofrece la instrucción pública o se tramitan los procesos judiciales, los días que se consideran de descanso laboral (domingos o feriados), las obligaciones de portar cierto tipo de vestimentas tanto en la órbita oficial como privada (faldas para funcionarias, cascos para los motociclistas) son solo algunos ejemplos en que está presente una decisión pública ligada con tradiciones religiosas o étnicas enraizadas en culturas nacionales precisas.

Vistas así las cosas, los derechos especiales en función de grupo no son tan excepcionales: los imponen de hecho las mayorías. La pretendida *omisión bienintencionada* que debería mantener el estado en esta materia no es más que un mito.

*“Ahora bien, la única cuestión pendiente es cómo asegurar que estas inevitables formas de apoyo a determinados grupos étnicos y nacionales se produzcan en forma equitativa; es decir, cómo asegurar que no privilegien a ciertos grupos en detrimento de otros. En la medida en que las políticas existentes apoyan la lengua, la cultura y la identidad de las naciones y los grupos étnicos dominantes, el argumento de la igualdad asegura que se intente proporcionar, a través de los derechos de autogobierno y poliétnicos, un apoyo similar a los grupos minoritarios”* (Kymlicka, 1996, pág. 164).

Pero si bien por esta vía se llega a justificar dentro de la teoría liberal la existencia de derechos especiales en función de grupo para comunidades nacionales minoritarias (hemos dejado explícitamente de lado el tema de los derechos de los inmigrantes dentro de estados poliétnicos), no significa haber superado del todo el punto de las restricciones internas que provienen de culturas en mayor grado iliberales y que afectan precisamente las libertades individuales.

Pensando desde la perspectiva liberal, en este punto Kymlicka se inclina por una fórmula que combine libertad dentro del grupo minoritario e igualdad entre grupos minoritarios y mayoritarios. Lo que equivaldría a aceptar solo en situaciones excepcionales las restricciones internas, y en general siempre bajo la idea de que los individuos deben tener la posibilidad de decidir por sí mismos qué aspectos de su herencia cultural merecen perpetuarse.

Con lo que se llega a un punto importante, a mi juicio: las reivindicaciones de los grupos minoritarios no siempre coinciden con las de la sociedad liberal, ni se debe esperar que así suceda. Por ejemplo, algunas comunidades se oponen a medidas que fomenten

la libertad individual o la autonomía, y de hecho restringen prácticas que llevarían a la pluralidad religiosa o la igualdad de derechos entre los sexos. Cuando chocan sus intereses con los de la sociedad liberal, cabría esperar dos tipos de conflictos: o esta última impone sus principios, en virtud de la primacía dada a la autonomía individual (frente a lo cual las minorías podrían invocar, con mucho de razón, que los pretendidos derechos otorgados en función del grupo son entonces mera retórica funcional), o prima el valor de la tolerancia, y la sociedad liberal acepta que imponer su punto de vista constituye un tipo de sectarismo injustificado frente a otras visiones culturales, así se pongan en duda sus principios rectores<sup>43</sup>.

En este punto, aun cuando el filósofo canadiense se inclina por la primera fórmula, llama la atención sobre dos proyectos mundiales en curso: el de la liberalización progresiva de las culturas (la cuestión de la gradualidad entre sociedades liberales e iliberales fue comentada anteriormente) y el papel que pueden cumplir los organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Finalmente, quedaría la pregunta de si el otorgamiento de derechos especiales en función del grupo altera las premisas de la ciudadanía, pues ésta no solo supone precisamente tratar a todos los individuos como iguales, sino que adicionalmente uno de los requisitos para que la democracia funcione legítimamente estriba en un grado de conciencia sobre este sustrato común que posibilita los sentimientos de identidad y fraternidad, de compartir una misma comunidad y ciertos objetivos comunes.

En principio Kymlicka considera que, de hecho, casi todos los países reconocen de una u otra forma derechos especiales en función del grupo (fundamentalmente para sus mayorías, como se vio en su momento), luego el primer obstáculo estaría más o menos allanado en la práctica. Pero para resolver lo relacionado con el sentimiento compartido de finalidad cívica y solidaridad, sería necesario distinguir entre las tres formas de ciudadanía diferenciada: mientras los derechos de representación y muchas reivindicaciones poliétnicas son inclusivos (las minorías quieren que los dejen hacer parte del grueso de la sociedad, o que se les amplíen beneficios que ya tienen otros grupos), los derechos de autogobierno pueden representar desafíos a la función integradora de la ciudadanía, pues por lo menos afirmarían un tipo de ciudadanía dual (pertenencia a la sociedad mayor y a su propia nación o pueblo).

Aunque en este último punto no hay respuestas definitivas, Kymlicka tiende a aliarse entre aquellos que ponderan más las razones pragmáticas que las conceptuales: el

---

43 Sobre este aspecto es bastante ilustrativo el debate Rawls – Mill, ingeniosamente sintetizado por el autor (Kymlicka, 1996, págs. 213-214).

negar estos derechos aumentaría los deseos de secesión, o generaría una idea meramente formal de la ciudadanía común.

En *La Política Vernácula*, que más que un texto uniforme constituye una colección de ensayos y ponencias, Kymlicka le sale al paso a varias de las objeciones que le han formulado a su teoría. De dicho conjunto, nos interesa resaltar sobre todo dos líneas argumentativas: la que da por concluido el debate con los comunitaristas, fijando como nuevo derrotero el de la construcción del estado, y la que se ocupa de ubicar en su análisis la situación de los pueblos indígenas. Veamos estos dos aspectos con mayor detalle:

En primer lugar, el autor canadiense llama la atención sobre el hecho de que el debate sobre los derechos de las minorías pasó, en un par de décadas, de ser un asunto marginal, del cual solo se ocupaban algunos filósofos, a ocupar un primer plano en la teoría política. Y ello se debe, entre otras razones, a la oleada de nacionalismos étnicos que surgieron tras la caída del Muro de Berlín y el derrumbe del comunismo en Europa Oriental. A lo que se sumó la creciente amenaza de secesión en varias reputadas democracias occidentales, como Canadá (Quebec), Gran Bretaña (Escocia), Bélgica (Flandes) y España (Cataluña).

En el curso del actual debate, ya no se tiene como referente al comunitarismo, en especial por una consideración pragmática:

*“La mayoría de los grupos etnoculturales existentes en el seno de las democracias occidentales no quieren ser protegidos de las fuerzas de la modernidad que actúan sobre las sociedades liberales. Por el contrario, desean participar de forma plena e igualitaria en las sociedades modernas...”* (Kymlicka, 2003, pág. 33). *Esto ha llevado a una segunda fase del problema, en donde la pregunta que surge es más bien ésta: ¿cuál es la posible extensión de los derechos de las minorías dentro de la teoría liberal? Lo que lleva a trascender del tema de si el liberalismo debería proteger a minorías comunitaristas para llegar al de si minorías que comparten principios liberales básicos necesitan, pese a todo, los derechos de las minorías.*

Para Kymlicka la respuesta a este interrogante sigue siendo afirmativo, en razón a los siguientes argumentos: por una parte, aún en estas condiciones no se puede afirmar que el estado sea neutral respecto a las identidades étnicas, ni que opere frente a la cultura societal de la misma forma que lo hace con la religión. Lo que lleva a adoptar un modelo de estado liberal democrático que no sea etnoculturalmente neutro, al cual denominará como el modelo de la *construcción nacional*, al interior del cual se pueda promover más de una cultura societal con igualdad de oportunidades.

Ello no obstante, es innegable el hecho de que esta construcción se hace desde una lengua común y una particular cultura hegemónica. Esto nos lleva a la pregunta de cómo

se ven afectadas las minorías, y qué pueden hacer al respecto. Según Kymlicka, ellas generalmente se ven confrontadas a una elección: aceptan la cultura mayoritaria, quizás regateado los términos de la integración, buscan tener tipos de derechos y poderes de autogobierno para mantener su propia cultura societal, o aceptan su marginación permanente.

Dado que en las últimas décadas se ha tendido a considerar que las demandas de las minorías no son inherentemente injustas, los elementos que llevaban a una posible oposición total frente a sus derechos ya se han desvanecido. Lo que lleva a estudiar de manera concreta las demandas de estas minorías.

*“En el plano de los casos particulares, el debate no se centra en si el multiculturalismo es correcto o equivocado en cuanto a su principio, sino más bien en una serie de cuestiones más prácticas sobre la distribución de los beneficios y cargas de las políticas específicas – por ejemplo, ¿cuál es exactamente la desventaja a que una minoría se enfrenta dentro de una particular estructura institucional? ¿Logrará la propuesta reforma multiculturalista remediar en la práctica esta desventaja? ¿Quedan distribuidos con justicia los costes de una particular política multiculturalista, o hay algunos individuos o subgrupos dentro o fuera del grupo a los que se les pide que respalden una injusta porción de los costes? ¿Existen políticas alternativas que puedan remediar la desventaja de un modo más efectivo y menos costoso?...”* (Kymlicka, 2003, pág. 52).

Estas preguntas, por supuesto, implican procesos complejos de respuesta cultural e institucional que están todavía por construirse. Pero lo que tiene de valiosa esta nueva fase estriba en que lo que se discute ya no es la pertinencia de las demandas multiculturales, sino cómo se relacionan éstas con la construcción nacional de la mayoría.

Otro aspecto que no queda del todo dilucidado, según nuestro autor, es el de las minorías nacionales que no tienen la característica de ser liberales en sus expectativas, como acontece con los pueblos indígenas. Y aquí, le preocupa a Kymlicka la creciente regulación internacional que podría dar paso a una especie de derecho a la autodeterminación de éstos, sustancialmente distinto al de las “minorías nacionales”, pero al mismo tiempo manteniendo las posiciones y derechos de las minorías frente al estado. Esta dualidad viene siendo salvada otorgándole al derecho a la autodeterminación una interpretación diferente a la usual (el derecho a constituir un estado), y planteándola de forma más suave como el derecho a la autonomía interna. Pero a los mismos pueblos indígenas y sus defensores esta interpretación no parece agradales, por cuanto negaría una especie de derecho *sustantivo* a la autodeterminación. Y, para ello, algunas veces argumentan la historia de colonización y maltrato étnico por el que han pasado, o el de la radical diferencia cultural frente a Occidente.

Para Kymlicka, esta última línea argumentativa es complicada. Por una parte, porque es posible demostrar la necesidad de derechos diferenciados tanto en el caso histórico de maltrato étnico (Yugoslavia, Irlanda), como en el contrario (Asia). Además, porque la alteridad cultural es difícil de sustentar en abstracto. Podría llevar tanto a defender únicamente los casos en que los estilos de vida tradicionales se mantengan, con el riesgo de su aislamiento, como marginarlos de su participación activa en instituciones sociales y políticas de mayor tamaño.

Además, lo que parece ser definitivo, esta teoría “no discute aquellos casos en que las tradiciones liberales o no democráticas violan las normas de los derechos humanos vigentes y no nos dice qué es lo que implica o conlleva la norma de la integridad cultural en esos casos... Pocas personas se mostrarían en desacuerdo con un principio de “integridad cultural” si éste se limitara a los casos benignos. Sin embargo, al menos en los debates populares, ese principio se aplica con mayor amplitud, como una base para perpetuar las tradiciones que violan los derechos individuales civiles y políticos de las personas... Esto plantea un problema especial para aquellos que desean defender los derechos indígenas sobre la base de una diferencia cultural radical. Sería extraño defender la autodeterminación indígena con el fundamento de que la cultura indígena es radicalmente inconmensurable respecto de los modos de vida occidentales y, acto seguido, insistir en que la “integridad cultural” solo se aplica a las tradiciones culturales que se adecuan a las normas occidentales de los derechos humanos...” (Kymlicka, 2003, pág. 182).

En *Fronteras Territoriales*, como su nombre lo indica, el filósofo canadiense aborda el tema de la posible contradicción que supondría para los liberales igualitaristas el mantenimiento de las fronteras. Llama así la atención sobre el sutil y a veces inadvertido cambio de enfoque, que inicia hablando de la igualdad moral de las personas para terminar invocando la igualdad moral de los ciudadanos.

*“En un mundo caracterizado por masivas desigualdades globales, la idea de que las libertades y oportunidades que se tienen estén circunscritas al estado en que se nace significa que algunas personas nacen con un estatus legal que les garantiza seguridad personal, amplias oportunidades y un nivel de vida digno, mientras que otros (sin culpa alguna) nacen con un estatus jurídico que les condena a la pobreza e inseguridad... Es difícil entender cómo tal práctica pueda justificarse desde un marco teórico liberal igualitarista basado en la igualdad moral de las personas. La lógica de sus propios principios parece comprometer a los liberales igualitaristas a defender la apertura de fronteras...”* (Kymlicka, 2006, pág. 36).

Evidentemente, la argumentación integral que elabora Kymlicka para sustentar la pertinencia de las fronteras, a pesar de esta objeción inicial, escapa al objeto de esta síntesis. Pero solo quisiera resaltar cómo, en parte sustantiva de ella, nuestro autor le da mayor consistencia a su idea de la “construcción nacional”, delineada en los acápites anteriores,

lo que le permite establecer una especie de decálogo de buenas prácticas de los estados liberales democráticos empeñados en ello<sup>44</sup>.

Trayendo a consideración las ideas de Rawls y su posición original, el filósofo se pregunta si la persona que considerara un estado liberal que fuera respetuoso de estas prácticas en su construcción nacional optaría por fronteras abiertas o cerradas. Y su respuesta no deja de ser paradójica:

*“A la luz de los argumentos que se han señalado, pienso que la gente aceptaría que las fronteras deberían trazarse, en la medida de lo posible, para crear distintas comunidades nacionales. También aceptarían que los estados pudieran adoptar medidas restrictivas de construcción nacional para consolidar y proteger el sentido de identidad nacional dentro de cada estado; y que, siempre que no haya una excesiva desigualdad económica entre las naciones, los estados deberían tener la facultad de regular los procesos de admisión y de naturalización de los extranjeros. ¿Por qué los grupos en la posición original no estarían a favor de un sistema de fronteras abiertas, según la cual la gente pudiera atravesar libremente las fronteras y establecerse, trabajar y votar en el país que escogiera? Después de todo, un sistema de estas características incrementaría drásticamente el ámbito dentro del cual se trataría a los individuos como ciudadanos libres e iguales. Sin embargo, la apertura de las fronteras también propiciaría la incapacidad de los miembros de las distintas comunidades nacionales de preservar su supervivencia en tanto que comunidades culturales distintivas, en la medida en que las personas procedentes de otras culturas pudieran establecerse en el territorio y desplazarlos numéricamente. Por tanto, las partes en la posición original se enfrentan a una disyuntiva. Por un lado, el incremento de la movilidad y la expansión del ámbito dentro del cual los individuos iguales y libres y, por otro lado, menos movilidad pero mayor seguridad de que el pueblo puede continuar siendo libre y sus miembros pueden seguir siendo miembros iguales de su propia cultura nacional. Muchas personas en las democracias liberales actuales están a favor de esta última opción, y yo creo que los grupos en la posición original harían lo mismo. Preferirían ser libres e iguales dentro de su propia nación, aun cuando esto significara una menos libertad para trabajar y votar en otro lugar, más que ser ciudadanos del mundo libres e iguales, en caso de que esto provocara la imposibilidad de vivir,*

44 De hecho, no son diez sino nueve las características que resalta Kymlicka en este proceso de construcción nacional: medios voluntarios para promoverla (no coercitivos), concepción restringida del espacio público y amplia de la esfera personal, no prohibición de manifestaciones políticas que desafíen el privilegio de una identidad nacional, definición amplia (no restrictiva) de comunidad y pertenencia nacional, integración flexible a la identidad nacional (requisitos de admisión relativamente débiles), concepción débil de cultura nacional (no se considera la pertenencia nacional como lo más sagrado o el valor supremo), mayor cosmopolitismo (abierto y pluralista), menor propensión a identidades nacionales excluyentes y disposición a otorgar reconocimiento oficial y compartir espacios públicos con las minorías (Kymlicka, 2006, págs. 52 - 60).

*trabajar y participar políticamente en su propio idioma y cultura...*” (Kymlicka, 2006, págs. 70 - 71).

En *Los Derechos de las Minorías y el Estado de Bienestar* Kymlicka, junto con su colega de la Universidad de Queen's, Keith Banting, aborda una de las críticas recurrentes a las políticas multiculturales: la de que éstas afectan o erosionan el Estado de Bienestar. En un estudio de carácter empírico, los dos académicos refutan mediante análisis de caso los distintos argumentos que se han dado para sostener esta afirmación.

Se habla, por ejemplo, del efecto excluyente que producen las políticas multiculturales, pues afectan recursos que deberían ir a la redistribución económica (por ejemplo en programas educativos, de salud o de vivienda), que terminan destinados a procesos de reconocimiento étnico. También se dice que debilitan la distribución, pues fomentan más las diferencias que las semejanzas entre ciudadanos. En otra línea crítica, se aduce que terminan generando falsos diagnósticos, pues problemas objetivos que sufren minorías raciales terminan siendo tratados como cuestiones de falta de reconocimiento o de racismo, cuya receta es una salida culturalista, lo que impide que sean abordados de forma más estructural o en conexión con cuestiones de clase o desigualdad.

Los autores reconocen algo de verdad en todas estas críticas. Sin embargo, no comparten la idea de que los recortes del Estado de Bienestar estén ligados a la forma de tratamiento de las políticas multiculturales, así ambos fenómenos hayan coincidido en el tiempo. Tampoco creen que ellas hayan afectado la formación de una gran coalición ciudadana que se enfrente políticamente a dichos recortes. Ver de esta manera el asunto es considerar que la lucha política es una especie de suma cero, donde la cantidad de tiempo, energía y dinero destinada a ello fuera fija, y se gastara en una causa de forma tal que se fuera gastando y lo aparentemente colateral (luchas de homosexuales, indígenas, mujeres) afectarían lo crucial (la lucha económica). Finalmente, los autores ilustran cómo muchas de las reivindicaciones étnicas son, al mismo tiempo, de carácter social o de clase. Por supuesto, las hay también de comunidades ricas (como la de los quebequenses o los habitantes de Cataluña) donde el aspecto étnico es primordial. Pero, nuevamente, circunscribir la justicia de estas reivindicaciones a una especie de suma cero, donde la demanda de una determinada causa afecte el consolidado que podría aceptar la comunidad general como injusticia, no parece adecuado (Kymlicka, Will; Banting, Keith, 2007, págs. 6 - 23).

Ahora bien, estudiando evidencia empírica de políticas multiculturales, especialmente orientadas a grupos de inmigrantes o minorías nacionales, en 24 países<sup>45</sup>, si bien en

---

45 Para la muestra se consideran Australia, Canadá, Bélgica, Holanda, Nueva Zelanda, Portugal, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Alemania, Grecia, Japón, Noruega, España y Suiza. Igualmente, se analiza un

todos los casos puede comprobarse que las políticas del Estado de Bienestar se han visto afectadas, no se ve una correlación entre las políticas multiculturales y el gasto social, la redistribución o los impactos sociales. “*Si los críticos estuvieran en lo correcto, esperaríamos que a los países con PM’s fuertes les hubiera ido peor que al promedio. Sin embargo, concentrándonos en el caso de las minorías de inmigrantes, el resultado es exactamente el opuesto para cuatro de nuestras cinco mediciones. Países con PM’s fuertes lo han hecho mejor que el promedio, en lo que respecta a gasto social, la reducción de la pobreza, la reducción de la desigualdad y la pobreza infantil en su conjunto... Los países con PM’s fuertes también tienen un mejor desempeño que los países con PM’s débiles en los dos indicadores de la redistribución para el caso de los inmigrantes y de los pueblos indígenas, y en uno de los indicadores para el caso de las minorías nacionales. Hasta ahora, la posición final es que no hay evidencias de un patrón consistente que permita sostener que la adopción de PM’s ocasiona la erosión del Estado de Bienestar...*” (Kymlicka, Will; Banting, Keith, 2007, págs. 66 - 68).

El último texto de Kymlicka, *Las Odiseas Multiculturales*, mantiene esa especie de tono evaluativo entre lo que ha sido la implementación del multiculturalismo liberal y su relación con procesos globalizados tanto económicos, sociales y culturales, como normativos. La razón:

*“El éxito a largo plazo de la difusión global del multiculturalismo requiere de una comprensión más sutil de las condiciones políticas y sociales que hacen posible diversos modelos de relaciones entre el estado y las minorías, y de la forma en que estas condiciones varían a lo largo del tiempo y del espacio. Necesitamos fundamentar tanto el discurso político del multiculturalismo liberal como el ordenamiento jurídico internacional de los derechos de las minorías en una sociología política más realista. Ello requerirá, a su vez, que modifiquemos no solo la forma en que describimos y promovemos el multiculturalismo liberal en el mundo, sino también nuestras expectativas acerca de qué modelos o aspectos del mismo son verdaderamente apropiados y relevantes en diversas partes del mundo...”* (Kymlicka, 2009, pág. 36).

Aun cuando en términos generales Kymlicka mantiene la línea argumentativa ya descrita, existen matices que a mi juicio son importantes para la consolidación de su propuesta conceptual.

En primer lugar, el punto de inicio ya no es el debate con los comunitaristas u otros liberales críticos, sino el plano global. En este contexto, el autor canadiense le da un peso definitivo a la transformación de las instancias institucionales de derechos humanos en el concierto internacional:

---

conjunto de ocho políticas para el caso de inmigrantes, seis para minorías nacionales significativas y nueve en el caso de pueblos indígenas.



*“La adopción oficial de la idea de que un estado “normal” y “moderno” es aquel que reconoce los derechos indígenas y de las minorías ha hecho inevitable que se otorgue legitimidad a los intentos, por parte de los grupos etnoculturales, de movilizarse políticamente para reclamar estos mismos derechos. Aunque la comunidad internacional no tiene la intención de presionar a los estados para que acepten las demandas concretas de sus minorías, y a pesar de que las normas internacionales solo existen en teoría y no están sujetas a una supervisión internacional o a una aplicación efectiva, éstas legitiman en cualquier caso una amplia variedad de movilizaciones políticas étnicas. En el pasado, los estados podrían haber reprimido este tipo de movilizaciones con la excusa de que eran “radicales”, “desleales”, “subversivas” o “inconstitucionales”. En la actualidad, las minorías pueden alegar que lo único que intentan hacer es aplicar los estándares internacionales que el propio estado ha suscrito” (Kymlicka, 2009, pág. 57).*

Adicionalmente, y reconociendo que existen muchas variedades o formas de multiculturalismo, propone tres rasgos generales que resultan útiles para los estudios empíricos:

*“¿Qué entendemos por un estado multicultural? Los detalles específicos varían de un país a otro por razones que cito más adelante. Las reformas que demandan los afroamericanos de Estados Unidos son totalmente distintas de las de los indígenas maoríes o la de los inmigrantes chinos en Canadá. No obstante, existen algunos principios generales en relación con los estados multiculturales que son comunes a todas estas luchas. En primer lugar, un estado multicultural implica el repudio a la idea tradicional de que el estado pertenece a un único grupo nacional. En su lugar, el estado debe ser visto como un patrimonio de todos los ciudadanos. En segundo lugar, y a consecuencia de esto último, un estado multicultural debe rechazar toda política de construcción nacional que excluya a los miembros de una minoría o un grupo no dominante. En su lugar, debe aceptar que los individuos deben poder acceder a las instituciones públicas y participar en la vida política como ciudadanos en pie de igualdad sin tener que esconder o negar su identidad cultural. El estado acepta su obligación de reconocer la historia, la lengua y la cultura de los grupos no dominantes, al igual que hace con el grupo dominante. En tercer lugar, un estado multicultural reconoce la injusticia histórica cometida en contra de las minorías y los grupos no dominantes a través de estas políticas de asimilación y exclusión, y manifiesta su disposición a ofrecer algún tipo de remedio o rectificación al respecto. Estas tres ideas – rechazar la idea del estado como perteneciente al grupo dominante; sustituir las políticas asimilacionistas por otras de reconocimiento y acomodación, y admitir la injusticia histórica, ofreciendo un remedio al respecto – están relacionadas entre sí y son compartidas por casi todas las luchas a favor del “multiculturalismo” en el mundo real...” (Kymlicka, 2009, pág. 80).*

En este contexto, la correlación entre derechos humanos y multiculturalismo parece mucho más estrecha y fundante:

*“Es poco probable que los estados acepten mecanismos sólidos de derechos a favor de las minorías si temen que ello puede conducir a la formación de islas de tiranía en el seno de un estado democrático. Por tanto, la probabilidad de que las medidas multiculturales susciten un verdadero apoyo popular depende, en gran medida, de que tales reformas no pongan en peligro los derechos humanos ni los valores liberal-democráticos y, en este sentido, la revolución de los derechos humanos ha tenido un doble efecto. Aunque ha animado a las minorías a demandar este tipo de reformas, también es cierto que ha determinado la forma en que éstas han articulado y perseguido sus derechos. En realidad, la revolución de los derechos humanos es un arma de doble filo, dado que ha posibilitado la creación de un espacio político para que los grupos etnoculturales se enfrenten a las jerarquías heredadas, pero también ha obligado a que articulen sus demandas empleando un lenguaje muy concreto: el de los derechos humanos, el liberalismo de los derechos civiles y el constitucionalismo democrático, con todas sus garantías respecto a la igualdad de género, la libertad religiosa, la no discriminación racial, los derechos de los gais, las garantías procesales, etc. Los líderes de las minorías pueden apelar a los principios del multiculturalismo liberal para contrarrestar su exclusión y su subordinación tradicionales, pero estos mismos principios también los obligan a ser justos, tolerantes e inclusivos...”* (Kymlicka, 2009, pág. 107).

Desde estas adscripciones básicas, que evidentemente pueden ser meramente retórica, pasa para la galería internacional, y así lo reconoce el autor, pero igual tienen efectos simbólicos, pasa a revisar nuevamente las críticas que se le hacen al multiculturalismo, tanto desde una orilla más tradicional u ortodoxa del liberalismo, como desde la posmodernidad. No me detendré en ellas, pues de cualquier manera es también una forma de Kymlicka de encasillar a sus críticos, lo que tratamos de esquivar en este escrito.

Me parece más oportuno resaltar la evaluación del multiculturalismo en la práctica, tal como lo percibe y conoce este autor, especialmente en lo que atañe a las comunidades indígenas y las eventuales prácticas iliberales, que eran el punto débil, o más atacado en nuestro contexto, en su *Ciudadanía Multicultural*.

Al respecto, señala nuestro autor cómo son innegables algunos beneficios que han obtenido estas minorías. El arte indígena se ha revalorizado, sus rituales se han entronizado con los del estado, ha habido casos de disculpas públicas de las autoridades sobre injusticias del pasado, se ha otorgado reconocimiento simbólico a sus lenguas y tradiciones, han obtenido formas de respaldo institucional, autogobierno, espacio territorial, etc. La obligación de consultarles es un mecanismo hoy en día aceptado en casi todas las democracias

occidentales en donde están asentados. Por supuesto, también hay puntos complicados: la relación entre espacios y posibilidades de desarrollo económico aún es inequitativa en muchos lugares, en otros el reconocimiento de cuestiones como el autogobierno tiene mucho de retórico, las cuestiones relativas a las migraciones internas y la situación de individuos indígenas fuera de sus territorios sigue siendo preocupante y las desigualdades económicas siguen estando en el orden del día.

Lo anterior, en tanto realizaciones progresivas, estaría enmarcado en la idea de progreso paulatino. Lo que me gustaría resaltar es la discusión que plantea el tema de lo que ya no es tanto denominado tradiciones iliberales, sino más bien culturalismo tradicional.

*“¿Han cumplido estas reformas las expectativas liberales, acomodando la diversidad al tiempo que protegían los derechos humanos y difundían los valores liberales? Esto también es objeto de intensa polémica. Algunos señalan que los derechos indígenas están vinculados al conservadurismo cultural. De hecho, las peticiones de los pueblos indígenas suelen citarse como el ejemplo perfecto de las demandas enraizadas en la tradición y la autenticidad cultural. Al tiempo que se cree que los grupos nacionales occidentales comparten los valores liberales de la libertad individual y los derechos humanos, se piensa que los pueblos indígenas rechazan estos mismos valores a favor del comunitarismo y la tradición, y los críticos advierten que, en estas circunstancias, la concesión de derechos multiculturales puede llevar a un recorte de la libertad individual en el seno de estos grupos...”* (Kymlicka, 2009, pág. 164).

Una visión más cercana a lo que sucede en la práctica, y para ello Kymlicka toma especialmente el caso de Guatemala, indica que la situación es un poco más compleja. De acuerdo con su síntesis, por una parte, las prácticas que muchas veces se invocan como ancestrales y auténticas, no lo son, Más bien se trata de creaciones recientes, basadas en una mezcla de diversos ingredientes e influencias culturales a veces disímiles (catolicismo, protestantismo, rezagos coloniales, etc.). De ahí que tampoco sea tan cierta la aparente “distancia cultural” entre los pueblos indígenas y las culturas europeas. Incluso, los mismos grupos denuncian muchas veces cómo éste es más un discurso mediante el cual los líderes se posicionan. Y esta voz se escucha con mayor fuerza cuando proviene de grupos a quienes este posicionamiento discrimina, como el caso de mujeres o refugiados. También se puede evidenciar que el rechazo de los líderes a las formas occidentales no proviene siempre de prácticas contrarias a los derechos humanos (de hecho, muchos afirman que sus sistemas legales tradicionales son coherentes con los derechos humanos) sino de una táctica para rechazar un estado que se asume como colonial.

Por ello, “*la imagen que surge de este debate acerca del impacto de los derechos indígenas sobre la libertad individual es compleja, y no solo porque en este caso es difícil separar la retórica de la realidad. Por un lado, muchos líderes indígenas defienden los derechos humanos,*

*aunque ello bien podría ser una mera retórica para ocultar una actitud mucho más conservadora. Por otro lado, muchos líderes también emplean un discurso extremadamente tradicional, aun cuando puede que ello solo sea una estratagema para justificar proyectos modernizadores de autogobierno. En realidad, debemos ir más allá de la mera retórica para ver lo que está sucediendo realmente, la forma en que los pueblos indígenas están ejerciendo sus derechos y capacidades, y el modo en que se articulan los valores políticos de estas comunidades. En este punto, podemos ser moderadamente optimistas al considerar que se está arraigando un modelo de gobierno indígena basado en los derechos humanos, tanto en el seno de las comunidades indígenas como en el conjunto de la sociedad...”* (Kymlicka, 2009, pág. 169).

Particularmente interesado en la situación del multiculturalismo en Europa, especialmente en lo correspondiente a la situación de los países poscomunistas y la presencia de inmigrantes musulmanes, Kymlicka pasa revista a lo que parecería ser un giro importante, a su vez, para el mundo globalizado, que va de la idea de buenas prácticas a la de estándares internacionales (dada la limitada capacidad de las primeras para lograr aceptación en escenarios como los anotados). Anclados en este punto, de todas maneras nuestro autor ilustra cómo hay un doble registro de normas o estándares al interior de la ONU: unos que afectan a los pueblos indígenas y otro orientado a minorías nacionales, como las poscomunistas. Mientras los primeros son construidos en clave humanitaria, los segundos obedecen más a problemas de seguridad e inestabilidad geopolítica:

*“En cualquier caso, una vez que la comunidad internacional hubo aceptado los principios de la descolonización en ultramar y la desegregación racial, se hizo difícil no aceptar las demandas basadas en la injusticia histórica, o negar lo apropiado de ciertas formas de descolonización (interna). Por tanto, la preocupación y el apoyo internacionales a los derechos indígenas reflejan una combinación de motivaciones que se apoya en sólidos argumentos morales acerca de la injusticia de la colonización y de la discriminación racial, así como en un paternalismo residual sobre la vulnerabilidad de las culturas “atrasadas”. Sin embargo, cualquiera que sea esta mezcla de motivos, se trata de argumentos claramente distintos a los que sirvieron de fundamento al caso de las minorías nacionales en Europa. Las minorías nacionales fueron elegidas por motivos de seguridad geopolítica, mientras que los pueblos indígenas lo fueron por razones morales y humanitarias basadas tanto en injusticias históricas como en la protección de grupos vulnerables...”* (Kymlicka, 2009, págs. 283 - 284).

Hemos privilegiado, para esta presentación, las tesis correspondientes a pueblos indígenas, y el lugar que les atribuye el filósofo canadiense en el mundo globalizado, por corresponderse mucho más precisamente con los desarrollos del multiculturalismo en nuestro medio, en donde quizás la única minoría nacional que pudiera reclamarse como tal sería la de los raizales del archipiélago de San Andrés (que, por el momento, no ha sido

reconocida como tal, a pesar de que es lo que late en las propuestas de su movimiento más autonomista, como vimos en el capítulo anterior), y tampoco se han desarrollado tesis sobre los derechos de los inmigrantes, salvo los de la comunidad gitana o ROM, que en todo caso tampoco son tratados estrictamente como tales.

Ahora bien, para una comprensión más integral del multiculturalismo, como anunciábamos en la presentación, proponemos una muy sucinta revisión de los planteamientos del también filósofo canadiense Charles Taylor y del israelita Joseph Raz, que a nuestro juicio complementan la visión de Kymlicka. En ambos casos, no pretendemos una elaboración detallada ni de la formación del yo (caso de Taylor<sup>46</sup>), ni de su filosofía del derecho (caso de Raz<sup>47</sup>), sino simplemente acotar algunas tesis que ellos han propuesto para el tratamiento de la diferencia cultural.

Charles Taylor, enfatizando la relación entre sujeto y cultura, intenta desarrollar una argumentación sobre la importancia del reconocimiento para el individuo moderno. Apartándose de aquellos teóricos que observan con preocupación lo que sería una creciente radicalización de un individualismo banal y poco comprometido éticamente, rescata el valor de los procesos de interacción social en la construcción de la individualidad.

Así, y siguiendo tesis inspiradas en Rousseau y Herder, postula que nuestra aspiración a la realización personal pasa por aquello que podríamos denominar la autenticidad: una especie de voz interior, de acento propio moral, que nos permite concebir nuestra medida en tanto seres humanos, aquello a lo que debemos ser fieles. Y si antes, en sociedades no democráticas, ese ideal provenía de la posición social, del honor preestablecido, ahora se trata de un proceso que debe generarse internamente, y al cual deben tener acceso todas las personas. De aquí la pretensión universal a la dignidad humana:

*“Pero la importancia del reconocimiento ha quedado modificada y se ha visto intensificada por la comprensión de la identidad que surge con el ideal de la autenticidad. Esto era en parte producto del declinar de la sociedad jerárquica. En esas sociedades anteriores, lo que ahora llamaríamos identidad de una persona quedaba fijada en buena medida por su posición social. Es decir, el trasfondo que daba sentido a lo que la persona reconocía como importante estaba en gran medida determinado por su lugar en la sociedad y el papel o la actividad ligados a esta. El advenimiento de una sociedad democrática no termina por sí mismo con esto, puesto que las personas pueden todavía definirse por sus papeles sociales. Pero lo que socava decisivamente esta identificación socialmente derivada es el ideal mismo de autenticidad. A medida*

46 Un desarrollo de estas ideas se encuentra en su texto *Fuentes del Yo*. Aun cuando la fecha de publicación en español es posterior a los documentos sobre los que se basa la síntesis de su política del reconocimiento, la versión en inglés data de 1989.

47 Una presentación sintética de su teoría del derecho puede consultarse en “¿Puede haber una teoría del derecho?”.

*que aparece, como sucede por ejemplo con Herder, me convoca a descubrir mi forma de ser original. Esto no puede, por definición, derivarse socialmente sino que debe generarse interiormente...*" (Taylor, *La ética de la autenticidad*, 1994, pág. 81).

Sin embargo, y éste es un punto decisivo en su teoría, la autenticidad la logramos en un proceso dialógico, con los otros.

*"De este modo, el que yo descubra mi propia identidad no significa que yo la haya elaborado en el aislamiento, sino que la he negociado por medio del diálogo, en parte abierto, en parte interno, con los demás. Por ello, el desarrollo de un ideal de identidad que se genera internamente atribuye una nueva importancia al reconocimiento. Mi propia identidad depende, en forma crucial, de mis relaciones dialógicas con los demás"* (Taylor, 1993, pág. 55)<sup>48</sup>.

Retomando el ejemplo de las luchas feministas, Taylor muestra cómo una imagen social despectiva de las mujeres, desarrollada por las sociedades patriarcales, lleva a su vez a las mujeres a adoptar una imagen despectiva de sí mismas. En este caso, el falso reconocimiento de los otros lleva a afectar la autoestima. Mi identidad depende de manera crucial de los otros.

Desde esta perspectiva, una política pública hacia el reconocimiento igualitario viene desempeñando cada día un papel más importante. En parte, por la extensión de los principios de igual dignidad para todos y ciudadanía igualitaria. Y, además, por la consolidación de la política de la diferencia: Cada quien debe ser reconocido por su identidad única:

*"Con la política de la dignidad igualitaria lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, una canasta idéntica de derechos e inmunidades; con la política de la diferencia, lo que pedimos que sea reconocido es la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de los demás. La idea es que, precisamente, esta condición de ser distinto es la que se ha pasado por alto, ha sido objeto de glosas y asimilada por una identidad dominante o mayoritaria. Y esta asimilación es el pecado cardinal contra el ideal de autenticidad"* (Taylor, 1993, pág. 61).

48 Así tematiza Taylor el mismo punto, en su texto *La ética de la autenticidad*: "A la luz de esta comprensión en desarrollo del reconocimiento durante los dos últimos siglos, podemos darnos cuenta de por qué la cultura de la autenticidad ha llegado a otorgar prioridad a los dos modos de vivir juntos que mencioné anteriormente: 1) en el plano social, el principio crucial es el de justicia, que exige igualdad de oportunidades para que todo el mundo desarrolle su propia identidad, lo que incluye – como podemos comprender ahora con mayor claridad – el reconocimiento universal de la diferencia, en las formas en que esto resulte pertinente para la identidad, ya sean de sexo, raciales, culturales, o estén relacionadas con la orientación sexual; y 2) en la esfera de la intimidad, la relación sentimental que forma la identidad tiene una importancia crucial..." (Taylor, 1994, págs. 84 - 85).

Pero, ¿cómo dar reconocimiento a algo que no es universalmente compartido? Según Taylor, a algunos esta paradoja les lleva a postular la ceguera frente a la diferencia, olvidando que ésta tiene un sustrato similar al de la igualdad de trato: la pretensión universal a igual respeto. Lo que conduce a otros a postular precisamente el punto contrario: Los liberalismos ciegos no son otra cosa que el reflejo de culturas particulares.

Taylor propone una transición suave de los racionamientos de los dos extremos, de forma tal que podamos considerar más claramente el núcleo del asunto. La política de la dignidad igualitaria, que podría asociarse en su origen genéricamente a las teorías de Rousseau, parece requerir una densa unidad de propósito (voluntad general), incompatible con la diferenciación: *“La idea de que cualquiera de los conjuntos habituales de derechos puede aplicarse en un contexto cultural de manera diferente que en otro, que sea posible que su aplicación haya de tomar en cuenta las diferentes metas colectivas, se considera totalmente inaceptable...”* (Taylor, 1993, pág. 79).

De suyo, la mera adopción de una meta colectiva en nombre de un grupo nacional podría considerarse ya como algo discriminatorio. Siguiendo a Dworkin, el compromiso de una sociedad que propone reconocernos de manera equitativa e igualitaria solo puede ser *procedimental* (un compromiso procesal de tratar a las personas con igual respeto), pues una sociedad liberal no podría tener una posición sustantiva en relación con los fines de la vida, y mucho menos sustentarla con base en principios como los de minoría o mayoría. Esto sería un liberalismo del tipo 1, fundamentalmente procesal.

Sin embargo, en la otra orilla, se postula la posibilidad de organizar una sociedad liberal en torno a una definición de la vida buena (al fin y al cabo, dada su naturaleza, el bien debe buscarse en común), sin que por ello deban salir perdiendo quienes no comparten ese ideal. Y esto por cuanto una sociedad liberal se distingue precisamente por la forma como trata a sus minorías. Al asignar ciertos derechos a todas las personas, compartan o no la idea de bien común, se crea una barrera a los privilegios e inmunidades. Pero no quiere decir que éstos no existan: solo que se pueden revocar o restringir por razones de política pública.

Así, *“una sociedad con poderosas metas colectivas puede ser liberal siempre que también sea capaz de respetar la diversidad, especialmente al tratar a aquellos que no comparten sus metas comunes, y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales. Indudablemente, habrá tensiones y dificultades en la búsqueda simultánea de esos objetivos, pero tal búsqueda no es imposible, y los problemas no son, en principio, mayores que aquellos con los que tropieza cualquier sociedad liberal que tenga que combinar, por ejemplo,*

*libertad e igualdad, o prosperidad y justicia*” (Taylor, 1993, pág. 89). Este sería un liberalismo del tipo 2, con mayor contenido sustancial<sup>49</sup>.

En este sentido, cada vez más sociedades liberales multiculturales estarían dispuestas a adoptar este modelo con contenido sustancial, no meramente procesal, en la medida en que la integridad de las culturas tiende a ocupar un lugar importante en las definiciones de vida buena. Tanto, que lleva incluso a sopesar la importancia de algunas formas de trato uniforme que ponen en peligro esta supervivencia cultural, o ponen en suspenso algunos de los derechos fundamentales otorgados a los individuos.

Pero, planteado este punto, que de alguna forma consolidaría como meta legítima la supervivencia cultural, quedaría la pregunta sobre si a todas estas culturas debe dárseles un valor similar. Es decir, si existiría un postulado general a igual respecto de todas las culturas.

Taylor parte de una hipótesis que reconoce como problemática y que es, en buena medida, producto de un acto de fe: las culturas que han animado a sociedades enteras durante algún período considerable tienen algo importante que decir a todos los seres humanos. Pero la validez de este aserto debería probarse en el análisis empírico o histórico: en el estudio de cada cultura en particular.

¿Cómo lograr esto, si de las culturas que difieren de la nuestra solo tenemos una idea nebulosa que no nos permite juzgar? ¿Cómo distinguir el respeto de la condescendencia? Podría pensarse: logrando una *fusión de horizontes* que permita juicios de valor igualitario. Pero esto nos llevaría al resbaloso campo de la objetividad y la verdad, o quizás simplemente al del poder. Mientras tanto, no existe nada que nos permita afirmar que las culturas tienen igual valor, pero sí la presuposición de que podrían tenerlo (Taylor considera que descartar esta posibilidad supondría un acto de arrogancia suprema), lo que nos llevaría a una especie de exigencia moral por igual respeto.

Finalmente, las anteriores ideas sobre el multiculturalismo podrían cerrarse con la reflexión que nos propone Joseph Raz. Para este pensador, el liberalismo actual enfrenta diversos retos, entre los que destaca una actitud de tolerancia frente a la diversidad de valores, la necesidad de avanzar en políticas de no discriminación basada en nacionalidad,

---

49 En otro de sus textos, Taylor tematiza así este dilema: “*El modelo procedimental no cuadrará con estas sociedades porque no pueden declarar la neutralidad de todas las definiciones posibles de la buena vida. Una sociedad como la de Quebec no puede sino dedicarse a la defensa y promoción de la cultura y la lengua francesas, incluso si esto implica alguna restricción en las libertades individuales. No puede hacer de la orientación lingüístico-cultural una cuestión de indiferencia. Un gobierno que pudiera ignorar esta demanda podría o bien no estar respondiendo a la voluntad mayoritaria o bien reflejaría una sociedad tan desmoralizada como para estar cercana de la disolución. En cualquiera de los dos casos las expectativas para la democracia liberal no serían halagüeñas...*”.



origen étnico, raza o religión, entre otros, y enfrentar el problema de las minorías mediante la afirmación del multiculturalismo (Raz, 2001).

A pesar de que acepta que su concepto de multiculturalismo es ambiguo, y se aplica para aquellas sociedades en las que existen diversas comunidades culturales estables y que tienen la capacidad de perpetuarse (y, por ende, no se aplica a quienes no tienen dicha capacidad, o donde no existe el interés de mantener dicha identidad separada), tanto si se mezclan y comparten los respectivos servicios públicos como si no, su defensa se basa en que negarlo, aún en esas condiciones diferentes, lleva a un liberalismo de supermercado.

El camino que le lleva a postular lo anterior, es acumulativo. En primer lugar, Raz considera que el liberalismo no es meramente una moral política, sino que ésta a su vez surge de una visión de lo que constituye el bien para los seres humanos. Y que hacernos cargo de nuestras propias vidas, a través de nuestras elecciones sucesivas, constituye un valor en esa dirección, que es también el sustento de la libertad.

A su vez, la libertad depende de las opciones, y las opciones presuponen una cultura. Todas nuestras decisiones están inmersas en una densa red de acciones e interacciones complejas, y solo a través de una socialización de una cultura nos es posible canalizarlas. En este contexto, la unicidad de una cultura facilita las relaciones sociales, así como una comunidad cultural próspera afecta el bienestar individual de manera positiva, y afirma el sentido de la propia identidad (Raz, 2001, págs. 190 - 194).

Pero la pluralidad de valores y estilos de vida resulta un lugar común. Y aquí es donde aparece el valor del multiculturalismo, que exigiría que todas las comunidades constitutivas de una sociedad se toleren entre sí. Pero este valor no está dado por la cultura en sí, sino por el tinte de las sociedades liberales:

*“Finalmente, el argumento anterior ha revelado el elemento dialéctico más fundamental en el multiculturalismo liberal. Aunque respeta una variedad de culturas, se niega a tomarlas en la estimación que ellas mismas se atribuyen. Tiene sus propias razones para respetar las culturas... En particular, el multiculturalismo insta al respeto por las culturas que no son en sí mismas culturas liberales (muy pocas lo son). Como veremos, lo hace al mismo tiempo que impone la protección liberal de la libertad individual en tales culturas. Esto en sí mismo conlleva un conflicto con las mismas culturas que insta al gobierno a respetar. El conflicto es inevitable porque el multiculturalismo liberal reconoce y respeta aquellas culturas debido a que están al servicio de valores verdaderos, y en la medida en que lo hagan. Dado que su respeto por las culturas está condicionado y basado desde un punto de vista exterior a muchas de ellas, no resulta muy sorprendente que se encuentre en una difícil alianza con quienes apoyan dichas culturas, en ocasiones uniéndoseles en un frente común*

*mientras que en otras se vuelven contra ellos para imponer ideales de tolerancia y de respeto mutuo, o para proteger a los miembros de las mismas culturas contra la opresión por parte de su propio grupo...*” (Raz, 2001, pág. 198).

Lo anterior no significa, para Raz, que se pueda afirmar entonces que algunas culturas son superiores (o inferiores) a otras. Cada una de ellas es valiosa, pero cada una de ellas puede ser mejorada de acuerdo con su propio espíritu y dentro de sus propios recursos. Y aun cuando es difícil pretender igual conocimiento e interés en todas ellas, de ello no se deriva la imposibilidad de compartir lo que sea valioso. Y frente a lo que no lo es (piénsese, por ejemplo, en una cultura esclavista), es necesario considerar que incluso en ellas hay elementos para que sus miembros encuentren aspectos valiosos. Lo que no quiere decir, para nuestro autor, que deba tolerarse la opresión, sino que constituye una invitación a obrar con moderación y consideración.

Ahora bien, estos elementos le permiten a Raz llegar al punto de fusión o articulación, que ubica en una combinación entre solidaridad y cultura política común:

*“La solidaridad cívica es esencial para la existencia de una sociedad política bien ordenada. Pero el argumento se apresura al afirmar que una cultura común es esencial para la solidaridad, y que el multiculturalismo no resulta consistente con la existencia de una cultura común... La verdad es que el multiculturalismo, aunque sostenga la perpetuación de distintos grupos culturales en una única sociedad política, también exige la existencia de una cultura común en la cual se encuentren inmersas las diferentes culturas coexistentes. Esto es el resultado directo del hecho de que habla por una sociedad en la cual los diferentes grupos culturales coexisten en relativa armonía, compartiendo el mismo régimen político...”* (Raz, 2001, pág. 203).

## **El inacabado debate liberal**

Como el mismo Kymlicka lo resalta, las posiciones del multiculturalismo generaron una amplia discusión al interior del liberalismo y corrientes afines, aun cuando las posiciones han venido decantándose a favor de la incorporación del mismo (al comienzo, el principal ataque de los críticos fue suponer que quienes lo invocaban estaban fuera del liberalismo, constituyendo una especie de comunitaristas encubiertos) al ideario de dicha colectividad, aun cuando con matices sobre la manera de operar dicha incorporación.

Dado que, como también lo advertimos, no es el objeto de la reconstrucción de este marco teórico reseñar los matices a que dio lugar este debate conceptual al interior del mundo liberal, nos contentaremos con ilustrar brevemente las que, a nuestro juicio, fueron las fronteras que adoptó el mismo. Por una parte, hubo quienes alertaron que el multiculturalismo afectaba el corazón del ideario liberal: la libertad individual. General-

mente, esta crítica proviene de los teóricos más *individualistas* (al estilo de Robert Nozick (1988)<sup>50</sup>), para quienes el valor de la libertad es consustantivo al liberalismo. Escogemos, sin embargo, la presentación del argentino/estadounidense Martin Farrel para ilustrar el punto, en la medida en que dirige sus observaciones directamente contra el planteamiento de Will Kymlicka.

Por otra parte, encontraríamos las apreciaciones del liberalismo procedimental, para quienes lo que posiblemente falla en la manera como plantearon el multiculturalismo los filósofos canadienses estudiados no es el fondo de la cuestión, sino precisamente el procedimiento que debe seguir el liberalismo para adoptar decisiones colectivas. Entre ellos, para ilustrar el tipo de argumento, escogemos a Jürgen Habermas, quien a mi juicio permite tanto comprender dicho enfoque como vislumbrar sus límites e insuficiencias. Y, de manera complementaria, haremos algunas observaciones críticas provenientes del campo de la llamada democracia radical, para cuyos efectos hemos escogido textos de Nancy Fraser.

Martín Farrell, al comentar las posiciones analíticas de Kymlicka, podría aceptar que una buena manera de plantear el debate provendría de las suspicacias de los comunitaristas hacia las bondades de un liberalismo que, protegiendo a los individuos, asegure al mismo tiempo algunos fines colectivos de grupos minoritarios. Ello, no obstante que *“el liberalismo ha sido interpretado usualmente como una doctrina que presta especial atención a la protección de los integrantes de los grupos minoritarios”* (Farrel, 1995).

El punto sería el siguiente: ciertas prácticas comunitarias pueden ser dañinas, aunque las mismas víctimas consientan en ellas (por ejemplo, inmolar viudas, vendar los pies a las mujeres, cercenar el clítoris o practicar sacrificios humanos). Ciertas prácticas comunitarias no deberían prohibirse, aun cuando la mayoría de los individuos de una comunidad no las invoque (como el homosexualismo). Una teoría comunitarista fuerte, llevaría a que quienes participen de una tradición no puedan excluirse de ella, pues el individuo se identifica con la pertenencia a una comunidad que no eligió. El liberalismo diría que los individuos escogen la cultura a la que pertenecen, y en últimas aspira a que todos elijan la suya por sus ventajas para la propia autonomía.

---

50 Así inicia este autor su muy citado libro: *“Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacerles sin violar los derechos. Estos derechos son tan firmes y de tan largo alcance que surge la cuestión de qué pueden hacer el estado y sus funcionarios, si es que algo pueden. ¿Qué espacio dejan al estado los derechos individuales? La naturaleza del estado, sus funciones legítimas y sus justificaciones, si las hay, constituyen el tema central de este libro... Mis conclusiones principales sobre el estado son que un estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el estado mínimo es inspirador, así como correcto...”* (Nozick, 1988, pág. 7)

A medio camino entre estos dos polos ubica Farrel las tesis comunitaristas débiles o intermedias, al estilo de la de Kymlicka: por un lado, permite la reflexión crítica de la persona hacia su propia cultura; pero, nada garantiza que realizado este escrutinio crítico del individuo, la comunidad a la que desea pertenecer le otorgue derechos que la tesis liberal considera como fundamentales (como los de libertad religiosa o libre desarrollo de la personalidad).

¿Cuál sería la ventaja, entonces? Que protegiéndose derechos colectivos se resolverían problemas de discriminación social que no se activan con derechos individuales. Entre ellos, por supuesto, el derecho a pertenecer o identificarse con un grupo cultural (que nunca resultaría solo de la sumatoria de individuos). Ahora bien, para que este interés de la comunidad subsista, de alguna forma deben prevalecer reglas de ese grupo, y no las del individuo ni las de la sociedad más amplia al cual el grupo se integra. En otras palabras, debe reconocerse una identidad única del grupo, más allá de la de las personas que la conforman.

Pero es necesario insistir que este paso solo es posible en la relación entre grupos culturales no fundamentalistas. Es decir, que solo se justifica otorgar derechos a las comunidades que defiendan la libertad de elección y valoren la autonomía. En otras palabras, a las comunidades liberales. Lo que, según Farrel, podría llevar a la paradoja de que Kymlicka argumente es a favor de la hegemonía de la cultura liberal.

Pero el meollo de la crítica de Farrel se centra es en la idea de que tras la invocación a los derechos comunitarios se encierra una restricción de los derechos individuales:

*“Cuando se habla de derechos comunitarios, lo que quiere decirse es que algunos derechos individuales han sido restringidos, y nada más que eso”* (Farrel, 1995, pág. 89).

Este hecho se expresa en que lo que se enuncia como metas colectivas requiere restricciones en el comportamiento de los individuos. Y si este grupo es una minoría, generalmente las restricciones menos evidentes pero igualmente importantes son las que se ejercen en contra de la mayoría (siempre, por lo menos, se restringe la movilidad, la propiedad o el derecho del voto de los individuos que no pertenecen a dicho grupo protegido).

*“Es muy extraño, entonces, que se haya pasado por alto el costo de imponer estos supuestos derechos comunitarios. Que se olvide que las protecciones especiales para las culturas minoritarias resultan en una distribución desigual de derechos y que no se preste atención a las pérdidas que resultan de adoptar políticas anti-individualistas. La actitud de muchos individuos frente a la eventual protección de ciertas culturas*

*sin duda variaría si se concibe el problema no como uno de conceder derechos a esos grupos, sino como el de restringir los derechos de todos los integrantes de los demás grupos” (Farrel, 1995, pág. 91).*

Visto de esta manera el problema, para este autor los inconvenientes son evidentes: ¿Cuál es la diferencia entre proteger las demandas de un grupo aborigen que clama porque se privilegie su cultura y proteger las de un grupo conservador y autoritario como el de la minoría blanca en Suráfrica, que hacía la misma demanda? ¿Por qué conceder en un caso el privilegio y en otro no?

Recomendar que solo prevalezca la práctica que proviene del pasado, y entre más remoto mejor, no solo es muestra de un conservadurismo extremo, sino que identifica sociedad buena con tradición, haciendo abstracción de cómo fueron impuestas o definidas dichas tradiciones (las formas de dominación de los blancos sobre los negros no diferirían mucho de algunas prácticas de dominación de los hombres sobre las mujeres en sociedades aborígenes). Y más allá de las conveniencias prácticas, la teoría de los derechos comunitarios no tendría una respuesta convincente, que permitiera desentrañar a cuáles culturas grupales proteger y a cuáles no, salvo que se remitiera a principios más universales, como los que encarna la tradición liberal. Pero ésta, a pesar de los comunitaristas, estará obligada a escoger el mal menor en materia de restricción a los derechos individuales, que siempre será un camino diferente al de los derechos comunitarios.

A su vez, la crítica de Habermas se dirige es contra la escogencia *a priori* de un determinado modo de vida bueno que agita el multiculturalismo, especialmente aquella que hemos visto del liberalismo tipo 2 o sustantivo, proclamada por Taylor.

En su texto *La inclusión del otro*, el filósofo alemán dedica un capítulo a comentar la posición de Taylor (Habermas, *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho*, 1999). Considerando un punto de partida de carácter procesal constitucional, a saber, la idea de que son los ciudadanos quienes se asocian por su propia voluntad para formar una comunidad de sujetos de derechos libres e iguales, la pregunta sería si una teoría de derechos cuyo fundamento ha sido construido en términos individualistas puede ser compatible con la articulación y afirmación de identidades colectivas.

Pregunta que debe ser considerada teniendo en cuenta la experiencia política práctica, en especial la lucha por derechos legítimos en que han estado involucrados actores colectivos, que buscan una manera igualitaria de participar en la vida social, bajo la que podría plantearse como una aspiración a que las desiguales condiciones de vida de la sociedad capitalista sean compensadas por medio de una distribución más justa de los bienes colectivos.

El centro de la crítica de Habermas a Taylor reside en lo que éste considera como una insuficiente presentación del liberalismo. En efecto, al construir dos tipos de liberalismo, uno procesal y otro sustancial, pareciera que el segundo solo corrigiera una comprensión inadecuada de los principios liberales. Sin embargo, lo que en realidad está haciendo es cuestionar el núcleo individualista de la comprensión moderna de la libertad.

Para Habermas, Taylor se queda en una versión del liberalismo según la cual todos los sujetos de derecho tienen garantizadas iguales libertades subjetivas de acción en la forma de derechos fundamentales y, en los casos conflictivos, son los tribunales quienes deciden a quienes corresponden dichos derechos. O, en otras palabras, el principio de igual respeto para todos solo adquiere validez en la forma de una autonomía jurídicamente protegida, lo que lleva a una visión paternalista de la autonomía.

*Esta versión “no tiene en cuenta que los destinatarios del derecho solo pueden adquirir autonomía (en el sentido dado por Kant) en la medida en que ellos mismos puedan comprenderse como autores de las leyes a las que están sometidos como sujetos jurídicos privados. El ‘liberalismo I’ desconoce el ‘carácter igualmente originario’ de la autonomía privada y de la autonomía pública. No se trata solo de un elemento complementario que permanezca como algo externo a la autonomía privada, sino de una necesaria conexión interna entre ambas, es decir, de una conexión conceptual. En última instancia, los sujetos jurídicos privados no podrán ni siquiera gozar de iguales libertades subjetivas si ellos mismos en el ejercicio conjunto de su autonomía ciudadana no logran ver con claridad los intereses y los criterios justificados y si no llegan a ponerse de acuerdo sobre los aspectos relevantes bajo los cuales lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual” (Habermas, *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho*, 1999, pág. 194).*

A partir de este esclarecimiento que da cuenta de la conexión entre democracia y estado de derecho, para el filósofo alemán es evidente que el liberalismo no es ciego frente a las desiguales condiciones de vida o a las diferencias culturales. Por el contrario, las personas se individualizan únicamente a partir de un proceso de socialización. Precisamente, la universalización de los derechos fundamentales es lo que permite la diferenciación progresiva del sistema jurídico.

En últimas, estamos aquí frente a un derecho cuya característica central sería la de ser *establecido procedimentalmente*, pues solo se legitima mediante un procedimiento democrático:

*“Un ordenamiento jurídico es, pues, legítimo, si asegura de modo equitativo la autonomía de todos los ciudadanos. Estos son autónomos solo si los destinatarios del derecho pueden entenderse a sí mismos simultáneamente como sus autores. Y los autores solo son libres en cuanto participantes en procesos legislativos que estén de tal manera*

*regulados y se lleven a cabo en tales formas de comunicación que todos puedan suponer que las regulaciones acordadas de tal modo son merecedoras de una aprobación general y motivada racionalmente...*” (Habermas, *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho*, 1999, pág. 202).

Puesto así el problema, la conclusión parece obvia: Dado que las normas jurídicas tienen su origen en un legislador local, se dirigen a un colectivo socialmente delimitado en el interior de una determinada región, tienen un ámbito de validez específico y representan decisiones políticas mediante las cuales la sociedad organizada actúa sobre ella misma bajo la forma de programas socialmente vinculantes, nada impide que allí se articulen las luchas por el reconocimiento étnico o cultural.

En dicho evento, se trataría de la misma realización del derecho coherente con una forma de autocomprensión de cada sociedad. Los mismos ciudadanos se aclaran sobre cómo quieren concebirse en tanto herederos de ciertas tradiciones, culturas, expectativas, etc., siempre y cuando no se ponga en peligro la misma existencia del sistema de derecho. Lo que llevaría a prohibir, por ejemplo, otorgar privilegios a una forma de vida en detrimento de otra, si se quiere mantener el principio de igualdad de derechos. Incluso, *“las culturas aborígenes amenazadas pueden hacer valer en su protección especiales razones morales basadas en la historia de su país ocupado en el interin por la cultura mayoritaria. Argumentos similares pueden aducirse en pro de una ‘discriminación positiva’ que favorezca a las culturas tanto tiempo oprimidas...”* (Habermas, *La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho*, 1999, pág. 208).

Pero esto es muy diferente a la teoría de la conservación de las especies, que parece hibernar en el fondo de los análisis al estilo de los esgrimidos por Taylor, que Habermas tilda de comunitaristas. El derecho a igual respeto que cualquiera pueda esgrimir dentro del liberalismo no tiene nada que ver con un supuesto valor universal de cada cultura, de su contribución a la civilización universal o de una supuesta excelencia de algunas culturas específicas. La historia da cuenta del nacimiento, desarrollo y muerte de infinidad de ellas.

Lo que hace que estas formas de vida no deban ser protegidas mediante derechos colectivos, pues no se trata de mantenerlas *per se* sino en función de sus miembros. Son estos últimos quienes mantienen la reproducción cultural o la abandonan. Y en una cultura que se ha hecho reflexiva, solo podrán mantenerse aquellas formas de vida que vinculan a sus miembros, con tal de que puedan ser sometidas a un examen crítico por ellos mismos y le dejen a las futuras generaciones la opción de aprender de otras tradiciones o de convertirse a otras formas de vida cultural.

Adicionalmente, la misma existencia del multiculturalismo en un estado de derecho requiere que las distintas formas de vida no se asuman como fundamentalistas, pues una

posición de tal índole negaría de suyo la misma coexistencia simultánea de distintas tradiciones, como, según el filósofo alemán, nos lo recuerdan fehacientemente hoy casos como los de Rushdie o la destrucción de las imágenes de Buda en Afganistán.

Todo lo cual lleva a Habermas a postular que *“la identidad de la comunidad política, que no debe verse afectada en su integridad... depende en este caso primariamente de los principios jurídicos anclados en la cultura política y no de una particular forma de vida étnico – cultural, considerada en conjunto”* (Habermas, 1998, pág. 642). Lo que lleva a una especie de exigencia interna por la aculturación dentro del estado liberal, por lo menos en lo que respecta al ámbito de la comunidad política, no necesariamente a todos los ámbitos de la socialización. O, en otras palabras, a pensar que aún concedidos algunos derechos específicos a miembros de ciertas comunidades étnicas en razón de la autocomprensión de una determinada sociedad, éstos siempre suponen un grado de integración a la comunidad política liberal y su idea de ciudadanía.

No sobra advertir que estas posiciones habermasianas corresponden a lo que los estudiosos de su obra han denominado como una especie de segunda etapa de su pensamiento, lo que ha sido descrito en general como el giro discursivo procedimental. En este sentido, siguiendo a Óscar Mejía, *“el pensamiento de Habermas puede interpretarse como una propuesta integral de filosofía práctica en tres direcciones que, a su vez, constituyen tres etapas en el desarrollo del mismo. En una primera etapa, Habermas propugna por redefinir los nuevos términos de la problemática filosófico-política en el capitalismo tardío, derivando de ello un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico así como asignándole a la filosofía un nuevo papel en el contexto de ello. En una segunda etapa, su reflexión se centra en la fundamentación de una teoría de la acción comunicativa como estrategia central de relegitimación de la sociedad capitalista, a partir de un agudo e implacable diagnóstico de la colonización que sobre el mundo de la vida ha ejercido el derecho, generando un proceso de desintegración acelerada a su interior. Estrategia que Habermas complementa con la concepción de su ética discursiva, inmediatamente después... Ante las críticas de Robert Alexy, en cuanto a que la propuesta habermasiana no podía seguir ignorando en su estrategia de solución el derecho como instrumento, Habermas inicia lo que puede denominarse el giro jurídico hacia la reconsideración proactiva del estado de derecho, que, en un primer momento, lo lanza hacia el iuspositivismo y cuya tensión entre legalidad y legitimidad resuelve con la procedimentalización de la soberanía popular. En el marco de este giro, Habermas desarrolla, en la tercera etapa de su monumental reflexión, una teoría del derecho y la democracia que, de una parte, profundiza sus reflexiones tempranas sobre la legitimación en el capitalismo tardío que le permite replantear y complementar su propia teoría de la acción comunicativa y, de otra, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas, socio-jurídicas, teórico-jurídicas y filosófico-políticas contemporáneas, proponer un nuevo paradigma jurídico-político, el discursivo-procedimental, cuyo objetivo es superar la crisis de las sociedades contemporáneas a*



*través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública*". (Mejía Quintana, *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, 2005, págs. 18 - 19).

En este orden de ideas, quizás fuera conveniente resaltar muy brevemente algunos de los aspectos que a nuestro juicio son ilustrativos de la segunda y tercera etapa para el desarrollo del giro discursivo procedimental, central en la discusión que plantea frente al multiculturalismo.

En su *Teoría de la Acción Comunicativa*, Habermas sintetiza las formas como el derecho coloniza el mundo de la vida como una manera de ilustrar la cosificación capitalista tardía, en donde se da el paso de una anticuada conciencia de clase a una modernidad cultural que desplaza la cultura nativa. A su juicio, esta colonización es posible cuando se presentan cuatro elementos:

*"Cuando las formas tradicionales de vida están ya tan desarticuladas que ha podido producirse una profunda diferenciación de los componentes estructurales del mundo de la vida (cultura, sociedad y personalidad); cuando las relaciones de intercambio entre subsistemas y mundo de la vida quedan reguladas a través de roles diferenciados (relativas a la actividad laboral en puestos de trabajo organizados, a la demanda de las economías domésticas, a las relaciones clientela con las burocracias públicas y a la participación formal en los procesos de legitimación); cuando las abstracciones reales mediante las que la fuerza de trabajo de los empleados se torna disponible y el voto de los electores movilizable, son aceptadas por los afectados a cambio de compensaciones conformes al sistema; siendo financiadas tales compensaciones, de conformidad con las pautas propias del estado social, con los incrementos del crecimiento capitalista, y canalizadas a través de aquellos roles en que primariamente quedan depositadas las esperanzas privatizadas de autorrealización y autodeterminación retiradas del mundo del trabajo y del espacio público-político, esto es, a través de los roles de consumidor y cliente."* (Habermas, 1990, pág. 503).

Las cuatro hornadas de juridización aplicables al derecho europeo, que de allí se derivan, las sintetiza de la siguiente forma:

*"La primera hornada conduce al estado burgués, que se desarrolló en Europa Occidental en la época del Absolutismo, en forma de sistema de estados europeos. La segunda hornada conduce al estado de derecho, que adoptó una forma paradigmática en la monarquía alemana del siglo XIX. La tercera hornada conduce al estado democrático de derecho, que se difundió en Europa y en Norteamérica como consecuencia*

*de la Revolución Francesa. La que por el momento es la última hornada conduce, finalmente, al estado social y democrático de derecho, cuya institucionalización en el curso del siglo XX es fruto de las luchas del movimiento obrero europeo, y que, por señalar un caso concreto, ha quedado codificado en el artículo 21 de la Constitución de la República Federal Alemana”* (Habermas, 1990, pág. 505).

Quisiera resaltar puntualmente cómo, para Habermas, en la primera hornada (estado Burgués) se constituye la sociedad civil, en términos hegelianos; en la segunda (Estado de Derecho) se norma el poder público; el Estado Democrático de Derecho da forma jurídico constitucional a la idea de libertad, y los ciudadanos quedan provistos de derechos de participación política, lo que hace que las leyes se consideren válidas cuando cuentan a su vez con la presunción, garantizada por la participación democrática, de que expresan un interés general, y de que existe un procedimiento que liga los procesos de decisión parlamentaria con la discusión pública; y el desarrollo que conduce al Estado Social y Democrático de Derecho puede entenderse como la constitucionalización de una relación de poder social anclada en la estructura de clases. En la medida en que la política social busca al mismo tiempo garantizar la libertad y regular ámbitos de la vida de los beneficiarios, termina limitando también dicha libertad. Por ello, deben asumirse como costos que se siguen del cumplimiento burocrático y de la satisfacción monetaria de los derechos y demandas de los afectados.

Con lo que los derechos sociales, entre ellos los étnico/culturales, tendrían un fin paradójico:

*“La estructura dilemática de este tipo de juridización consiste en que las garantías que el estado social comporta habrían de servir a la integración social y, sin embargo, fomentan la desintegración de aquellos contextos del mundo de la vida que a consecuencia de la forma jurídica que la intervención del estado adopta, quedan desligados del entendimiento como mecanismo de coordinación de la acción y acomodados a medios como el dinero y el poder”* (Habermas, 1990, pág. 514).

En *Facticidad y Validez* (1998) ya se vislumbran las consecuencias del giro discursivo-procedimental para el análisis de un fenómeno como el del multiculturalismo, que se explicitarán, como vimos, en *La inclusión del otro* (1999). Por ejemplo, introduce la idea de paradigma jurídico, que permite explicar, con la ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del estado de derecho y los derechos fundamentales.

Así, para Habermas, “*los dos paradigmas jurídicos que más consecuencias han tenido en la historia del derecho moderno y que aún hoy siguen compitiendo entre sí son el del derecho formal burgués y el del derecho materializado en términos de estado social. Con la*

*interpretación que vengo haciendo del derecho y la política en términos de teoría del discurso, mi intención es dar contornos más netos a un tercer paradigma del derecho, que recapitule en sí a los otros dos. Parto de que a los sistemas jurídicos que a fines del siglo XX rigen en las democracias de masas, articuladas en términos de estado social, lo que más se les ajusta es una comprensión procedimental del derecho...*" (Habermas, 1998, pág. 264).

Sin embargo, el propósito del capítulo es desarrollar lo correspondiente a una perspectiva discursiva desde la teoría del derecho, o lo que denomina sistema jurídico en sentido estricto.

*"A diferencia de las teorías filosóficas de la justicia, la teoría del derecho se mueve dentro de los límites de los órdenes jurídicos concretos. Sus datos los toma del derecho vigente, de las leyes y precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc. A diferencia de la filosofía, la teoría del derecho no podrá preterir sobre todos aquellos aspectos que resultan de la interna conexión entre derecho y poder político, y en primera línea la cuestión de la autorización jurídica de la utilización estatal de la fuerza legítima..."* (Habermas, 1998, págs. 265 - 266).

En esa línea, el filósofo alemán trata en el capítulo cuatro concepciones típicas del derecho: la hermenéutica, el realismo, el positivismo jurídico y la teoría integrativa de Dworkin (a la que le dedica mayor extensión y atención). Como ellas son bastante conocidas, me abstengo de recuperar el enfoque específico que destaca en cada una de ellas, en cuanto no guardan conexión con la tesis central de este trabajo. Pero el aspecto importante a resaltar, más allá de la particular reconstrucción teórica que nos propone, es a dónde quiere llegar:

*"Como el ideal absolutista de una teoría cerrada ya no puede resultar ni plausible ni convincente en una situación de pensamiento postmetafísico como es la nuestra, la idea regulativa que representa esa única solución correcta para cada caso no puede glosarse postulando una teoría, por fuerte que ésta sea. Pues tampoco la teoría del derecho atribuida a Hércules podría ser otra cosa que una ordenación provisionalmente construida de razones interinamente coherentes, ordenación que se ve expuesta a una crítica permanente. La idea de un proceso infinito de argumentación que aspira a un limes exige, por otro lado, la especificación de condiciones bajo las que, por lo menos in the long run, discurra orientadamente y posibilite el progreso acumulativo que representa un proceso de aprendizaje. Esas condiciones procedimentales pragmáticas aseguran idealmente que todas las razones e informaciones relevantes, de las que en un momento determinado pueda disponerse en relación con un tema, puedan hacerse oír sin excepción, es decir, puedan desplegar la fuerza de motivación racional, que le es inherente... El concepto de una racionalidad procedimental, extendida a la*

*dimensión pragmática que representan una regulada competición entre argumentos y un regulado intercambio de argumentos, permite entonces complementar las propiedades semánticas de las razones mediante las propiedades (que indirectamente contribuyen a construir validez) de un dispositivo o medio (el discurso), que es donde puede actualizarse el potencial de motivación racional que las buenas razones comportan...*" (Habermas, 1998, págs. 298 - 299).

No obstante la posible certeza de la crítica habermasiana, en especial a la presentación del liberalismo propuesta por Taylor, quisiera mostrar cómo una autora como Nancy Fraser, al resaltar los vacíos de tal comprensión para la práctica política, vuelve a restituir, de algún modo, la pretensión multicultural de la construcción de derechos, esta vez desde la perspectiva de la democracia radical (Fraser, 1997).

Su inicio argumental puede ser similar al utilizado por Rawls, aun cuando esta vez utiliza la idea de "esfera pública" de Habermas. Este *"designa el foro de las sociedades modernas donde se lleva a cabo la participación política a través del habla. Es el espacio en el que los ciudadanos deliberan sobre sus problemas comunes, por lo tanto, un espacio institucionalizado de interacción discursiva. Este espacio es consensualmente distinto del estado; es un lugar para la producción y circulación de discursos que, en principio, pueden ser críticos frente al estado. La esfera pública en el sentido habermasiano es también conceptualmente distinta de la economía oficial; no es un espacio para las relaciones de mercado sino más bien para las relaciones discursivas, es un foro para debatir y deliberar más que para comprar y vender. Por lo tanto, este concepto de la esfera pública nos permite mantener presentes las distinciones entre aparatos de estado, los mercados económicos y las asociaciones democráticas, distinciones esenciales para una teoría democrática"* (Fraser, 1997, pág. 97).

Ello no obstante, dicha autora quiere ir más allá de esta concepción, en cuanto en ella han estado representados sobre todo intereses burgueses. Lo que implica que cuando aparecen otros grupos la sociedad se fragmenta, por la emergencia de esos otros intereses. A lo que habría que agregar que es un discurso práctico construido sobre exclusiones como las de clase, género o etnia.

*"Ahora bien, aparece aquí una notable ironía, que la explicación de Habermas sobre el surgimiento de la esfera pública no aprecia plenamente. Un discurso sobre la publicidad que defiende la accesibilidad, la racionalidad y la suspensión de las jerarquías estamentales se despliega él mismo como estrategia de distinción..."* (Fraser, 1997, págs. 102 - 103).

No por ello debe concluirse, según Fraser, que la idea de esfera pública es, entonces, una estrategia ideológica burguesa, machista y blanca. Claro, para ello es necesario superar supuestos de la historiografía *machista*, como el de que los interlocutores

pueden poner entre paréntesis sus diferencias de posición y deliberar “como si” fueran socialmente iguales (o, visto en otras palabras, la necesidad de que igualdad social sea condición necesaria para la democracia política), que la proliferación de múltiples públicos en competencia represente necesariamente un paso atrás y no un avance hacia una mayor democratización, y que una esfera pública única, comprensiva, es siempre preferible a una red múltiple de públicos, que el discurso en el espacio público deba restringirse a la deliberación sobre el bien común, y que el surgimiento de intereses privados y de asuntos privados sea siempre indeseable y que una esfera pública democrática operante exija una separación radical entre la sociedad civil y el estado (Fraser, 1997, págs. 107 - 108).

Por ello, su modelo se contrapone a estos cuatro supuestos previos, a los que podría llevar, por lo menos hipotéticamente, la argumentación habermasiana:

*“He mostrado que el modelo liberal de la esfera pública burguesa, tal como lo describe Habermas, no es adecuado para una crítica de los límites de la actual democracia existente en las sociedades del capitalismo tardío. A un nivel, mi argumento socava el modelo liberal como ideal normativo. He mostrado, primero, que una concepción adecuada de la esfera pública exige, no solo poner en suspenso la desigualdad social, sino eliminarla. En segundo lugar, he mostrado que es preferible una multiplicidad de públicos a una única esfera pública, tanto en sociedades estratificadas como en sociedades igualitarias. En tercer lugar, he mostrado que la concepción sostenible de la esfera pública debe propiciar la inclusión, no la exclusión de los intereses y asuntos que la ideología burguesa machista rotula como ‘privados’ y trata como inadmisibles. Finalmente, he mostrado que una concepción defendible debe permitir la existencia tanto de públicos fuertes como de públicos débiles, y debiera contribuir a la teorización de las relaciones entre ellos...”* (Fraser, 1997, pág. 132).

Por supuesto, a su juicio una concepción de tal tipo vincula de manera más incluyente demandas como las de la identidad o la diferencia cultural. Lo que no significa que sea un camino sencillo. El asunto es discutir en qué forma puede un proyecto de democracia radical vincular la política cultural del reconocimiento con la política social de la redistribución. De lo contrario, ésta no será auténticamente democrática: *“No conseguirá forjar mediaciones democráticas entre las ‘diferencias múltiples que intersectan”* (Fraser, 1997, pág. 241).

Lo que supone superar el antiesencialismo y el multiculturalismo. El primero, supone para la autora un rechazo a las identidades colectivas, que se catalogan como ficción o construcción. Para Fraser, esta visión es limitada, pues *“no se preguntan cómo una identidad o una diferencia dada se relaciona con las estructuras de dominación y con las relaciones sociales de desigualdad. Tampoco se preguntan qué tipo de economía política se requeriría*

*para sostener identidades no excluyentes y comprensiones antiesenciales de la diferencia...*" (Fraser, 1997, pág. 244).

Y el multiculturalismo, especialmente el norteamericano, en sus versiones más pluralistas, valoraría las identidades de grupo existentes.

*"Supone que tales identidades están bien como están, solo que algunas necesitan más respeto. No obstante, algunas identidades de grupo existentes pueden estar ligadas de manera importante a relaciones sociales de dominación existentes y es posible que no sobrevivan a la transformación de las mismas. Asimismo, algunas identidades de grupo – o hilos que de ellas se derivan – son mutuamente incompatibles... Por esta razón, no es posible eludir juicios políticos acerca de identidades y diferencias mejores y peores. Sin embargo, tales juicios le están vedados al multiculturalismo pluralista..."* (Fraser, 1997, pág. 247).

Por ello, esta autora ve la salida en la aplicación de tres tesis: no es posible regresar al debate de igualdad *versus* diferencia en el sentido de centrarse exclusivamente en un solo eje de diferencia. Por ello, debe abrirse un debate sobre las diferencias múltiples que intersectan. En segundo lugar, no es posible regresar a las comprensiones esencialistas de identidad y diferencia, lo que lleva a desarrollar una concepción alternativa que vincule diferencia cultural e igualdad social. Y, en tercer lugar, no es posible regresar a una concepción monocultural, ya que la visión multicultural supone un triunfo insuperable. Pero debe desarrollarse una versión alternativa del multiculturalismo que permita hacer juicios normativos acerca del valor de las diferentes diferencias en su relación con la desigualdad, en una lógica de afirmación y transformación que permita superar los dilemas que supone la relación entre redistribución y reconocimiento (Fraser, 1997, págs. 37 - 52).

En esta operación, Fraser no solo supone que sus postulados permiten articular de manera adecuada tesis de Rawls, Amartya Sen y Dworkin, sino que indudablemente coloca la afirmación identitaria (para lo cual le sirven innumerables ejemplos de la cultura gay o de los fenómenos de racialización entrecruzados con condiciones como las de clase social) en primer plano, lo que pondría a su vez en la línea de partida los derechos y afirmaciones étnico/culturales.

Y en este camino de la afirmación de grupos y derechos, es oportuno escuchar la voz de una autora como Wendy Brown, así se posiciona más desde una postura neomarxista y no propiamente liberal. Esta académica norteamericana se para en el lugar de las demandas de grupos identitarios politizados, como podrían ser los indígenas o los de género, y se pregunta si tiene sentido ese tipo de reivindicación en lo que sería las postrimerías del siglo XX. Y, en buena medida, esa pregunta va a ser similar a la de si cuando

esas mismas demandas son resueltas a su favor por tribunales, hay en ello un potencial emancipador o no.

Para ella, la investigación sobre el potencial emancipador de los derechos exige enfrentar varias paradojas.

*“Tal vez la más importante de ellas sea ésta: la pregunta por la fuerza liberadora o igualitaria de los derechos está siempre circunscrita histórica y culturalmente; los derechos no tienen una semiótica política inherente, ninguna capacidad innata para avanzar o impedir la realización de ideales democráticos. Pero los derechos necesariamente operan en y como un idioma abistórico, acultural y acontextual: reclaman distancia respecto de contextos políticos específicos y vicisitudes históricas, y necesariamente participan de un discurso de universalidad permanente y no de uno de provisionalidad o parcialidad. Luego, si bien su eficacia política depende de factores con un alto grado de especificidad histórica y social, los derechos operan como un discurso político de lo general, genérico y universal. Esta paradoja entre el idioma universal y el efecto local de los derechos trasciende tanto a los niveles temporales como a los espaciales: si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia -como en el movimiento de los civil rights en Estados Unidos, o en la lucha por los derechos de los sujetos coloniales, como en el caso de los negros en Sudáfrica o los palestinos- en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías...” (Brown, 2003, págs. 82 - 83).*

Esta comprensión le permite tomar distancia frente a otros autores de Critical Legal Studies CLS, en especial frente a la muy extendida crítica de Mark Tushnet contra los derechos, que podría resumirse en estos cuatro puntos:

*“1) Inestabilidad: Una vez identificada la importancia de un derecho dentro de un contexto específico, ese derecho invariablemente resulta inestable; los cambios pequeños pero significativos dentro de una sociedad hacen difícil sostener el argumento de que un derecho determinado conserva siempre su valor. 2) Indeterminación: En algunos contextos hay un derecho implícito que no produce consecuencias determinadas. 3) Reificación: El concepto de los derechos convierte falsamente en abstracciones vacías (reifica) experiencias reales que deberíamos valorar por lo que son. 4) Falta de utilidad política: La utilización de los derechos en el discurso contemporáneo impide el avance de las fuerzas sociales progresistas que llamaré en adelante el partido de la humanidad...” (Tushnet, 2001, pág. 113).*

El camino teórico que nos propone Brown para probar su tesis nos lleva a una combinación entre la crítica de Marx a los derechos, la crítica foucoltiana al poder y la crítica feminista radical al patriarcalismo. Aun cuando no tenemos espacio para desarrollar en detalle las tres, sí quisiéramos postular brevemente algunas de sus afirmaciones.

Para actualizar la crítica de Marx a los derechos, Brown recupera su obra sobre *La Cuestión Judía*. Una decisión muy interesante, a nuestro juicio, pues, como se recordará, en ella Marx entra en polémica precisamente con los neohegelianos a partir del reto que significa pensar la específica reivindicación de la comunidad judía en la Europa de entonces.

Lo curioso es que ni el uno ni los otros le confieren valor estratégico a una demanda de tal tipo. Para los neohegelianos, esa reivindicación debe ser reconducida al campo de la ciudadanía, que es más general e interroga directamente la idea de *estado*, pues si se mantiene como la expresión de un grupo (el judío), llevaría a la alienación, por quedar encerrada apenas en el reconocimiento de una religiosidad específica.

Por supuesto, el joven Marx desconfía de ese papel abstracto y aparentemente neutro que podría cumplir el estado. En su explicación, *“la maniobra de poder que es peculiar del constitucionalismo liberal se centra en otorgar libertad, igualdad y representación a sujetos abstractos en lugar de sujetos concretos. La sustitución de sujetos políticos reales por sujetos políticos abstractos no solo destruye el proyecto de emancipación sino que nos resubryuga precisamente al emancipar a nuestros sustitutos -al emancipar a nuestros abstractos representantes en el estado y llamar a ese proceso “libertad”-. Así, el sujeto es idealmente emancipado a través de un ungi-miento como persona abstracta, un ser humano formalmente libre e igual, y es resubordinado prácticamente a través del repudio idealista de los constituyentes materiales de su personalidad que constriñen y contienen su libertad...”* (Brown, 2003, pág. 97).

De allí que Marx propugne por una emancipación en los terrenos de la sociedad civil, que supere la fantasmagórica y desintegradora que supone la emancipación política por la vía del estado. Así, los derechos aparecen como posiciones subjetivas y egoístas. Es así la naturaleza de las demandas en el campo de la sociedad civil. Pero ello supone un avance en la vía hacia la emancipación por tres razones: es mejor ser tratados por el estado *como si* fuéramos libres iguales y no *como si* fuéramos sometidos y desiguales frente a un poder que nos estratifica. Los ideales de libertad, igualdad y comunidad por lo menos moldean el deseo histórico por esos mismos bienes. De esta forma, la causa de los derechos civiles y políticos puede ser abrazada como una etapa hacia la emancipación, pues el fracaso de estos derechos para lograr la verdadera emancipación, que se experimenta como falta de libertad y alienación, lleva a su superación por la vía de una sociedad que revolucione sus limitaciones y trascienda su egoísmo.



A renglón seguido, Brown aborda algunas tesis de Michael Foucault, en la medida en que éste “evoca un campo político con relativamente poco espacio abierto y sin ninguno de los trucos de autosuperación, de movimiento hacia adelante, contenidos en la historiografía marxista. Al percibir el poder donde ni el liberalismo ni el marxismo lo perciben, Foucault exige repensar la formulación marxista de la identidad politizada y de las demandas por derechos. La explicación de Foucault no solo escinde la “emancipación política” del progreso fantasmal de la emancipación, también vuelve problemático el supuesto marxista de que la búsqueda de tal emancipación surja de sujetos históricamente subordinados o excluidos que buscan ocupar un lugar en un discurso de personalidad universal. Sugiere, en cambio, que estas demandas pueden surgir de sujetos producidos contemporáneamente a través de normas regulativas, sujetos que pueden enraizarse, pero también retirarse o aflojarse, a través del reconocimiento político y la adquisición de derechos” (Brown, 2003, pág. 116).

Este giro permite un nuevo aire a teorías críticas de género, raza o sexualidad que implican un reposicionamiento del sujeto. Sujetos que no solo son posicionados por el poder, creados por la expropiación y la explotación, sino que simultáneamente ejercen y padecen el poder. Esto le permite terminar con algunos interrogantes que, más que intentar, deja planteados como derrotero: ¿Será que los derechos aparecen entonces como medios para contestar el poder del estado afirmando la autonomía individual, y como una manera de articular profundamente la identidad, olvidando las normas sociales y los discursos regulativos que la constituyen? ¿Funcionan los derechos fijados a identidades parcialmente para encarcelarnos dentro de posiciones subjetivas que ellos buscan afirmar o proteger?

Por lo tanto, recuperando parcialmente algunas de estas críticas a los planteamientos originales de los tres autores multiculturales analizados, y aceptando transitoriamente la tesis de que al interior de las *fronteras liberales* ya no existiría tanto una lucha por expulsarlos, sino más bien por precisar las formas de hacerlos compatibles (como postula el mismo Kymlicka, según lo visto), tendríamos que concluir que las tesis multiculturales salen más fortalecidas que anuladas. En efecto, aspectos como el evitar llegar a una simple conservación de las especies, o la mera condescendencia frente a la diversidad cultural étnica, o no reconocer la necesidad de profundizar los procesos de construcción de ciudadanía en una democracia, parecieran alentar, más que desvalorizar, dichas tesis.

### **Del nuevo derecho y su relación con los derechos**

Presentadas de la manera como se hizo en el acápite anterior las ideas centrales del multiculturalismo, que suponen fundamentalmente la exploración de un acuerdo o integración con el ideario liberal básico, surgen dos preguntas paralelas, desde la perspectiva del derecho. La primera, sobre si el desarrollo de la teoría del derecho (ya no del liberalismo) permite incorporar un catálogo tal de derechos en democracias marcadas por la preva-

lencia de constituciones signadas por amplios capítulos de derechos fundamentales. La segunda, que es en alguna medida la contracara de la anterior, si la mera consignación en tanto fundamentales de derechos de tal índole (como étnico/culturales o especiales en función de grupo étnico) no supone ya una razón jurídica suficiente para adoptarlos en la teoría liberal/democrática, independientemente de su consonancia o no con la filosofía política que inspira el liberalismo.

En últimas, la respuesta positiva a estas dos inquietudes llevaría a postular que la fundamentación de los derechos étnicos reside en la fuerza de la misma Constitución o de los Derechos Humanos así protegidos y su desarrollo a nivel de instrumentos internacionales, independientemente de su conexión con una teoría como la liberal democrática.

No adoptaremos tal visión pues, como se desarrollará en detalle en el tercer capítulo de esta tesis, la dogmática de la Corte Constitucional está orientada a responder o justificar las dos aristas del problema, a saber: si los derechos especiales en función de grupo pueden ser invocados constitucionalmente y cuál es su adecuada fundamentación, o justificación, en una democracia (o Estado Social de Derecho) como la colombiana.

Atendiendo a lo anterior, la presentación que se hará de estos dos aspectos será más de carácter ilustrativo, y apunta a reforzar la idea de que el llamado nuevo derecho, así como el nuevo constitucionalismo, son genéricamente afines a los derechos especiales en función de la pertenencia étnica, aun cuando no son suficientes para establecer ni su contenido óptimo, ni su enfoque, ni su consonancia con otros derechos fundamentales que sean igualmente considerados como centrales para una democracia liberal como la nuestra.

Aun cuando en nuestro medio la idea de la emergencia de un “nuevo derecho” ha estado más vinculada con el papel de la interpretación constitucional y el relativo activismo de la Corte Constitucional, por supuesto que se trata de un tema de mayor calado que ha ocupado a diversos teóricos tanto de la tradición continental como anglosajona. La revisión a algunos de los textos que autores de esta estirpe han propuesto, y su relación con la factibilidad de desarrollar una nueva veta interpretativa de los derechos étnico/culturales, es el cometido de este aparte.

Para ello, quisiera iniciar con un comentario al escrito del profesor italiano Gustavo Zagrebelsky en *El Derecho Dúctil* (1995). Para éste, la metáfora jurídica de la *persona* soberana del estado está en su ocaso<sup>51</sup>, especialmente en sociedades diversas y donde

---

51 “El derecho relativo a esta “persona” soberana y a sus “órganos” era el “derecho del estado”, cuyo significado era doble, pues incluía la idea de un derecho creado exclusivamente por el estado y puesto exclusivamente a su servicio. La soberanía estatal era así el punto de partida y de retorno de este derecho, el criterio de sentido y orientación de todos sus elementos” (Zagrebelsky, 1995, pág. 11).

concurrer otros poderes supraestatales. En dicho contexto, él se pregunta si el sentido moderno de Constitución puede llenar este vacío, en la medida en que ésta no sigue la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común sino más bien de establecer las condiciones de posibilidad, la plataforma de partida para las diversas posibilidades.

En este orden de ideas, esas Constituciones no son ya, o no deberían serlo para cumplir con tal objetivo, un centro de emanación de unidad política estatal, sino una especie de marco de posibilidades pluralista que se implementa en medio de cambiantes equilibrios.

*“Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con un carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Estas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas” (Zagrebelsky, 1995, págs. 14 - 15).*

Ahora bien, para tematizar con mayor precisión el asunto de los derechos, y entre ellos los del ámbito étnico/cultural, valdría la pena analizar muy sucintamente la tensión que él ejemplifica entre concepciones antiguas de los derechos (emparentadas con el humanismo cristiano) y nuevas comprensiones (de raigambre laica y antiescolástica):

*“Según la concepción moderna, los derechos son la armadura jurídica de la voluntad, un modo de hacerla eficaz protegiéndola de sus enemigos... La voluntad que éste protege no es la “local”, relativa a ésta o aquella relación jurídica, sino la universal del hombre que quiere por sí y para sí con independencia de los particulares contextos de relación, es decir, del hombre que actúa para la realización de sí mismo como sujeto absoluto... La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una visión “defensiva” o negativa de los mismos, es decir, con una concepción de defensa frente a la arbitrariedad del poder. Pero éste es solo el punto de arranque. A partir de ahí es muy posible que se produzcan desarrollos en sentido “positivo”, como pretensión frente a quien dispone de los recursos necesarios o útiles para*

*hacer eficientes, o más eficientes, los derechos de la voluntad. Esto puede tener lugar en un sentido intensivo, la efectividad, o en un sentido extensivo, la generalización de los derechos...*” (Zagrebelsky, 1995, pág. 82).

Si bien entre los ejemplos que escoge el autor italiano para tematizar esta forma de concebir los derechos no hace una referencia directa a los étnico/culturales, es indudable que éstos cabrían en esa esfera de ampliación de la voluntad. Además, su enfoque buscaría superar precisamente esa visión antigua y cristiana, que sospecha de ese libre arbitrio, por considerarlo proclive al desorden, y prefiere por ello instaurar derechos en clave de justicia, entendida como bien común, y claramente delimitados por el derecho objetivo (Zagrebelsky, 1995, págs. 83 - 86).

El sociólogo francés Pierre Bourdieu nos propondría salir de las teorías *internalistas* del derecho, que suponen que este puede auto-referenciarse, y avanzar hacia una comprensión de campo jurídico: ese universo social relativamente independiente, al interior del cual se produce y ejerce la autoridad jurídica, que es a su vez la forma por excelencia de la violencia legítima (Bourdieu, 2000, pág. 158).

Su tesis central es la de que “*en el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social...*” (Bourdieu, 2000, pág. 160).

De esta manera, si se observa la historia del derecho social se verá siempre reflejado un registro de esas luchas, así como los rastros de los vencedores en ellas. Pero los efectos de estas disputas no son meramente literarios o textuales, pues tienen unas consecuencias sociales inmensas:

*“El derecho consagra el orden establecido al consagrar una visión de este orden que es una visión de estado. Asigna a los autores una identidad garantizada, un estado civil y, sobre todo, un conjunto de poderes (o competencias) socialmente reconocido, luego productivo, a través de la distribución de derechos para usar estos poderes, títulos (escolares, profesionales, etc.), certificados (de aptitud, de enfermedad, de invalidez, etc.). También sanciona todos los procesos ligados a la adquisición, al aumento, a la transferencia o a la retirada de estos poderes... El derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos...”* (Bourdieu, 2000, págs. 197 - 198).

En este punto, para darle mayor amplitud a los postulados de Bourdieu, es pertinente considerar la síntesis que de su obra nos presenta Mauricio García Villegas (García Villegas M. , 2010). Para este autor, aun cuando el tema del derecho es marginal en la obra de Bourdieu, y además ha despertado poco entusiasmo en la sociología francesa (él mismo reconoció que no le dedicó el tiempo e importancia que requería), es importante en la finalidad de construir una teoría de la práctica jurídica que trascienda la dicotomía sujeto/objeto.

De ahí su fuerza en la cultura, que no puede ser entendida por fuera de las condiciones económicas en que los sujetos actúan. Cultura y clase social están correlacionadas. Y en cuanto aparece la pregunta sobre cómo persisten los sistemas de dominación, vemos que ésta es articulada y experimentada a través del uso de la violencia simbólica (García Villegas M. , 2010).

Por ello la importancia de concebir el derecho como un campo social –conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que luchan por poder o capital – en el cual los participantes luchan por la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos. Creando instituciones, se crean realidades históricas y políticas. El derecho establece clasificaciones como legal/ilegal, justo/injusto, que tienen un enorme poder político. La autoridad legal es la forma privilegiada del poder, especialmente en términos de violencia simbólica legítima –monopolizada por el estado– la cual es producido y practicado por el mismo. El uso de lo simbólico es una práctica inherentemente violenta, en cuanto es capaz de imponer significados en el mundo y en las relaciones sociales a partir de las cuales el poder económico y el poder político pierden su arbitrariedad original y su connotación exclusiva, y aparecen como algo normal y aceptable.

Pero, a su vez, la idea según la cual la cultura jurídica de un país se explica por sus debates y su movimiento interno, es problemática. Ignora la conexión entre cultura y condiciones sociales y materiales. La lucha de los actores jurídicos por decir el derecho no es independiente del contexto político. Esto, sin llegar al reduccionismo político o económico (García Villegas M. , 2010).

Para entender bien lo anterior, es necesario ubicar su comprensión de conceptos como los de regla y norma. García Villegas apela entonces a Choses Dites, donde Bourdieu se preguntaba cómo explicar conductas regladas que no son producto de la obediencia a normas. Rechaza la noción de norma restringida a mandato jurídico o moral, por ingenua. Su solución es algo intermedio entre norma y regla: el *habitus*. Este sería el “*sistema de disposiciones durables, de estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras que estructuran, es decir, como principio de generación y estructuración de prácticas y de representaciones que pueden ser objetivamente “reguladas” y “regulares” sin que sean de ningún modo el producto de la obediencia a reglas, objetivamente adaptadas a su objetivo,*

*sin suponer la mirada consciente de los fines y el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos y, siendo todo eso, colectivamente orquestado sin ser el producto de la acción organizadora de un director de orquesta*<sup>52</sup>.

En este orden de ideas, la norma en sentido jurídico no permite ver realmente el funcionamiento social, y su significado y alcance generalmente es monopolizado por los juristas. En cambio, el *habitus* sí posibilitaría ver el ‘sentido inmanente de la práctica’. Si éste es incapaz de cumplir la función reguladora, aparece la regla jurídica. En la realidad, el *habitus* es la regla y el derecho la excepción. Pero en situaciones de riesgo, excepcionales, tiende a ser necesaria la codificación jurídica.

A juicio de García Villegas, Bourdieu tiene deficiencias en su proposición crítica. “*El énfasis en la eficacia simbólica del derecho como una expresión de la violencia legítima del estado, da la impresión de que el derecho es parte de un orden institucional hegemónico y monolítico, y que las fisuras en ese orden son insignificantes. Esta visión del estado y del derecho ha oscurecido el potencial emancipatorio que ocasionalmente surge en el discurso de los derechos*” (García Villegas M. , 2010).

De alguna manera, esto es típico de la tradición francesa, en donde el derecho está más ligado al estado y al poder político que en tradiciones como la anglosajona. Law no incluye *rights*, mientras que *droit*, *diritto*, *recht* o derecho si incluyen lo justo o lo que es bueno. Esto tiene efectos, por ejemplo, en el control constitucional y el alcance del principio democrático. En la tradición continental, el derecho es percibido como un poder político que debe ser cambiado por otro. La crítica de Bourdieu está anclada en esa tradición, y no nos permite ver por ejemplo fenómenos como los del pluralismo jurídico o la interlegalidad (García Villegas M. , 2010).

Para probar estas tesis, García Villegas nos remite al debate entre sociólogos y abogados en Francia. Desde la Revolución Francesa, los abogados han tenido el monopolio de la interpretación jurídica. Desde ella, a su vez, se dice que la legislación es la fuente del derecho, y lo judicial está relegado a una instancia de aplicación mecánica. La élite jurídica no aceptó que la limitación de sus funciones corriera por cuenta de los hechos sociales o los poderes políticos. Se promovió una ciencia jurídica formalista, divorciada de la práctica, autosuficiente, donde el capital simbólico de los principales protagonistas (profesores) estaba estrechamente atado a los intereses dominantes.

*“El debate sociojurídico en Francia frecuentemente oculta un debate más profundo y fundamental entre quienes tienen una visión de la sociedad fundada en el consenso*

---

52 Tomado textualmente de Bourdieu, Pierre. 1972. *Esquisse d’une théorie de la pratique, précédé de trois études d’ethnologie Kabyle*. Genève: Droz, p. 175 (García Villegas, 2010).

*y aquellos que prefieren ver a la sociedad como conflicto, que asimismo implica una división entre teorías progresistas y conservadoras. Generalmente hablando, el verdadero debate sobre el significado sociológico del derecho –y esto es lo que el trabajo de Bourdieu busca y no una ciencia del derecho– está determinado por presupuestos teóricos sobre teorías sociales, i.e., la posición del autor sobre un espectro teórico en el cual estas dos teorías están en los extremos. Así por ejemplo, las dudas de los abogados acerca de la idea de que el derecho es una forma particularmente eficiente de violencia simbólica ejercida legítimamente por el estado, se originan – de manera inconsciente quizás – en una suerte de consenso, o de concepción liberal de la sociedad, más que en una concepción legal” (García Villegas M. , 2010).*

Como se ve, aun cuando a mi juicio Bourdieu no propone una teoría sustantiva del derecho, en el sentido de prefigurarle algunos contenidos o ideales de justicia, sí invita a analizar los procedimientos mediante los cuales lo sustantivo aparece, tanto en lo normativo como en las decisiones de los jueces, jerárquicamente estructuradas, para dar solución a las disputas. Y, para seguir con nuestro tema, implicaría un análisis del por qué de la ausencia o presencia de los derechos en clave étnica o cultural. En este sentido, ¿cabría alguna consideración “estructural” para su ausencia, dada la conexión entre cultura y *habitus*? ¿Son los jueces y legisladores los que no se han preocupado por “introducir” la cultura o la etnia como derecho, o ésta afecta de tal modo el *habitus* que constituye la regla, y no ha sido necesaria la excepcionalidad del derecho por cuanto solo en períodos de crisis (en este caso, de rechazo o contradicción hacia las identidades dominantes) éste se despliega?

Lo que nos hace recordar las críticas a la interpretación judicial, especialmente provenientes del Realismo Norteamericano y del movimiento de Critical Legal Studies CLS. De ellos, resaltaremos los aportes de Dunkan Kennedy (1997), quien, parodiando el famoso texto de Dworkin, diría que hay que tomarse en serio la ideología.

Para el crítico norteamericano, las razones políticas son el Caballo de Troya mediante el cual las ideologías penetran el derecho. Para llegar a ello, tenemos que tener en cuenta algunas particularidades del discurso jurídico. Por ejemplo, que el discurso legal produce una especie de lengua propia, particular. En él se pueden usar las mismas palabras que en español, pero no necesariamente tienen el mismo significado que les atribuyen los hablantes corrientes. Además, que, al igual que en otros lenguajes, el hablante no maneja o domina todo el acto comunicacional. En ese sentido, cuando da o escribe sus opiniones en prosa legal, ya ésta está cargada de significaciones ideológicas. Lo que lleva a una constatación evidente: hay aspectos del discurso legal que sugieren una influencia ideológica aún en ausencia de alguna muestra evidente, por parte de la persona que usa el mismo, que sugiera que él o ella, consciente o inconscientemente, quiera mostrarnos sus preferencias o intenciones ideológicas. Pero, por similares razones, un uso estratégico u

oportunista del lenguaje por parte de esa misma persona también es posible. Finalmente, estas preferencias ideológicas pueden ser encauzadas en una amplia dicotomía entre ideas liberales *vs* ideas conservadoras (Kennedy, 1997, pág. 133).

El juez trabaja con reglas de derecho (normas, doctrina, documentos, etc.) que no dan en sí mismas razones para su propia aplicación. Nos dicen cómo supuestamente deberíamos actuar en determinadas situaciones. Incluso, parece fácil o lógico seguirlas. Y, sin embargo, su sentido es solo aparente.

Consideremos dos tipos de razones para seguir estas reglas de derecho, que son los más recurrentes. A uno Kennedy lo llamará deductivo, y al otro razones de política. Una razón deductiva para usar una regla sigue el argumento de que es la norma legal que ofrece el mayor grado de abstracción con el mayor peso o fuerza deductiva consecuente. Una razón política para el uso de una norma es el de que esa regla ofrece las mayores posibilidades para realizar un óptimo balance entre los valores en conflicto de un determinado campo (Kennedy, 1997, pág. 135).

Ahora bien, lo que le interesa a Kennedy de esta distinción entre reglas y razones para aplicarlas es la forma como el conjunto se vuelve operativo. Es decir, la dinámica del modelo.

Según él, los jueces al estructurar una regla hacen dos tipos de movimientos continuamente: definen el campo, y lo amplían o restringen. Al definir el campo, establecen reglas del tipo regla/contraregla, permitido/prohibido. De esta forma, la situación en discusión cae en un campo o en el otro. Por ejemplo, es legítimo o ilegítimo hacer tal cosa. Al ampliar o restringir, lo que hacen es que una determinada situación salga de un determinado campo, cuando inicialmente parecía pertenecía a éste (restringiendo), o entre a ese campo cuando originalmente parecía que no (ampliando).

En últimas, ambas operaciones (construir el campo y ampliar o restringir) generan un set de formulaciones legales alternativas en donde se puede ganar en cualquier lado. Lo que no quiere decir que los argumentos para ese lado sean igualmente convincentes (Kennedy, 1997, págs. 137 - 140).

El hecho de que ésta sea la forma como se estructura el discurso jurídico es lo que abre la puerta a potenciales escogencias ideológicas. Primero, porque a través de los pares contradictorios la retórica legal siempre está abierta a la manipulación. La forma correcta de hacer esto, según los realistas, es identificar las razones políticas que están detrás de cada regla/contraregla, y balancearlas. Según Kennedy, este movimiento salvaría la racionalidad del proceso, pero en la cultura norteamericana introduce mucho ruido. La imagen que se desea es la de una alta objetividad. Sin embargo, la imagen del balanceo, e incluso



la de la fuerza gravitacional, tiene un significado ambiguo. Se deja la sensación de que el asunto, más que de carácter científico, es de grado. Cuestión de cruzar una línea delgada. Hay un entendimiento cultural generalizado de que por esta vía no se puede llegar a una solución “objetiva” o “necesaria”, o independiente de quien efectúa la decisión.

Por supuesto, el balanceo puede ser objetivo, en el sentido de producir resultados fuertemente experimentados como necesarios aún a través de un proceso no deductivo. Pero surgen dos dudas: si ese proceso de balanceo puede excluir la ideología y cuál es el carácter mismo de los argumentos políticos que jueces y abogados usan actualmente.

Kennedy, al vincular las razones políticas con los proyectos ideológicos, tiene en cuenta tres tipos diferentes de evidencias. La primera, que los valores sociales a los que acude la argumentación política son el relleno de la universalización de proyectos ideológicos. Segundo, los valores institucionales, como las consideraciones sobre el rol jurisdiccional, son a menudo entendidos como los portaestandartes de grupos de interés ideologizados que se benefician aplicando la teoría en un camino determinado. Tercero, hay debates sobre distintas políticas legales que no son simples divisiones académicas de un debate ideológico más general, sino que aparecen como funcionales a lo que es o no es una cultura de la legalidad. De esta forma, proyectos ideológicos universalizados, como el liberalismo y el conservadurismo, reconducen los intereses de los grupos hacia reivindicaciones de sociedades integrales que se interpretan en el lenguaje de los derechos, su utilidad y su moralidad (Kennedy, 1997, págs. 147 - 150).

Planteado así el problema, la pregunta por derechos como los étnico/culturales no se asienta en su existencia (normas que los consagren) sino en la vinculación política de éstos a dichos relatos políticos más extensos, como izquierda o derecha (o liberalismo, no liberalismo), que son los que constituyen la trama desde la cual los jueces terminan adjudicando o ignorando ciertas posiciones jurídicas en sus fallos.

Por supuesto, una visión tan *activista* del juez es contestada por muchas escuelas, incluso las que admiten un alto grado de discrecionalidad de éste, como las correspondientes a la llamada teoría de la argumentación. En un escrito como éste nos es imposible una presentación de dicho movimiento, con sus diferentes matices. Pero quizás sí valdría la pena considerar algunos de los elementos que debería tener una teoría de la argumentación jurídica, siguiendo la propuesta que de ella nos hace Atienza (Atienza, 2005).

Para él, la evaluación de una teoría de la argumentación jurídica debería seguir tres perspectivas: su objeto, su método y su función. Lo anterior, teniendo en cuenta a su vez que dicha teoría vincula la argumentación que se da sobre hechos, y no solamente sobre normas, como hace la llamada teoría estándar. Y que debe estar en contacto tanto con las teorías morales, como con la sociología jurídica y las investigaciones sobre el derecho de

tipo empírico. Finalmente, debe impactar no solo la dogmática jurídica, en lo que tiene que ver con la interpretación y aplicación del derecho, sino igualmente la producción misma de éste.

Muchas veces, situados ya en un contexto de aplicación del derecho, una adecuada teoría de la argumentación del derecho debe ir más allá de la adjudicación, y entender los distintos procesos de mediación y negociación que la posibilitan. Lo que lleva a que no deba tener simplemente un carácter prescriptivo, sino también descriptivo, capaz de dar cuenta efectiva de los distintos argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica (Atienza, 2005, págs. 235 - 239).

Y aun cuando no es fácil imaginarse, en dicho contexto, la suerte de nuestro hilo conductor, los derechos étnico/culturales, sí es cierto que amplía sustantivamente el marco de análisis de los mismos, pues no solo integraría la producción normativa en sí, y la actividad jurisprudencial ligada a ella, sino las razones mismas tanto de su producción como de su interpretación.

Sin querer minimizar la importancia que para estos efectos pueda tener la consideración de los diversos tipos de enunciados jurídicos que señalan el mismo Atienza y Ruiz Manero (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 1996), en especial los que implican mandatos, poderes o permisos, quizás valdría la pena detenerse por un momento en los enunciados valorativos en derecho, ya que pueden ilustrar la conexión a la que aludíamos en el párrafo anterior.

Para ello, cabría entender primero la postulación de las normas como razones para la acción. En el primer capítulo, los autores han mostrado cómo, en la diferenciación entre reglas y principios, esta consideración califica el ámbito de aplicación normativo:

*“Tomando como punto de partida una conocida caracterización del último Hart, cabe considerar a las reglas jurídicas de acción como razones para la acción perentorias e independientes del contenido... Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto la base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla... De los principios explícitos cabe decir que son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la razón por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, esto es, la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca*

*del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) – que pueden constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido – ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional. Los principios implícitos, a su vez, son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido...”* (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan , 1996, págs. 11 - 13).

Ahora bien, lo interesante es que, a su vez, esta misma consideración del enunciado permite analizarlo de cara a los valores:

*“Cuando se dice que una norma es una razón para la acción se están diciendo, en realidad, dos cosas distintas: que una norma es una guía de comportamiento y, también, que es un criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica) de la conducta. Estos dos elementos están normalmente superpuestos, y de ahí que de ordinario no se advierta – o que, en la mayor parte de los contextos, no merezca la pena advertir – su dualidad. Vienen a constituir algo así como una y otra cara de la misma realidad. Pero hay ocasiones en que esos dos lados – como hemos visto – parecen escindirse. Podríamos decir, entonces, que en una norma pueden distinguirse dos aspectos: el directivo o, si se quiere, normativo, en sentido estricto, esto es, de guía de la conducta; y el valorativo o de criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica)”* (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan , 1996, pág. 131).

Pero los autores se cuidan de transitar hacia una axiología o una teoría de la justicia:

*“Los valores incorporados a los enunciados jurídicos pueden considerarse como la plasmación de los juicios de valor efectuados por quienes establecen los enunciados (las autoridades jurídicas) sobre ciertas acciones y estados de cosas. Esto no quiere decir que atribuyamos a las autoridades (pongamos, al legislador) la capacidad de crear valores, sino que nos interesan únicamente los valores asumidos por autoridades jurídicas. Por supuesto, al igual que existen normas implícitas, cabe hablar también de juicios de valor implícitos. Quienes aceptan esos juicios de valor de las autoridades aceptan también que existe una razón para considerar justificado (o, en su caso, injustificado o indiferente) realizar determinadas acciones o procurar alcanzar determinados estados de cosas”* (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan , 1996, págs. 137 - 138).

En últimas, lo que se sigue en general de los planteamientos de Atienza es la posibilidad de que por la vía de la argumentación se logre ampliar el marco de acción e interpretación de los operadores y autoridades jurídicas, incluyendo tanto valores últimos, como los de libertad (a los que podrían asumirse los derechos étnicos y culturales) como valores utilitarios (como muchos de carácter social o económico), en un marco en el que se podrían invocar, aun cuando con límites, incluso principios implícitos. Esto da una amplia posibilidad para que derechos con escaso desarrollo normativo puedan acogerse tanto en la interpretación jurisdiccional como legislativa.

No quisiera terminar este apartado sin considerar las propuestas de dos teóricos del derecho colombiano, que nos hacen reflexionar en torno al nacimiento del llamado *nuevo derecho* desde dos perspectivas distintas pero complementarias. En primer lugar, en la dicotomía que representan los contextos de producción versus los contextos de reproducción de las teorías mismas (a lo que aludimos al iniciar este capítulo), y en segundo lugar frente al papel de los movimientos sociales en la conformación del derecho.

En el escrito que da cuenta de su tesis doctoral, Diego López Medina retrata con ironía la difícil situación que afrontaba a la hora de darle entidad teórica a su trabajo:

*“Por un lado, quería hacer una iusfilosofía que diera cuenta del clima cultural y de los procesos locales que se daban en mi jurisdicción, pero al mismo tiempo entreveía que esos desarrollos eran subestandarizados si se les oteaban desde la tradición iusfilosófica anglo-americana... El argumento particularista tiene dos vertientes: un estudiante doctoral extranjero puede reclamar identidad y localización/particularización frente a sus profesores de una manera iuspositivista o de una manera multiculturalista. (i) O bien puede proponer una tesis sobre el “acto administrativo en Colombia”, que su director, supongámoslo francés, codificará en la categoría “derecho comparado”... De esta forma, el positivismo jurídico tiene el potencial de particularizar en razón del origen de normas legales. (ii) O bien, por otro lado, el estudiante puede hablar de un tema común que comparte con su profesor, por ejemplo, “la defensa de los derechos humanos”, pero reclama para sí “un punto de vista” local, bien sea porque su “realidad” o su “cultura” introducen modificaciones significativas a la comprensión estandarizada y transnacional del tema... En suma el multiculturalismo particulariza en razón de la relativización de la cultura...” (López Medina D. E., 2005, pág. 10).*

Como a él no le interesaban estos dos extremos, y seguía empeñado en una investigación teórica que diera cuenta al mismo tiempo de lo local y de Hart, por mencionar sus propios ejemplos, se vio obligado a precisar el fondo de lo que veía como obstáculo, que constituye ya una posición en torno a la teoría del derecho:

*“¿Por qué no es fácil alcanzar una particularización del discurso en el campo de la iusteoría? Primero, porque la iusteoría, como campo esencialmente académico del derecho, ha sido estructurada desde un principio como una empresa transnacional. Por “empresa transnacional” quiero significar lo siguiente: los autores, argumentos y controversias llamados “iusteóricos” ocupan un campo por encima de lo nacional, lo regional o lo local, en donde cierto tipo de conocimiento abstracto del derecho puede ser compartido y usado por personas con diferentes antecedentes y en distintos contextos... Esta construcción se realiza por un número limitado de eruditos y de intereses asentados en países centrales que terminan monopolizando, desde un punto de vista igualmente particular, la lectura estándar, objetiva o universal de un campo jurídico. La difusión y aceptación de estrategias excepcionalistas o particularistas apuntan hacia una crítica del conocimiento etnocéntrico, eurocéntrico o anglocéntrico...”* (López Medina D. E., 2005, pág. 12).

Más allá de que López Medina constata que en América Latina sea posiblemente el lugar en donde menos prosperen los particularismos, por nuestra amplia tradición de asimilación cultural que nos hace ubicarnos casi que automáticamente como parte del “mundo occidental”, lo que nos hace igualados antes que iguales, amén de que genera en los estudiantes precisamente ese prurito por la mimesis o la copia del europeo o norteamericano, lo que parece relevante en su forma de abordar el problema es lo concerniente a producción y reproducción de dichas teorías, que ya resaltamos previamente (como sitio de producción y sitio de recepción).

Resistiéndose a asumir el papel periférico como simplemente de imitación o *influencia*, que fácilmente hace tránsito hacia acusaciones como las de malinterpretación, copia o plagio, con lo que se refuerza la dependencia, López propone un sendero intermedio: más que buscar liberarse de la subalternidad, su primer paso consiste en aceptarla. Sin embargo, a renglón seguido debe demostrarse que esa recepción es más que copia, pues cambia y transforma. Más que errores que deban combatirse con un regreso a los patrones normados, estas lecturas tergiversadas producen dinámicas locales que ya no se pueden simplemente revertir: ellas son de hecho creación, adaptación y variación. En este orden de ideas, también transforman las teorías transnacionales del derecho. Con lo que su análisis deja de ser simplemente un registro de transmutaciones locales para intervenir en la argumentación teórica misma. Es desde esta concepción que este autor nos invita a abordar su investigación sobre la recepción de Kelsen en nuestro medio, como una forma de explorar los problemas de originalidad iusteórica en tradiciones jurídicas pobres, periféricas, dependientes e inseguras (López Medina D. E., 2005, págs. 28 - 36).

En *El Derecho de los Jueces* el mismo Diego López Medina ilustra el alcance de su teoría, al retratar la emergencia del precedente constitucional en Colombia, en choque

frontal con nuestra tradición neo-romanista y positivista. No es la primera vez que se pone en duda el sistema de fuentes colombiano desde sectores antiformalistas. Ya entre 1936 y 1940, miembros de la Corte Suprema de Justicia habían desafiado el formalismo tradicional y propuesto un mayor contacto con las fuentes vivas del derecho, pero poco a poco su energía política fue normalizada por el mismo sistema (López Medina D. , 2000, pág. 299 y ss).

¿Por qué la obligatoriedad del precedente en materia constitucional opera nuevamente este desafío, cuya consecuencia es la aparición de un *nuevo derecho*? López Medina sintetiza así este tránsito:

*“Frente a la experiencia de una rama judicial kafkiana y legalista, poco sensible a las necesidades y angustias de quienes acudían a ella, la jurisdicción constitucional y su nueva arma, la tutela, fueron vistas como mecanismos de reivindicación de viejos reclamos sociales, que no tenían cabida en los estrechos marcos del derecho constitucional colombiano anterior a 1991. Las violaciones de derechos fundamentales, si no eran tipificables en alguna de las figuras del derecho civil común, no tenían mecanismo judicial de protección... La aparición de (i) una generosa carta de derechos fundamentales, (ii) una jurisdicción especializada en su protección y (iii) de un versátil mecanismo procesal de protección de tales derechos auguraban, finalmente, la producción de una “pócima” que reversara la invisibilidad jurídica del “desposeído”. De la misma manera, en el país empezaron a circular y a ser utilizados argumentos anti-positivistas y de centro-izquierda (en relación con el equilibrio político tradicional) originados en la obra de una nueva generación de teóricos extranjeros. Ellos ofrecieron el lenguaje teórico de una confrontación política de amplias dimensiones: entre el listado de esta teoría transnacional, propia de la segunda mitad del siglo XX pero solo hasta ahora incorporada en la enseñanza del derecho nacional, figuraban preeminentemente los nombres de H. L. Hart, J. Rawls, R. Dworkin y R. Alexy. Todas estas nuevas ideas antitradicionales empezaron a circular entre grupos, pero su influencia amenazaba con quedarse en ruminaciones de las élites intelectuales. En esta cocción, por tanto, faltaba un mecanismo de transmisión que asegurara, por parte de los jueces inferiores, más apegados a la teoría tradicional, un mínimo de cooperación con los nuevos idearios teóricos y constitucionales... La brecha que separaba a la cabeza de la jurisdicción de su base judicial era, por tanto, profunda. La resistencia, sin embargo, podría ser vencida mediante la inauguración de un sistema de disciplina jurisdiccional que atara a los jueces inferiores, si no a la sensibilidad, cuando menos a la jurisprudencia “niveladora” y “libertaria” de la Corte Constitucional, ahora obligatoria. Así las cosas, desde un punto de vista moral, la Corte entendió que su agenda emancipatoria estaba íntimamente conectada con el establecimiento de un mecanismo de precedentes que asegurara la aplicación masiva*

*y disciplinada, en primera instancia, de sus sentencias y fallos. Esta justificación moral, además, resultaba políticamente conveniente porque el deseo de poder de la Corte se validaba, ante sus propios ojos, por el objetivo social “benigno” que parecía estar llevando a cabo...”* (López Medina D. , 2000, págs. 322 - 326).

Aun cuanto este movimiento hacia un *nuevo derecho* ha tenido contradictores en la misma Rama Judicial y aún entre magistrados de la misma Corte, que han *conservadurizado* posiciones iniciales del Alto Tribunal en materias como Estado Social de Derecho, es curioso de todas formas que no haya suscitado el rechazo que políticamente ha acompañado a estos intentos de reformismo social-demócrata o de centro-izquierda en el plano político. López atribuye ello a la resistencia que ha ejercido la Corte Constitucional a una identificación política expresa, a pesar de su evidente antiformalismo, lo que le posibilita seguir actuando desde una perspectiva imparcial unida a una visión sustantiva de política. Esta mezcla ha sido posible gracias a la utilización de teóricos como Rawls, para quien la imparcialidad no excluye la idea de justicia sustantiva, como vimos en su momento (López Medina D. , 2000, págs. 330 - 332).

Para entender lo anterior, quizás sea importante ilustrar la combinación entre contextos de producción y de recepción, en combinación con la emergencia de un “nuevo derecho” con el caso de H. L. Hart. Desde una visión de los centros de producción de teoría transnacional del derecho, difícilmente podría este autor encajar como un adalid del *nuevo derecho*. Sin embargo, esto ha sido posible en nuestro medio no necesariamente por una tergiversación de su obra, sino por cuanto, mirada en contexto, ella permitió dos movimientos importantes en nuestro medio.

En primer lugar, al considerar los elementos del derecho (Hart, 1963, pág. 113 y ss), no solo concibió la posibilidad de distinguir entre el mundo jurídico y el prejurídico de una forma que excluía una valoración del primero en términos de modernidad y relegaba el segundo a la costumbre, sino que, teniendo como base de reflexión la respuesta a defectos del derecho (falta de certeza, estaticidad e ineficiencia por difusa presión social) implicaba avanzar desde las que llamó reglas primarias (o reglas que imponen simplemente derechos y obligaciones) hacia las reglas secundarias: de reconocimiento, de cambio y potestativas.

En segundo lugar, mediante el recurso a la “textura abierta” de las normas, Hart intentó cubrir el agujijón semántico con que las corrientes realistas habían inoculado los sistemas positivistas, ante la aparentemente incontrolada actividad de los jueces al decidir qué es y cómo se interpreta el derecho.

*“Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto*

*de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales – tal como el idioma inglés – muestran, cuando se los usa así, una irreductible textura abierta...”. Y, más adelante, Hart concluye: “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de estándares variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de estándares variables. En un sistema donde el stare decisis es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas...” (Hart, 1963, págs. 159 - 160).*

Estas dos premisas o ideas hartianas, que por supuesto requerirían mucha mayor explicitación si quisiéramos tratarlas en relación con la teoría del derecho pero que de cualquier manera responden a una consolidación de la comprensión neopositivista, fueron apropiadas por el movimiento antiformalista o del “nuevo derecho” en un sentido diferente. En un contexto en el cual se suponía que el único productor de normas era el estado, y que era ilegítima (por *realista*) la interpretación extensiva de normas (como hacía la Corte Constitucional con la Carta), la visión de Hart termina apuntalando el “nuevo derecho” ya que no solo legitima formas de pluralismo jurídico sino que además le da piso a la interpretación creadora de derecho en los casos difíciles.

Finalmente, en este breve bosquejo de diversas teorías del derecho que pueden llevarnos a reflexión de derechos específicos como los étnicos, quisiera resaltar el aporte de Julieta Lemaitre (Lemaitre Ripoll, 2009) y su idea de conexión entre movimientos sociales y derecho:



*“En los estudios de derecho y sociedad contemporáneos, la relación entre derecho y violencia está marcada por la herencia de dos grandes teorías. Por una parte, persiste la concepción liberal tradicional según la cual el derecho es un límite al ejercicio de la violencia, tanto de la violencia de los particulares como de la del estado, y en esa medida el estado protege a los más débiles. Por otra parte, persiste la influencia marxista según la cual el derecho es de diversas formas cómplice de la violencia, ya sea porque él mismo es violento, material y simbólicamente, ya sea porque legitima el poder y el statu quo. Además, ha surgido una tercera variante que si bien considera, como los marxistas, que el derecho es instrumento del poder, y por lo tanto cómplice de la violencia, también cree, con los liberales, que puede ser un límite a los abusos del mismo. Es la corriente que considera que el derecho tiene suficiente autonomía del poder como para que pueda ser capturado y utilizado para proteger a los más débiles de una sociedad. Para esta corriente la pregunta central no es la relación entre derecho y violencia sino la nueva pregunta por la utilidad del uso del derecho para los grupos subordinados...” (Lemaitre Ripoll, 2009, págs. 25 - 26).*

Lemaitre no solo considera que esta tercera vía es la dominante actualmente, sino que ella misma se ubica gustosamente allí, aun cuando con una particularidad que a mi juicio es lo que convierte su enfoque en oportuno y complementario:

*“Este libro se une a esta tendencia en la literatura sociojurídica, con un enfoque diferente. Insiste en que el problema de la persistencia de la violencia física protagoniza el estudio del derecho favorable a los desventajados, y que no puede ignorarse como marginal al fenómeno. Además, para estudiar esta coexistencia de violencia y derechos, insiste en que no basta con estudiar el diseño institucional, la distribución del poder y los recursos, las oportunidades creadas para el acceso a los recursos, y la presencia o ausencia del aparato estatal, etc. Adicionalmente, es necesario estudiar el papel generador de sentidos sociales y las emociones involucradas en la reforma legal, ya que estos factores en buena parte explican la relación entre la violencia y la abundancia de derechos y su defensa. Así, este libro se concentra en dar cuenta del uso del derecho por los movimientos sociales para generar significados. Se parte aquí de la premisa de que en la medida en que el derecho produce significados sociales, como tal es parte de las luchas políticas que se dan en torno a dichos significados. A esta premisa básica se agrega otra: la violencia física también es parte de la red de significados compartidos, es decir, crea y destruye realidades sociales y sus significados, y forma parte de las luchas que se dan en ese campo. Por tanto, se propone un análisis de la situación que incluye los elementos estructurales, pero que se enfoca en la forma como el derecho y la violencia física se relacionan con la creación y el mantenimiento de las redes sociales de sentido” (Lemaitre Ripoll, 2009, págs. 27 - 28).*

Aun cuando los movimientos que la autora sigue guardan relación con el tema de derechos culturales y étnicos (movimiento estudiantil de 1989, feminismo, movimiento indígena, comunidad LGBT y organizaciones afrocolombianas), tanto por formas de reivindicar culturas específicas como por la conexión integral de derechos que terminan exigiendo, ellos no constituyen un eje de su reflexión. Pero lo que sí hace con suficiencia es demostrar cómo todos estos movimientos, y en especial sus líderes, se sienten atraídos por las promesas que podrían obtenerse de un derecho progresista o reformista. Tanto así, que se llega a sentir como una especie de embrujo por él, el derecho aparece como conjuro de muchos males que marginalizan o invisibilizan a estos movimientos.

En este punto, la autora se pregunta si este “fetichismo legal” que anima la movilización social actual es conveniente, o es mera forma o ilusión. Y su respuesta es más bien optimista:

*“En este sentido, la reforma legal, o la pasión por ella, se debe a la idea de la dignidad humana que la ley reclama, la cual le debe mucho al derecho natural, del que hereda la idea de que todo lo humano es sagrado y equivalente a los demás seres humanos. Y a pesar de la caída en desgracia del derecho natural, y de la secularización de la vida social, la dignidad humana sigue siendo la premisa básica de las distintas versiones del liberalismo político contemporáneo, su poética y sentimentalidad primarias. Es una idea que además se fortalece de forma permanente a medida que la humanidad plena se le concede a cada vez más grupos excluidos, a las mujeres, a los indígenas, a los negros, a los pueblos colonizados, a los indigentes, a los niños, a los homosexuales, etc. Y, a medida que se profundizan los procesos de secularización de la vida social, y el marxismo ortodoxo desaparece, ese credo humanista y liberal se convierte en la religión de los estados modernos” (Lemaitre Ripoll, 2009, pág. 390).*

Por supuesto, ello no quiere decir que haya acuerdo o convicción unívoca sobre ello en los movimientos. Y, dada su perspectiva crítica, ellos mismos muchas veces dudan de esta vía del derecho y sus reformas. Pero ya que carecen de maquinarias electorales y otros instrumentos para imponer sus significados, el derecho aparece como instrumento ambiguo: puede generar la desmovilización y quedar en simple promesa, o puede resignificar identidades y recrear sus vidas.

Por eso *“cuando se valora la reforma legal más allá de lo que como sociedad llamamos la realidad, el fetiche legal es una fantasía. En ese sentido, lo que quiere decir que el fetichismo legal sea una fantasía es que aspira a definir, incluso, a producir, la realidad social, o por lo menos una realidad alternativa. Y parte de producirla se va en nombrarla. Parte de este efecto es el de aumentar el estatus de un grupo excluido a través de la resignificación de las palabras, y de utilizar otras nuevas, como decir indígena en vez de indio, o como dejar de decir que Colón descubrió América y preocuparse más bien por qué fue realmente esa conquista. Pero el*

*esfuerzo no se agota en esos manejos, porque se trata además de tejer redes muy complejas de significados que logren nombrar eventos cuya violencia a menudo escapa a la capacidad personal o colectiva de nombrar y entender lo que pasa. Redefinir la realidad está en el centro de un esfuerzo político que es también una lucha por producir otra realidad social...*" (Lemaitre Ripoll, 2009, pág. 395).

En conclusión, frente a la pregunta que orientaba esta búsqueda, podría decirse que el llamado nuevo derecho, o visiones más contemporáneas del mismo, entienden suficientemente la conexión entre política y derecho, diversidad de fuentes de producción en el mismo y constitución y reconstitución del campo conforme a la dinámica de los actores. Ello no obstante, no habría ningún elemento sustantivo que indicara la necesidad u obligatoriedad de incluir o excluir los derechos étnico/culturales en el catálogo general de normas, interpretaciones e interacciones, con lo que no podría sustentarse desde él una específica dogmática.

### **Estándares internacionales, tribunales constitucionales y caracterización de los derechos**

Este apartado se pregunta si para la existencia y justificación conceptual de los derechos étnico/culturales solo se requiere la vía de la consagración internacional de estándares en relación con ellos, o si la vía de adopción de los mismos por parte de Tribunales Constitucionales es suficiente, e incluso si lo es su consideración en tanto derechos fundamentales. Como en el acápite anterior, dado que la literatura consultada no trata sino por vía marginal o excepcional el tema, hemos tenido que hacer un ejercicio a veces arriesgado de interpretación textual, con miras a establecer por lo menos un camino sugerente desde la perspectiva de la teoría e interpretación constitucional.

En este orden de ideas, si consultamos por ejemplo textos del inicial neoconstitucionalismo español, en los años inmediatamente posteriores a la Carta de 1977, vemos una respuesta positiva y optimista, aun cuando genérica, en relación con la materia.

Un autor como Pérez Luño considera que "*los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia: a) de un lado, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivización y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el estado de Derecho; b) de otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales...*" (Pérez Luño, 2004, pág. 43).

En ese contexto, tanto los derechos sociales y económicos como los culturales tienen carta de ciudadanía en el nuevo catálogo de derechos fundamentales, lo que debe expresarse directamente en los textos Constitucionales:

*“La necesidad de reconocer una serie de situaciones subjetivas en el terreno de la educación y la cultura constituye un presupuesto básico en la formación del Estado social y democrático de Derecho. Por una parte, porque objetivamente existe una correlación inmediata entre libertad y democracia, de un lado, y educación y cultura, de otro. Ya que no puede darse un ejercicio de la libertad y un funcionamiento efectivo de la democracia sin un substrato educativo y cultural que los cimente, pues cualquier forma de progreso político, económico y social exige, como requisito indispensable, la difusión de la cultura y, con ella, la libertad de conocer y la capacidad para juzgar. A la vez que en plano subjetivo, la educación y la cultura suponen prolongaciones de la libertad de ideas y de manifestación del pensamiento y condición sine qua non para el libre desarrollo de la personalidad. La indispensabilidad de la cultura tiene una puntual repercusión en la esfera de la subjetividad. Por ello, el poder de humanización y emancipación de la educación y de la cultura debe hacerse accesible a todos los ciudadanos...”* (Pérez Luño, 2004, págs. 197 - 198).

Aun cuando cómo se observa por el texto, y así sigue además en su disertación, Pérez Luño se está refiriendo más a la cultura en cuanto bien a adquirir y no como proceso constitutivo de identidades, y por ello se imagina más bien un proceso de irradiación de un objeto que hasta el momento ha sidopreciado (en cabeza de las élites diletantes y clases privilegiadas) para que sea ofrecido y puesto al alcance de todos, como un mecanismo de ascenso social y democratización, sus observaciones cabrían para todo el terreno de la cultura, y por esta vía hacia lo étnico, entendido en una acepción amplia.

De manera complementaria, el texto de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (García de Enterría, 1985), exploraría la posibilidad de que un órgano de tal carácter pueda expandir la interpretación estricta normativa de la Carta sin caer meramente en el activismo judicial, por consideraciones más generales de lo que la Constitución representa en materia jurídica:

*“Toda la polémica sobre los Tribunales Constitucionales versa siempre sobre las mismas dos cuestiones, bien conocidas. Por una parte, la cuestión de la tensión entre política y derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. ¿Es, por tanto, el Tribunal, a pesar de su nombre, una verdadera jurisdicción, o es más bien un órgano político, que decide políticamente bajo capa de sentencias? Y antes aún: ¿es que los problemas políticos (y los problemas de principio, sometidos a una presión social de tantas atmósferas) son susceptibles de judicializarse,*

*de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal? Segunda cuestión, íntimamente ligada con lo anterior: ¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?, pues aunque pretenda aplicar éste, es un hecho que la historia demuestra que los Tribunales Constitucionales ejercen en la práctica un verdadero amending power, en los términos del juez americano Marlan, esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos de suplementarla, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estar en la intención del constituyente. Y, entonces, ¿cuál es la fuente de ese formidable poder y – más grave aún – su legitimidad democrática?...” (García de Enterría, 1985, pág. 158).*

Para el autor, la posibilidad de responder coherentemente a estas observaciones guarda estrecha relación con su estructuración en tanto norma jurídica de carácter especial:

*“Todo el problema de la justicia constitucional enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica. Si la respuesta es negativa, ello significa una serie de consecuencias y, por de pronto, las siguientes: Una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento en que el equilibrio de éstos arroje un resultado diverso; lo cual se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, si le resulta posible, eliminar a sus competidores. En cambio, si a la Constitución se le dota de los caracteres de una norma jurídica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad de que se trate, la perspectiva cambia esencialmente. La Constitución será considerada no ya como un simple mecanismo de articulación más o menos ocasional de grupos políticos más o menos relevantes y amenazados siempre de cambio o desaparición como tales grupos... sino como el estatuto básico de la vida común, lo cual implica por fuerza, como hemos notado en otro lugar, una necesidad nueva, no presente en las constituciones puramente mecanicistas, la necesidad de fijar límites al poder con relación a los ciudadanos, o, en otros términos, derechos de éstos, tanto a una vida exenta del poder como a la dominación e instrumentalización de éste, como, en fin, a las actuaciones positivas del estado para promover la libertad efectiva y la igualdad. Resulta obvio que si a esta definición de esferas de actuación (como la paralela de los órganos políticos o de niveles territoriales del estado) se la dota deliberadamente de la condición de norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente... (García de Enterría, 1985, págs. 175 - 176).*

García no oculta los problemas que ello conlleva, en especial tratándose de la Constitución:

*“Lo que vemos claramente es que, bajo unas u otras explicaciones técnicas, lo que hacen estos Tribunales es utilizar de una manera explícita, y desde luego inequívoca en cuanto a su manera de proceder, el método jurídico más estricto, método aplicado para extraer del texto constitucional que, es a la vez, su único y necesario parámetro, los criterios de decisión de sus sentencias. El problema particular en la aplicación de ese método general viene de dos causas: por una parte, de la amplitud de las fórmulas utilizadas por la Constitución, de su carácter deliberadamente abierto, de su estructura técnico-jurídica como “conceptos jurídicos indeterminados” o “principios generales del Derecho”, de la necesidad de rellenar esas fórmulas con criterios materiales a veces altamente polémicos y nunca aproblemáticos; por otra parte, de la circunstancia de que todo ese razonamiento jurídico se hace prácticamente “sin red”, enfrentándose directamente al proceso político y a los órganos supremos que lo protagonizan, y con efectos colectivos espectaculares, con el riesgo implícito de la ruptura del propio sistema que esos Tribunales deben defender” (García de Enterría, 1985, pág. 223).*

El punto es que este autor, a pesar de los riesgos, le apuesta a una combinación flexible del intérprete entre sumisión a la ley y adaptación de ella a los contextos cambiantes, con el fin de ofrecer soluciones nuevas. En esto, no ve una diferencia sustantiva entre el Tribunal Constitucional y la función ordinaria de los jueces, y ello es quizás también su fortaleza:

*“Es precisamente esa calificación estrictamente judicial, aplicada a una materia tan trascendental y tan sensible para el cuerpo político y social, la que exige de manera particular a las sentencias constitucionales intensificar la exigencia común de la motivación de todo fallo judicial, la de presentarse como principled, justificada de una manera detallada y explícita en principios que trasciendan la apreciación singular del caso, principios que aquí han de ser precisamente los expresados en la Constitución o deducibles de los mismos con claridad. La necesidad de hacer patente ese soporte constitucional de los fallos ha justificado que sea justamente en esta materia donde se ha generado la práctica de la publicidad de las opiniones o votos disidentes o concurrentes, publicidad que surge en el Tribunal Supremo americano y que tiende a extenderse a todos los Tribunales Constitucionales...” (García de Enterría, 1985, págs. 234 - 235).*

He anotado como complementarias y optimistas estas visiones, pues a mi juicio tienen los dos elementos que han permitido extender el ámbito de aplicación constitucional con enfoque de derechos fundamentales, que aún hoy podríamos invocar: por una parte, el de que una simple alusión al tema en las Constituciones (en este caso, los derechos étnico/culturales) da pie por diferentes vías a su fundamentalización, y por otra que esta función le compete, y bien que así sea, a los Tribunales Constitucionales.

Con el tiempo, ambas premisas han sido objeto de múltiples críticas. Lo que ha obligado a una sofisticación en la fundamentación de derechos, como en una defensa más específica de la función que cumplen los Tribunales Constitucionales en asuntos como gasto público y principio democrático. Lo que ameritaría, por lo menos en nuestro medio, una reflexión similar a la que propuso Christopher Wolfe para el caso norteamericano en *La transformación de la interpretación constitucional* (1991).

Cotejando para dicho contexto la transición entre la era tradicional (que abarcaría desde el Federalista hasta la primera parte de la década del 30 del siglo pasado) y la era moderna, Wolfe resalta:

*“El moderno control judicial vio la luz cuando los jueces del Tribunal Supremo no solo se comprometieron en un activismo judicial, sino que lo hicieron basándose en esa teórica interpretación del poder judicial que legitimaba la legislación judicial... En la era moderna, la Constitución se ha convertido en una serie de “presunciones” basadas en principios generales supuestamente vagos, tales como el proceso debido, la igual protección, la libertad de expresión, la libre circulación del comercio, etc. Sin embargo, estas presunciones no son absolutas y requieren cierto tipo de amplio proceso de “equilibrio” para determinar si los principios contrapuestos de los que se trata en el caso sobrecargan los principios presuntivos... Diferentes jueces ponen diferentes pesos en diferentes lados de la balanza... El acto “interpretativo” crucial del Tribunal moderno es la “especificación” de las supuestamente vagas generalidades de la Constitución mediante un proceso de “interpretación”... Quizá la mejor analogía que se puede ofrecer es la siguiente. Se dice que un actor “interpreta” un personaje particular en una obra. Esto puede significar que su meta es representar su papel, de forma que se conforme lo más posible al propósito del autor de la obra... También puede significar, no obstante, que el autor tiene libertad, dentro de los límites de lo que es posible que admita la obra, para representar el papel de varias maneras diferentes, y que no está necesariamente limitado por la finalidad del autor. La calidad de la “interpretación” de un papel por parte del actor, en este sentido, podría decirse que depende mucho más de su “creatividad” que de su conformidad con la intención del autor de la obra. Este amplio (y, sospecho, moderno) concepto del trabajo de un actor “interpretando” un papel parece ser el sentido en el que debe entenderse la moderna “interpretación” constitucional...” (Wolfe, 1991, págs. 455 - 457).*

Esta *creativa* forma de ver el asunto es la que le permite al autor ubicar en contextos similares a autores tan disímiles para la producción académica norteamericana como Ely y Dworkin, pasando por análisis de tipo más funcionalista. Pero esa es una historia a la cual, desafortunadamente, no le podemos dedicar espacio en esta breve disertación.

Pero, regresando al hilo de nuestra secuencia argumentativa, quisiéramos ahora contraponer dos autores que, de manera más pormenorizada y crítica, toman posición con respecto al tema de si los derechos económicos, sociales y culturales tienen la característica de ser fundamentales (y, por esa vía, los étnicos, con la consecuencia de entrar en el catálogo mínimo de las democracias constitucionales).

Luis Prieto Sanchís, en su trabajo *Estudios sobre derechos fundamentales* (1994) nos presenta argumentos que hacen dudar de ello, por lo menos bajo la estructura de constituciones como la española y quizás la colombiana. Por su parte, Víctor Abramovich y Christian Curtis, en su estudio conjunto *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Abramovich, Víctor y Curtis, Cristian, 2002), se inclinan por una respuesta positiva.

Para Prieto Sanchís, el primer problema que afronta una teoría clásica liberal no es la conexión entre derechos sociales y los valores que han estado a la base de los derechos humanos, en especial los de dignidad, libertad e igualdad. Sobre todo cuando valores como los de libertad son impensables sin la capacidad fáctica de llevar a cabo un plan de vida autónomo. El punto es que *“reconocer que la satisfacción de determinadas necesidades puede articularse en forma de derecho fundamental supone sencillamente aceptar que los sujetos titulares deben ser atendidos en su pretensión aun cuando con ello no se maximice el interés general, es decir, aun cuando una regla de utilidad aconseje orientar los esfuerzos colectivos en otra dirección. Por tanto, la consecuencia inmediata de diseñar derechos sociales es que la realización del contenido protegido queda al margen del cálculo de utilidad y, por supuesto, de cualquier otra justificación general. Lo cual, a su vez, encuentra su fundamento en la concepción de la libertad antes enunciada, donde se comprende no solo la indispensable defensa del individuo, sino también el cumplimiento de ciertas exigencias materiales. En este aspecto, la categoría de los derechos sociales se aparta de los planteamientos liberales en la medida en que exige concebir las condiciones de existencia como una implicación más de la libertad; supone cancelar, al menos en línea de principio, la escisión entre derechos y necesidades, entre dignidad humana y bienestar (material y cultural), entre protección del individuo y objetivos generales...”* (Prieto Sanchís, 1994, pág. 47).

De esta forma, el asunto va más allá del hecho de que las libertades resulten en apariencia más *baratas*, que en determinados contextos lo son, ni siquiera que las necesidades, y su exigibilidad, dependan de circunstancias históricas en donde las reivindicaciones por condiciones materiales y culturales sean presentadas bajo la forma de derechos fundamentales.

*“En realidad, desde la perspectiva iusnaturalista y racionalista que alentó la concepción liberal de los derechos humanos, el problema que plantean hoy los llamados derechos sociales no es tanto su falta de conexión con una teoría de la virtud o con el*



*conjunto de valores morales que deban orientar al hombre en sociedad. El problema reside más bien en estos dos aspectos: primero, que los derechos sociales presentan un déficit de fundamentación racional que impide postularlos como obligaciones asumibles por la comunidad política en un sistema justo de convivencia; y, segundo, que su reconocimiento jurídico introduce en el sistema estatal ingredientes proteccionistas o paternalistas que se supone afectan negativamente al sistema de libertades...*" (Prieto Sanchís, 1994, págs. 48 - 49).

Por ello, *"existe una conciencia general de que los llamados derechos económicos, sociales y culturales o bien no son auténticos derechos fundamentales y representan una especie de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Recordemos, de un lado, que en la filosofía política al parecer hoy dominante los derechos sociales constituyen la expresión de principios de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenazan el disfrute de las libertades individuales; o sea, en ningún caso se trata de triunfos frente a la mayoría e incluso, en no pocas exposiciones, aparecen como los principales enemigos que han de superar esos triunfos. Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos sociales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales..."* (Prieto Sanchís, 1994, pág. 185).

Esta fisonomía particular de los derechos sociales, según este autor, estaría compuesta por una serie de características correlativas: primero, a diferencia de los derechos civiles y políticos, que pueden y deben predicarse aún sin estado, éstos necesitan una organización de servicios públicos solo conocida en el estado contemporáneo. Segundo, en tanto la mayoría son de carácter prestacional, requieren un tipo de organización diferente, que corre pareja al estado social. Tercero, no corresponderían al ser humano abstracto, sino al trabajador, al joven, al anciano. Es decir, guardan relación es con específicas situaciones sociales. Cuarto, se configuran más como derechos de igualdad, especialmente la sustancial o material, y en ese sentido buscan es remover los obstáculos para que los individuos ejerzan sus libertades. Quinto, no traen aparejados deberes de abstención, como los civiles y políticos, sino más bien normas secundarias de organización. Finalmente, en ellos predomina la dimensión objetiva sobre la subjetiva. Ello no obstante, la razón central para que no sean fundamentales habría que buscarla más en la voluntad constituyente, pues cualquiera de ellos podría tener un amparo reforzado si así se considerara, pues su estructura jurídica resulta similar (Prieto Sanchís, 1994, págs. 188 - 190).

Abramovich y Curtis se separan vigorosamente de este tipo de consideraciones. Para ellos, *"estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y "naturalista" del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del estado*

*mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa...*" (Abramovich, Víctor y Curtis, Cristian, 2002, pág. 23).

Por el contrario, creen que la diferencia entre los derechos sociales, económicos y culturales con respecto a los civiles y políticos es más de grado, no sustancial. Unos pueden tener facetas más visibles de hacer y otros de abstenerse de hacer, pero esto no es lo definitivo.

*"Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen... En esos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria..."* (Abramovich, Víctor y Curtis, Cristian, 2002, pág. 27).

Ahora bien, al considerar la justiciabilidad de los DESC, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones contenidas en ellos, los autores reconocen deficiencias en los instrumentos procesales que la posibilite, especialmente por tratarse de reclamaciones generalmente colectivas. Pero de allí no puede derivarse una característica de este tipo de derechos, sino simplemente un estado de cosas susceptible de ser mejorado (Abramovich, Víctor y Curtis, Cristian, 2002, págs. 39 - 40).

De esta forma, mantener la diferencia nominativa entre estas dos categorías de derechos no se justifica en propiedades inmanentes a ellos mismos, ni en la eficacia de las herramientas de reclamación (pues si bien la justiciabilidad de éstos es limitada, no hay DESC en donde al menos alguna faceta o característica pueda ser demandada judicialmente), sino en razones de utilidad práctica: la clasificación permite abordar de manera diferenciada los dos paradigmas o matrices político-ideológicas que están a su base, el de derecho privado clásico y el de derecho social, a efectos de aportar información sobre el origen histórico y el contexto político ideológico en que ellos se desenvuelven.

Aun cuando los autores tratan siempre los derechos económicos, sociales y culturales como un todo relativamente coherente, al mostrar ya ejemplos de justiciabilidad directa e indirecta se refieren fundamentalmente a los dos primeros, mientras que los culturales solo son mencionados tangencialmente, y en relación con su componente étnico. Esto no afecta la posición teórica que acabamos de delinear, pero sí limita la visualización del

desarrollo posible de estos derechos: la ilustración que nos dan guarda relación con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo a protección de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, y su posible conexión con el derecho a la autonomía personal, en *“donde el Comité deja en claro la íntima relación que existe entre la elección de una forma de vida individual y el aprovechamiento de bienes culturales que identifican a una determinada minoría o a un pueblo indígena. El proyecto de vida de cada miembro de ese colectivo guarda una profunda dependencia del goce de esos bienes culturales, tales como la lengua, la religión, la tierra ancestral y las prácticas económicas tradicionales de los pueblos indígenas...”* (Abramovich, Víctor y Curtis, Cristian, 2002, págs. 212 - 216).

Y aun cuando no es el tema central de su reflexión, una visión complementaria encontramos en el texto de María Luisa Rodríguez Peñaranda, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa* (2005). Rodríguez nos muestra cómo el concepto de minorías ha mutado, en relación con épocas anteriores, y ahora son relacionadas *“con aquellos colectivos que se encuentran en desventaja respecto al resto de la sociedad por factores permanentes, y que la escasa capacidad adquisitiva se ha ensanchado justamente en ellas”* (Rodríguez Peñaranda, 2005, pág. 61).

En este contexto, las demandas de reconocimiento le plantean al estado el “reto del multiculturalismo”, al cual se suman otros grupos con representación insuficiente en el estado, a pesar de que no necesariamente sean objeto de restricciones constitucionales. Con ello, tenemos que la adecuada representación podría estar en cabeza únicamente de hombres blancos, heterosexuales, de clase media y sanos.

*“Es decir, todas las características que no encajen en el grupo que acabamos de describir están de hecho representadas insuficientemente, y las posibilidades resultan bastante amplias si nos dedicamos a evaluar los grupos resultantes de una simple contraposición de ellas, es decir, mujeres, homosexuales, minorías étnicas, pobres, discapacitados. Ahora bien, el problema de la representación de grupos es que estas cinco características de sexo, raza, tendencia sexual, clase social y condición física, cuando son combinadas entre ellas, también forman otros subgrupos que no necesariamente resultan cobijados por uno de los anteriores”* (Rodríguez Peñaranda, 2005, pág. 63).

Esta problemática es central para el análisis de legitimidad del estado y democracia representativa. Por ejemplo, por medio de las ponderación de las ventajas y límites de un tipo de representación como la *especular*. O, como en el caso de nuestra Constitución de 1991, por un diseño institucional que conjugue la unidad con la diferencia:

*“El acento particular colombiano, en este reconocimiento, se encuentra en el abandono de las fórmulas unitarias y homogeneizadoras del tradicional y confuso concepto de nación, para pasar a ampliarse a una novedosa fórmula integradora, holgada e*

*inclusiva, donde la nación se conforma a partir de la diversidad étnica y cultural, que ahora reconoce y protege el estado; es decir, se establece el concepto pluralista de nación” (Rodríguez Peñaranda, 2005, pág. 74).*

Rodríguez sigue la pista de la ampliación en la representatividad de tres de estos colectivos infrarrepresentados (minorías étnicas, ciudadanos de nuevos departamentos y mujeres), para llegar a la conclusión de que, a pesar de los esfuerzos, la fórmula resulta insuficiente y, por ende, el camino hacia una democracia representativa debe ser complementado con otros mecanismos, en especial los que brinda la justicia constitucional. En este orden de ideas, la autora advierte por ejemplo sobre la potencialidad de una figura como la acción pública de inconstitucionalidad, que le permitiría a minorías subrepresentadas en el espacio legislativo la exclusión de normas que violen el pacto fundacional de los ciudadanos (Rodríguez Peñaranda, 2005, págs. 77 - 124).

En este orden de ideas, quizás habría que revisar con mayor atención nuestra propia historia constitucional, y descubrir en ella los trazos que han permitido reinterpretar el sistema liberal en clave de defensa de minorías, poder que suele adjudicársele a la Carta de 1991.

Así, por ejemplo, Bernd Marquardt en una síntesis provocadora de dos siglos de comparación entre el constitucionalismo *hispanoamericano* y el europeo, llega a la conclusión de que “*Colombia y Chile tienen una tradición propia de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional mucho más larga que Alemania, España o Hungría...*” (Marquardt, 2008, pág. 62).

Alude, así, a muchos hitos del constitucionalismo hispanoamericano invisibilizados por la historiografía occidental.

*“En el espejo de las fuentes, parece obvio que Hispanoamérica formó parte de los tres puntos de partida revolucionarios de la transformación ilustrada del mundo en el medio siglo transcurrido entre 1776 y 1825, los cuales fueron los EEUU desde 1776, Francia desde 1789 e Hispanoamérica desde 1810. No obstante, existió una diferencia intercontinental fundamental: mientras en Hispanoamérica la revolución ilustrada pudo obtener la victoria militar ya en la primera ola global de transformación (1776 – 1825) y se profundizó en la segunda (1848 – 1870), el liberalismo ilustrado de Europa tuvo que soportar una doble derrota. Desde los años 1820, el tacto político del mundo fue dirigido de tal manera que durante aproximadamente un siglo, los jóvenes estados hijos de Europa en Hispanoamérica fueron la verdadera patria del modelo de estado de la revolución ilustrada. Allí estuvieron no menos de dos tercios de los estados constitucionales republicano-democráticos existentes en aquel tiempo en el mundo. En ninguna otra parte del planeta hubo más productivi-*

*dad constitucional: hasta 1848, se pudieron contar casi cien constituciones en al fin dieciséis repúblicas...*” (Marquardt, 2008, pág. 36).

Esa larga tradición hizo que la constitucionalización de los derechos fundamentales se hiciera por olas o fases<sup>53</sup>, de las que el autor reconoce seis, de cara a fenómenos políticos complejos como fueron la restauración española, el resurgimiento del liberalismo ilustrado, las rebeliones y guerras internas motivadas por diferencias de posiciones en temas como el laicismo o el federalismo, las contrarreformas conservadoras, el surgimiento del constitucionalismo económico, el nacionalismo y la justicia constitucional (Marquardt, 2008, págs. 42 - 58).

Para los efectos de esta disertación, es importante anotar cómo los derechos sociales, económicos y culturales son relativamente tardíos, y van un poco en contravía del modelo individual newtoniano que había permeado la construcción y fundamentalización de los derechos constitucionales:

*“Los que todavía no se encontraban en los catálogos de derechos fundamentales del “largo siglo XIX”, eran los derechos fundamentales sociales, culturales y ecológicos de la llamada segunda y tercera generación. Valores colectivos fueron ajenos al pensamiento político de la Ilustración y del liberalismo. Esto se articuló, por ejemplo, en el hecho de que Colombia reconoció desde la primera Constitución de 1821 que sus minorías étnicas, es decir, la población indígena, tenía los mismos derechos individuales de ciudadanía que los otros colombianos, es decir, 103 años antes que los EEUU., pero la República ignoró las características culturales, que solo podían existir en un nivel supraindividual. En nombre de los ideales liberales, igualitarios y nacionales, se eliminaron los derechos grupales, todavía protegidos en el virreino español del*

53 “Analizado cronológicamente, el constitucionalismo hispanoamericano se puede estructurar en seis fases. Así, a la primera fase de la transformación originaria (1810 - 1847), en la cual el estado constitucional republicano-democrático se instaló y se probó, siguió la segunda fase del triunfo del alto liberalismo idealista (1848 - década de 1880), que transformó a Colombia, Argentina, México y Venezuela en los estados constitucionales líderes de Occidente... La tercera fase del estado constitucional madurado (aprox. 1880 - 1916) estuvo bajo el signo de la consolidación de la estatalidad nacional y del orden de la paz interna, a lo cual perteneció también la involución de varias transformaciones del liberalismo radical, que todavía no estaban lo suficientemente maduras para una aceptación mayoritaria, tal como sucedió en Colombia con el laicismo puro en un pueblo católico, revocado en 1886. La cuarta fase del complemento del republicanismo ilustrado por el constitucionalismo social (1917 - 1949), tuvo su punto de partida en la constitución mexicana de 1917 y alcanzó en 1925 a Chile, en 1936 a Colombia y en 1949 a Argentina. La quinta fase fue la del estado hispanoamericano en la crisis de la transformación industrial (1949 - década de 1980), cuando el crecimiento demográfico y la urbanización explotaron el demos desde abajo... Las élites viejas que se veían a sí mismas como portadoras del estado, instrumentalizaron el estado de sitio para el manejo de la crisis, tal como sucedió casi permanentemente en Colombia entre 1948 y 1990, o entregaron el estado a las manos de los dictadores. En el punto culminante de 1976, solo cuatro estados de América Latina no fueron gobernados dictatorialmente. Finalmente, la sexta fase, la de la regeneración del estado constitucional republicano-democrático en Hispanoamérica, ha empezado alrededor de 1985 y continúa hasta ahora” (Marquardt, 2008, págs. 39 - 40).

*antiguo régimen, como privilegios que ahora ofendían la igualdad; se destruyó la propiedad comunal como un anacronismo en contra de los derechos individuales; así como se ahuecaron los idiomas indígenas como el precio de la educación popular en castellano. El efecto fue la homogenización cultural: el pueblo muisca del altiplano cundiboyacense se disolvió en pocas generaciones en la hispanidad del estado nación colombiano” (Marquardt, 2008, pág. 58).*

A su vez, la reconstrucción histórica del constitucionalismo en América que nos propone un autor como Roberto Gargarella muestra otras aristas de la particularidad de nuestro decurso que vale la pena poner de presente. Aunque referido al período de 1776 a 1860, y abarcando especialmente los casos de Estados Unidos, Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México, Perú y Venezuela, la caracterización general que hace Gargarella de los resultados de los diversos procesos constituyentes es la del triunfo de una especie de liberalismo de élite, en constante tensión con el conservadurismo y el radicalismo, lo que sintetiza su propia proclama: “ni anarquía ni tiranía”. (Gargarella, 2005, pág. 247 y ss).

De esta forma, este particular liberalismo se propuso como una fórmula de equilibrio:

*“Explotando los flancos débiles de las posiciones rivales, no fue extraño que los liberales levantaran como bandera propia la del equilibrio: mientras los otros (conforme a la descripción liberal) prometían excesos (o se resistían a tomar las medidas necesarias para evitarlos), el liberalismo prometía el establecimiento de límites. Dicho equilibrio encuentra un perfecto reflejo en los dos principales objetivos institucionales con los que aún hoy identificamos al liberalismo: el sistema de “frenos y contrapesos” y una “declaración de derechos”” (Gargarella, 2005, pág. 249).*

En su lucha contra los diferentes matices del radicalismo, el proyecto liberal constitucional asume tintes contramayoritarios, en donde las decisiones de mayorías (que, a su vez, no siempre eran universales, pues se condicionaba el voto por factores económicos o culturales) no necesariamente son las correctas, sino que pueden ser corregidas por otros mecanismos de élite, como podrían ser por ejemplo el poder de veto del Ejecutivo o los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes en manos de órganos judiciales (Gargarella, 2005, págs. 251 - 257).

A su vez, en contraposición a las ideas morales de los conservadores, especialmente provenientes de la Iglesia Católica, los liberales tuvieron que extremar su idea de una moral privada, que garantizara que efectivamente cada cual decidiera lo que quisiera hacer con su vida, estableciéndose una especie de muro que imposibilitara que el poder público, y mucho menos la Iglesia, pudiera entrometerse en la libre elección de los planes de vida de cada individuo. Pero el anverso de esta posición es que, al poner todo el peso en ga-

rantizar la libertad *privada* de las personas, se bloqueó la posibilidad efectiva de que esas mismas personas pudiesen organizarse, con presencia también del poder público, para mejorar su calidad de vida. De ahí que el liberalismo, en palabras por ejemplo de José María Samper, estuviera asociado a tres términos básicos: individualismo, antiolectivismo y antiestatismo. Pero dicha posición tiende es a favorecer a las élites ya consagradas, y deja a los individuos marginales en una condición dispersa y subrepresentada (Gargarella, 2005, págs. 259 - 261).

Una visión de esta índole es, evidentemente, poco proclive a la consagración de derechos colectivos en clave social, cultural o étnica. Por ello, y en una especie de contrapunteo, Gargarella llama la atención sobre un fenómeno no muy visible en el período analizado, pero que igual puede ser rastreado a través de diversos autores más o menos dispersos, que da en llamar igualitarismo.

*“Al igualitarismo le interesa organizar el sistema político de un modo diferente, cambiando las prioridades favorecidas por sus opositores (que tendían a debilitar más que a robustecer, y a desincentivar más que a alentar, la intervención política de la ciudadanía). Ahora bien, un igualitarista consistente debería ir más allá de sus críticas frente a las posturas rivales – y especialmente frente al liberalismo – para impugnar también el modo en que proponen organizar y proteger la “vida privada” de los individuos (un desafío que implica poner en cuestión el punto en donde la posición liberal parece más sólida, esto es, su defensa de un esquema fuerte de derechos individuales). Los puntos de crítica referida son fundamentalmente dos. En primer lugar, el igualitarismo puede decir que la significativa preocupación por respetar los derechos básicos de las personas no se honra adecuadamente desarticulando al poder público. Ello, por un lado, porque las instituciones públicas no representan la única (ni necesariamente la más importante) amenaza contra los derechos individuales. Y también, por otro lado, porque las instituciones públicas no solo no son obviamente enemigas de los derechos individuales, sino que además pueden ser indispensables para la preservación de los mismos. Este último punto, que nos lleva a la segunda crítica del igualitarismo, nos impulsa a pensar que el compromiso con la autonomía personal no se agota con el “dejar hacer” a cada uno, sino que además requiere de un activo respaldo al “poder hacer” de los individuos”* (Gargarella, 2005, pág. 269).

Gargarella no oculta su entusiasmo por las posiciones igualitaristas<sup>54</sup>:

---

54 Que, por demás, se hacen evidentes en otros de sus textos. En la justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, el autor desvirtúa las que llama soluciones conservadoras y populistas frente a la posibilidad de que los individuos potencialmente afectados por decisiones políticas correctas o imparciales sean consultados, bien por suplantarlos por élites especialmente virtuosas o ilustradas, como pueden ser los jueces en materia de control constitucional, o bien por exaltar la participación ciudadana sin asegurar realmente su adecuada representación, y subordinando los jueces al legislativo en materia de control constitucional.

*“El igualitarismo, podríamos decir, procura remediar con cierto éxito los peores defectos de las opciones frente a las que se presenta como alternativa: la falta de compromiso del conservadurismo con el principio de igualdad básica entre las personas; el desdén del liberalismo frente a la voluntad mayoritaria, tanto como su escasa preocupación por asegurar las condiciones de la elección autónoma que defiende; las dificultades propias de las posiciones más radicales para dar cabida a una noción robusta y sólida sobre los derechos de las personas. El igualitarismo se propone, en tal sentido, rehabilitar el compromiso liberal con la idea de los derechos – que es, al menos, parcialmente modificado – a la vez que restaurar el énfasis radical en una política mayoritaria: el igualitarismo asume, como aquellos, la necesidad de que el sistema político responda fundamentalmente a las pretensiones del mayor número”* (Gargarella, 2005, págs. 275 - 276).

Y aun cuando no es claro el diseño constitucional que requiere el igualitarismo, sí es evidente que implica una transformación de derechos: no solo negativos, sino también de prestación y acceso de bienes; no solo afectados por acciones del estado, sino también por omisiones tanto de éste como de otros grupos no estatales; no solo individuales, sino extendidos a grupos vulnerables de la población; y no solo remitidos al catálogo liberal, sino incluyendo decididamente los de carácter social (Gargarella, 2005, págs. 276 - 283).

Tras este paso histórico por el constitucionalismo propio y la construcción de derechos, quizás convendría regresar al tema de los derechos étnico/culturales, su fundamentación y su justiciabilidad. Y, para mantenernos en el plano nacional, valdría la pena revisar la propuesta de Rodolfo Arango Rivadeneira, quien en su texto *El Concepto de*

---

Siguiendo las tesis de Bruce Ackerman y John Ely, propone un modelo de control constitucional enfocado a asegurar lo que a su juicio son las condiciones del debate democrático. Este tendría dos tareas fundamentales: Por un lado, “autorizar que los jueces intervengan frente a aquella legislación dirigida a: discriminar irracionalmente a cualquier grupo minoritario; impedir la reunión o la discusión entre distintos individuos; cerrar las vías de expresión ciudadana...; distorsionar la voluntad de las mayorías...; distorsionar el proceso decisorio... y desvirtuar los controles destinados a fiscalizar sus acciones, o los medios orientados a evaluarlas o perfeccionarlas. Por otro lado, el control de constitucionalidad debería orientarse a asegurar una esfera de inviolable autonomía en los individuos, de modo tal que ellos puedan ser “soberanos” en cuanto al modelo de vida que prefieren para sí mismos. En este sentido, la justicia debería impedir que los poderes públicos interfieran en cuestiones de moral privada a través del dictado de leyes “perfeccionistas”, esto es, leyes que pretenden imponer a los distintos sujetos pautas acerca de la “buena vida”. Y, del mismo modo, el poder judicial podría contribuir con los órganos políticos a erigir una “muralla” de protección en derredor de los individuos, dotándolos de garantías adecuadas para la elección y el desarrollo de los diferentes ideales de virtud personal”. Lo importante, sin embargo, es que este modelo no replique el modelo actual, contramayoritario y elitista a pesar de las posibles buenas intenciones de los jueces, de forma tal que se le despoje de la capacidad que actualmente tiene de decir la última palabra en materia constitucional, mediante una vinculación activa entre el órgano de control y las voces más vulnerables de la sociedad, por ejemplo mediante canales institucionales para recoger estas voces o la creación de canales más directos para escuchar a los perjudicados por determinadas normas o medidas. Por otra parte, Rodrigo Uprimny, en un texto en donde analiza las críticas a la intervención de la justicia constitucional en materia económica, confronta con muy buenos argumentos, a mi juicio, la idea del control constitucional como contramayoritario. Cfr. Uprimny.



*los Derechos Sociales Fundamentales* se propone clarificar y fundamentar un concepto de derechos sociales fundamentales a partir de lo que llamará una adecuada concepción de los derechos subjetivos, y la adscripción de los derechos sociales fundamentales a éstos (Arango Rivadeneira, 2005).

Inicialmente, Arango fija los derechos sociales fundamentales en los derechos subjetivos. El derecho subjetivo es *“la posición jurídica del individuo, para la que es posible dar razones válidas y suficientes y cuyo no reconocimiento injustificado daña al sujeto de derecho”* (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 119). A su vez, *“los derechos sociales fundamentales presentan las características de la norma jurídica (M1), de la obligación jurídica (M2), así como de la posición jurídica (M3) y por esto pueden ser adscritos al concepto de derechos subjetivos. Mi tesis sostiene (a) que los derechos generales positivos o están establecidos explícitamente en disposiciones de derechos fundamentales, o que pueden adscribirse a una disposición de derecho fundamental (M1), (b) que ellos pueden derivarse de obligaciones jurídicas constitucionales indirectas (M2) y (c) que por lo menos uno de esos derechos puede justificarse correctamente en el plano constitucional, es decir, que vale como posición jurídica iusfundamental”* (Arango Rivadeneira, 2005, págs. 39 - 40).

Por ello, cuando pasa al tema de la justiciabilidad de los mismos, o en últimas su exigencia, los ubica como derechos que en últimas exceden las normas (una teoría argumentativa del derecho consiste en que las posiciones jurídicas (M3) siempre tienen algo que *excede* a las normas (M1) (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 119). Lo que le permite colocar a los derechos sociales fundamentales en la relación uno a uno+ n, en superación de la relación uno a uno que caracteriza los derechos de libertad, gracias a la cual su existencia deriva en últimas de la conexión de diversas disposiciones normativas entendidas en un sentido holístico. Lo que abre el camino tanto a derechos sociales fundamentales innominados, como a una interpretación que los *fundamentalice*, en tanto portadores de un plus de importancia.

En segundo lugar, se trataría de normas hipotéticas, en tanto sus condiciones de aplicación no están dadas en el contenido de la norma. Y la razón de ello es que frente a determinada situación contemplada por un derecho social no podría derivarse a priori una acción del estado, pues debe contemplarse siempre el grado de autonomía del sujeto, por lo menos para demandarla. De lo contrario, entraríamos al campo de los totalitarismos. Por ello, según Arango, en una Constitución democrática los derechos sociales fundamentales solo pueden ser derechos condicionados (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 135 y ss).

A renglón seguido, Arango analiza el tema del mercado real y la acción del estado. Ello lo lleva a concluir que *“si el estado tiene la posibilidad jurídica y fáctica de hacer algo, pero deja de hacerlo y tal omisión, en las circunstancias concretas, amenaza sin justificación*

*con dañar a una persona, entonces existe el derecho de tal persona a una acción fáctica positiva del estado”* (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 154).

Todos estos elementos le llevan a crear el supuesto de hecho fáctico completo de los derechos sociales *prima facie*, que establece de la siguiente manera:

*“Cuando una persona (individual o colectiva) se encuentra en una situación de necesidad y el estado tiene la posibilidad fáctica de resolverla o mitigarla, pero omite hacerlo, y tal omisión amenaza con ocasionar un daño a la persona, entonces ella tiene un derecho prima facie a una acción positiva fáctica del estado”* (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 167).

Sin mucho esfuerzo, puede advertirse que el quid de esta comprensión reside en lo que puede ser considerado como omisión estatal. Para ello Arango, en un diálogo con su maestro Alexy, va más allá de la omisión relativa que éste ha desarrollado, y que justificaría un derecho subjetivo a la creación parcial de igualdad fáctica allí donde hay desigualdad fáctica, siguiendo un test estricto de proporcionalidad (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 200 y ss), que en últimas busca ser más consistente con el tema de igualdad. Para el caso de la omisión absoluta del estado, Arango se separa de Alexy y propone la teoría del caso extremo de la que se derivaría la obligación del estado de actuar si se dan condiciones materiales:

*“(i) la existencia de una desigualdad fáctica entre el afectado y otros grupos de destinatarios jurídicos que lleva a la exclusión social del primero debe ser establecida y (ii) la situación de necesidad debe ser tan urgente que una posición jurídica ius-fundamental del afectado se pone en peligro de manera no permisible...”* (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 204).

Cabe resaltar, sin embargo, que el estudio de Arango sobre la jurisprudencia tiende a mostrar precisamente que la Corte fundamenta varios derechos sociales, pero no por una vía tan conceptual sino en virtud a otros artilugios dogmáticos, como el de la conexión con otros derechos sobre cuyo carácter fundamental no existen dudas. Lo que llevaría a dudar de la utilidad o eficacia de una conceptualización tan general de los derechos sociales. Además, dado que el estudio solo se concentra en este tipo de derechos, cabría preguntarse en qué contextos sus presupuestos apliquen a derechos étnico/culturales, donde la posibilidad de peligro parece existir únicamente en los casos de exterminio de una cultura por otra, que sería el tema precisamente de los derechos culturales en clave étnica.

Esa tensión entre norma y aplicación por parte de los jueces, tratándose de textos como la Constitución, es ilustrada de manera muy sugestiva por Mauricio García bajo la denominación de constitucionalismo aspiracional:

*“En Colombia y algunos países de América Latina pensamos que el destino de nuestras sociedades depende de que tengamos buenas constituciones. Por eso éstas expresan nuestras ilusiones de una sociedad futura mejor y más justa, de ahí que el vínculo entre progreso social y constitución política nos sea familiar y natural. Nuestra idea de constitución consiste en un documento político fundacional, a partir del cual se crea la sociedad y se nos conecta con el futuro. Sin embargo, esta manera de ver las constituciones no existe en todos los países y, más aún, en la historia del constitucionalismo esta idea resulta relativamente escasa. Es más frecuente la concepción según la cual el objeto esencial de las constituciones consiste en impedir que existan abusos del poder y que de esta manera se preserven los derechos de las personas. Desde este punto de vista, una constitución es un documento legal que protege los derechos de las personas, que se consideran previos a la constitución”* (García Villegas M. , 2006, pág. 203).

Como acota García, la emergencia de este tipo de constitucionalismo aspiracional se da en sociedades en donde existe una gran inconformidad con el presente, una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor, y la búsqueda de una efectividad fáctica, y no meramente jurídica, de sus normas (García Villegas M. , 2006, págs. 207 - 208).

Más allá de los riesgos y beneficios inherentes a este constitucionalismo, y sus efectos sobre los sistemas políticos de representación, el punto que interesaría relacionar acá es cómo éste termina siendo dependiente de decisiones judiciales progresistas que puedan producir cambios sociales significativos, máxime en campos en donde el diseño normativo es deficiente, como es el caso de los derechos étnico/culturales que analizamos.

Por supuesto, como lo ha demostrado el extenso debate sobre las posibilidades emancipatorias del derecho, éste es un dispositivo que tiene muchas limitaciones y requiere acciones complementarias, o de lo contrario termina siendo fácilmente cooptado por las mismas fuerzas regulatorias del *statu quo*.

*“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 constitutiva impor-*

*tante, ya que crea, ayuda a crear o fortalece la identidad del sujeto político. Esto es especialmente claro cuando se trata de los llamados nuevos movimientos sociales, que reivindican reconocimientos de género, opiniones o culturas. La Corte Constitucional contribuye a forjar la identidad política de estos actores, y por esta vía forja su propia identidad”* (García Villegas M. , 2006, págs. 225 - 226).

Tener en cuenta este contexto es importante, porque le da sentido a caracterizaciones de los derechos que pretendan ser más integrales u holísticas, y a su vez marcan un cierto derrotero de expectativas en relación con lo que pueda ser el desarrollo jurisprudencial o aplicado de los mismos.

Así, por ejemplo, Gregorio Mesa Cuadros, quien busca fundamentar adecuadamente un Estado Ambiental de Derecho, ante los nuevos retos que representa la crisis ambiental global, sustenta la base fuerte de tal construcción en *“la formulación del imperativo ambiental, que con base en las diversas expresiones de un debate deontológico de los derechos humanos, parte, no de asignarles facultades o capacidades que no tienen a los seres humanos, a los animales o al ambiente, sino entendiendo los derechos humanos como productos que se construyen culturalmente y a partir de los cuales tanto las culturas como los pueblos y los individuos nos autoimponemos responsabilidades con respecto a los demás, con nosotros mismos y con el ambiente o la naturaleza (tierra o biosfera), quienes nos orientan e indican claras concepciones para el reconocimiento, la redistribución, el respeto y la reciprocidad”* (Mesa Cuadros, 2007, pág. 340).

Esta aproximación, que va más allá del manejo administrativo del ambiente, deberá ser transtemporal, en el sentido de su preocupación por las generaciones futuras, y en tal medida debe implicar controles efectivos a cuestiones como el crecimiento ilimitado del capital o el industrialismo contaminante y depredador. De ahí la necesidad de una especie de teoría ecológica del estado, pues asuntos como éstos no pueden ser simplemente decididos por mayorías, pues precisamente el equilibrio ambiental y la supervivencia de la vida deben ser preservadas, incluso contra ellas.

Por ello, *“el nuevo “estado ambiental de derecho” debe tomarse en serio los derechos e incorporar verdaderos límites a las prácticas económicas y políticas que no solamente afectan a los seres humanos y a la sociedad, sino también a la Naturaleza y al Ambiente. Varios de esos límites deben pasar por más y mayor descentralización, más “ser” y menos “tener”, más cuidado y responsabilidad y menos apropiación ilimitada; más equidad intrageneracional (visión sincrónica) y mayores previsiones para que las futuras generaciones (visión diacrónica) puedan “ser” en un mundo y una sociedad viables desde el punto de vista ambiental y ecosistémico. El “estado ambiental de derecho” también se caracterizaría entonces, por ser un sistema pluralista y de poder básico y autolimitado donde la mayoría de sus acciones serán descentralizadas, teniendo en perspectiva que los problemas ambientales se han de afrontar en*

*todos los niveles, y que las instituciones políticas deben corresponder a esos niveles, integrándose en y más allá de ellos” (Mesa Cuadros, 2007, págs. 353 - 354).*

Ello impone, por ende, una nueva ciudadanía, igualmente marcada por lo ambiental, que se caracterizaría por no separar tan tajantemente los espacios público y privado, aun cuando tampoco eliminando dicha distinción. Se trataría, más bien, de precisar ambos ámbitos a la luz de las preocupaciones ambientales, la responsabilidad y la solidaridad. A su vez, haciendo el tránsito hacia una democracia cosmopolita, que garantice procesos de globalización desde abajo, desde lo popular, lo común, los bienes comunes y colectivos, desde lo público y los diversos públicos (Mesa Cuadros, 2007, pág. 410 y ss).

*“Por tanto, la “democracia cosmopolita” estaría enmarcada en lo que hemos venido denominando como “estado ambiental de derecho” en el ámbito no solamente estatal sino también y por supuesto global, donde se hagan realidad los derechos humanos en perspectiva de integralidad, como insistimos antes, todos los derechos, tanto los derechos humanos civiles y políticos, DHCP, conjuntamente con los derechos humanos económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, DHESCCA, y los nuevos derechos que resultarán de nuevas demandas y reivindicaciones concretas en los nuevos tiempos y exclusiones por venir, donde las decisiones relativas a la producción, la tecnología, el desarrollo o sus reformas, deben estar bajo control social y abiertas a la discusión pública y política...” (Mesa Cuadros, 2007, pág. 418).*

Otro símil ilustrativo lo constituye la idea de uni-diversalidad de los derechos, impulsada por Rodrigo Uprimny. Para llegar a su caracterización, este autor parte de la labor misma de la interpretación constitucional, en donde muchas veces deben armonizarse derechos o principios en pugna, de cara a la integralidad de los derechos. Pero, a diferencia de muchos autores que solo declaran la integralidad sin avanzar en el difícil camino de lograrla, el punto de vista de Uprimny es muy interesante:

*“Esta argumentación de los tribunales muestra, entonces, que la unidad de los derechos humanos no existe a priori, pues ella no resulta de una unidad lógica previa de sus diversos componentes, de tal suerte que se pudiese definir a nivel abstracto una concepción integral de derechos de la persona susceptible de respetar el principio aristotélico de no contradicción. La unidad de los derechos fundamentales no es un punto de partida sino un proceso, ya que resulta de un permanente proceso de ajuste entre los diversos valores y perspectivas que ellos encarnan. Y en esta “unificación dinámica”, siempre en curso, el factor esencial es la capacidad de que perspectivas que inicialmente parecían excluyentes puedan alimentarse, mestizarse, y en esa medida complementarse en su diversidad” (Uprimny, 1998, págs. 105 - 106).*

Esta comprensión es aún más importante a la hora de ponderar derechos que son, por su misma característica, de carácter universalista, con aquellos que, como los étnico/culturales, apelan más a una idea de igualdad en la diversidad:

*“Este modelo judicial polifónico o dialógico puede ser relevante para enfrentar las tensiones entre la defensa del universalismo de los derechos humanos y el reconocimiento del pluralismo cultural, ya que muestra que la unidad de los derechos humanos no debe ser concebida como un apriori lógico ligado a nociones metafísicas, como dios o la naturaleza humana, sino que debe ser fruto de un reconocimiento y diálogo entre las culturas. Por ello es que podría hablarse de la “uni-diver-salidad” de los derechos humanos, precisamente para defender la idea de que ellos deben ser pensados como un resultado progresivo de una comunicabilidad entre las diversas culturas, a través de la puesta en perspectiva y la relativización de las mismas, pero sin que ello implique el abandono de la posibilidad de la comprensión crítica de las mismas. La apertura hacia otras civilizaciones, para luego de oír y comprender sus razones y motivos, criticar algunos de sus elementos, no excluye sino que por el contrario es el presupuesto mismo para buscar acuerdos relativos con respecto a asuntos comunes”* (Uprimny, 1998, pág. 106).

Lo que le permite a este autor ubicar adecuadamente el ámbito de los derechos culturales, tanto en su raigambre individual como colectiva, en una teoría de interpretación constitucional más extendida:

*“Estas prácticas de diálogo intercultural para construir la universalidad de los derechos humanos pueden ser extendidas a todos los ámbitos ya que el derecho a la diferencia cultural, para tener algún sentido, significa que todas las culturas – tanto aquellas que asumen la forma de estado nacional como las minorías nacionales dentro de un mismo país – deben tener ese derecho, lo cual implica el reconocimiento de normas transculturales y universalizables que constituyan el marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones. Paradójicamente, solo reconociendo normas para toda la humanidad se puede pensar en una verdadera tolerancia a la diversidad cultural. Pero solo aceptando la diversidad cultural podremos realmente reconocer la igualdad de todos los seres humanos y construir una universalidad de los derechos humanos, que no sea sinónimo de una uniformización empobrecedora de las culturas sino de un enriquecimiento dentro de la diversidad. Y en eso consiste lo que llamo la “uni-diver-salidad” de los derechos humanos, que es a mi juicio una forma posible para defender la universalidad de los derechos humanos conservando la riqueza y diversidad de las diversas opciones culturales y personales”* (Uprimny, 1998, págs. 109 - 110).

La tercera vía o fórmula jurídica que podría sustentar la incorporación de los derechos étnico/culturales por los estados modernos, sean éstos o no liberales, es la de los estándares internacionales. En este punto, quisiera presentar fundamentalmente la argumentación que nos hace James Anaya, exrelator de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, la que, aun cuando no se ocupa de la gama posible de derechos especiales de grupo en función a la pertenencia étnica, y es anterior a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (de 2007), contiene los elementos centrales incluso para pensar en la efectividad de un instrumento internacional como éste (Anaya, 2005).

Después de analizar diversos fundamentos que se les ha otorgado a los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas en los procesos de colonización y estructuración del derecho internacional de siglos pasados, a menudo cómplice con los procesos brutales de despojo territorial, marginamiento, aculturación y represión cultural, Anaya tematiza un giro en la que denomina la era contemporánea de los derechos humanos a nivel global:

*“La naturaleza del derecho internacional ha evolucionado en virtud de una serie de cambios en la conformación del sistema político internacional y la aparición de instituciones internacionales fundadas en un modelo de orden mundial justo y pacífico. Por una parte, los principios, normas y procedimientos encuadrados bajo la rúbrica del derecho internacional continúan siendo sustancialmente estatocéntricos y la retórica de la soberanía estatal sigue siendo central en el discurso jurídico internacional. Por otra parte, sin embargo, la comunidad de estados a los que el derecho internacional reconoce soberanía se ha ampliado mucho más allá de la “familia” europea. El derecho internacional ha recuperado sus pretensiones universalistas, dando la bienvenida a la comunidad global de estados, al menos en teoría, a todos aquellos que reúnan los criterios de estatalidad. La teoría constitutiva de la estatalidad, que defendía que ésta en el derecho internacional dependía de un acto positivo de reconocimiento, ha dado paso a la teoría declarativa hoy dominante, en virtud de la cual la estatalidad se presume en razón de ciertos criterios objetivos, y con independencia por tanto de actos de reconocimiento...”* (Anaya, 2005, pág. 78).

De esta forma, no solo ha aumentado la comunidad internacional sustantivamente, sino que existe un discurso y una actitud más universalista hacia los estados que, a su vez, incluye a actores no estatales, como los sindicatos, organizaciones medioambientalistas, multinacionales, etc. Es decir, la “personalidad internacional” actual no se restringe a los estados, y el discurso que aparece es de carácter transnacional, preocupado por la consecución de la paz mundial y la minimización del sufrimiento humano:

*“El discurso contemporáneo sobre la paz y los derechos humanos, que modera el positivismo del derecho internacional, supone en buena medida un resurgimiento del iusnaturalismo de la era clásica, para el que el derecho se determinaba por el*

*deber ser, más que por el ser, y que consideraba que el estado era un instrumento al servicio de la humanidad. Este discurso, desarrollado por académicos, activistas y representantes de los gobiernos en los distintos niveles de toma de decisión en el plano internacional y cada vez más libre de prejuicios occidentales, propugna que las normas internacionales no son solo una confirmación de la conducta de los estados, sino que surgen más bien como resultado de la articulación de expectativas y valores normativos de los verdaderos integrantes de la comunidad mundial, es decir, los seres humanos. Y al considerar directamente las preocupaciones de las personas, el discurso extiende la competencia del derecho internacional a esferas previamente reservadas a las prerrogativas soberanas reclamadas por los estados...*" (Anaya, 2005, págs. 79 - 80).

Desde esta comprensión, no es extraño que representantes de los pueblos indígenas hayan sido protagonistas de primer nivel en la nueva normatividad internacional que les concierne. Ni que la raigambre inicial de los derechos del siglo XVIII, pensados como demandas individuales de libertad, igualdad, participación y seguridad respecto al estado (pensado en términos occidentales), hoy todavía dominante, sea complementada con pautas culturales o asociativas independientes de la estructura estatal o con derechos colectivos o de grupo.

Esto se refleja, por ejemplo, en la adopción del Convenio 169 de la OIT (de 1989), sobre Pueblos Indígenas y Tribales. También, en el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos que estableció las Naciones Unidas para la discusión de la Declaración, que finalmente se adoptó. Y han inspirado fallos de diversos sistemas de protección, como en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*"Los desarrollos anteriores demuestran que existe un considerable interés internacional hacia los pueblos indígenas, así como una cierta convergencia de la opinión internacional sobre el contenido de los derechos de estos pueblos. Esta convergencia de opinión implica apreciaciones subjetivas en torno a las obligaciones y expectativas que corresponden a estos derechos, independientemente de la ratificación de tratados o de otras formas de asentimiento formal a normas escritas. La discusión relativa a los pueblos indígenas y sus derechos, tal y como ha sido promovida a través de las instituciones y conferencias internacionales, se ha llevado en respuesta a las demandas que los grupos indígenas han realizado a los largo de los años, demandas cuya justificación ha sido ampliamente documentada. Conforme a la asunción generalizada, la elaboración de normas relativas a los pueblos indígenas supone un ejercicio de identificación de aquellos estándares de conducta exigibles para salvaguardar valores de dignidad humana ampliamente compartidos. De este modo, los derechos de los pueblos indígenas pueden considerarse como una derivación de los principios gene-*



*rales de derechos humanos ya aceptados, una proposición que puede ser demostrada. En consecuencia, los procesos multilaterales que generan un entendimiento común en torno al contenido de los derechos de los pueblos indígenas también generan la expectativa de que tales derechos serán respetados...*” (Anaya, 2005, págs. 123 -124).

Estos estándares, y su fuerza de atracción, estarían compuestos por una serie de derechos en cuyo centro está una nueva comprensión de la autodeterminación de los pueblos, que cobija no solo las pretensiones de formar un estado independiente, sino que constituye una prédica de legitimidad política, otorgada a grupos que busquen vivir y desarrollarse libremente de forma permanente, tras sufrir desigualdades dentro de los estados en que viven, provenientes de patrones históricos de conquista e imperio.

*“El objetivo implícito de la norma de autogobierno es permitir que los pueblos indígenas alcancen una medida significativa de autodeterminación a través de instituciones políticas y arreglos consultivos que reflejen sus propios patrones culturales que les permitan vincularse de forma efectiva con todas las decisiones que les afecten de forma continuada. La autodeterminación constitutiva requiere además que estas instituciones y arreglos no deben ser nunca impuestos a los pueblos indígenas, sino que deben ser el resultado de procedimientos que respeten sus preferencias dentro de una serie de opciones razonables...”* (Anaya, 2005, pág. 241)<sup>55</sup>.

Con diversos matices, importantes por supuesto, esta elaboración que acabamos de sintetizar es más o menos común a los actuales *internacionalistas* de los derechos humanos. Así, por ejemplo, Etxebarria refleja así este paso del anterior universalismo al actual, tocado de un tinte culturalista:

*“Pero a partir de este dato básico, el mundo indígena avanza más, introduciéndose ya en el terreno de la interpelación. Ese universalismo abstracto tiene como centro decisivo la libertad individual, apareciendo los derechos sociales como instrumentales de cara a ella. Pues bien, desde instancias de poblaciones oprimidas como las indígenas se nos va a reclamar que haya otro centro al menos tan decisivo como él, de la vida material ligada a la corporalidad, en la que no solo se hacen manifiestas las necesidades más básicas, sino que se sitúan entornos comunitarios que desbordan lo jurídico puro. Pero además, la condición indígena se va a mostrar interpeladora no solo del cumplimiento del universalismo abstracto y de su refocalización, sino de su enfoque mismo. Porque los pueblos indígenas, coincidiendo con ciertos planteamientos culturalistas, van a exigir que las necesidades a las que nos estamos refiriendo y que se sintetizan en el derecho al desarrollo, no sean vistas de modo acultural sino*

---

55 Del estándar de autodeterminación se desgranar los de integridad cultural, tierra y recursos, bienestar social y desarrollo, autogobierno y especial obligación de cuidado Fuente especificada no válida..

*que se afronten, en su materialización e incluso en su definición, a través de mediaciones culturales propias, marcadas por tanto por la particularidad y expresándose pluralmente. Lo que significa que esta particularidad “contamina” decididamente la abstracción de la universalidad...”* (Etxeberria, 2006, pág. 70).

Y el también antiguo relator de Naciones Unidas para poblaciones indígenas, el mexicano Rodolfo Stavenhagen, a quien ya hicimos referencia en el capítulo primero, resume así la cuestión:

*“La noción de “derechos étnicos” surge entonces como referente obligado para enunciar los derechos humanos de los grupos étnicos cuya situación es particularmente vulnerable debido precisamente a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias, distintas de los de la sociedad dominante... En el debate contemporáneo sobre los derechos humanos, se escucha con frecuencia que debido a la universalidad de éstos, todo tratamiento de derechos específicos o de grupos específicos no puede ser considerado como una ampliación del concepto de “derechos humanos”, sino simplemente como instancia de aplicación de estos derechos a casos específicos. Por lo tanto, se argumenta, estos derechos no podrían ser considerados como “derechos humanos” en sentido estricto. En contraste con esta posición podemos afirmar, junto con otros analistas, que en la medida en que todos los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio, el concepto mismo de “derechos humanos” solo adquiere significado en un marco contextual específico... En otras palabras, hay circunstancias en las que es ilusorio hablar del núcleo básico de los “derechos humanos universales” (salvo a nivel totalmente abstracto, teórico o filosófico) si no se toma en cuenta la “periferia” de las instancias específicas... Los derechos étnicos (entre ellos los derechos indígenas) se inscriben entonces en el marco de una ampliación y consolidación del núcleo básico de los derechos humanos...”* (Stavenhagen, *Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales*, 2002, págs. 155 - 157).

Como anotábamos en el comienzo de este apartado, si bien esta modalidad de argumentación le establece un lugar a los derechos étnicos, a pesar de su particularidad, en el conjunto de derechos universales (o universalizables) de raigambre individual, y justifican su entronización especialmente en razones de injusticia o exclusión históricas, no avanzan mucho más allá del catálogo mismo de los derechos o estándares. Lo que no es despreciable, claro, pero no suele ofrecer muchas alternativas a la hora de establecer dogmáticas diferenciales en donde se esté decidiendo casos que involucran ponderación de derechos, o prelación jerárquicas entre estándares para proteger otros valores del mismo ordenamiento jurídico.

## La mirada poscolonial y la interculturalidad

Las fronteras de lo que puede ser considerado poscolonialidad son difusas y están en continuo movimiento. En este sentido, este apartado no pretende dar cuenta en general del movimiento (como tampoco se hizo del multiculturalismo), sino más bien proponer, siguiendo a un conjunto limitado de autores, las claves para la comprensión de la postura intercultural, que en parte son derivadas de la adscripción inicial a dicha corriente de pensamiento.

A su vez, y tal como lo mencionábamos al inicio de este capítulo, trataremos de restituir la posición intercultural sin profundizar en la crítica al multiculturalismo que se hace desde ella, pues a menudo supone una comprensión de éste diferente a la que hemos expuesto siguiendo los tres autores reseñados. En otras palabras, queremos evitar la circularidad que supondría avalar como ciertas, críticas sobre aspectos que no aparecen explícitamente avalados por los multiculturalistas, lo que supondría a su vez revisar sus planteamientos sobre los mismos temas, y así sucesivamente. Ahora bien, como se verá en el desarrollo de la síntesis, no siempre es fácil mantener dicha actitud, pues en este caso es muy frecuente que los postulados se sigan directamente de posiciones alternas a lo existente o dominante, con lo cual la mera propuesta queda coja sin su contexto. De cualquier forma, y como criterio general, cuando se hacen esta clase de afirmaciones trataremos de mantener en condicional la certeza o justicia de la aseveración.

En esta materia de derechos étnico/culturales, más que en otros, tiene sentido y es recurrentemente invocada la mirada de algunos de los antecesores de la poscolonialidad, como podrían ser el poeta negro Césaire Aimé o el psiquiatra y político Frantz Fanon, ambos originarios de la isla de Martinica y decisivos en el nuevo concepto de negritud que adoptará dicha corriente.

Aimé era ante todo un poeta y político. Activista, más que académico. Por eso, sus obras más impactantes se dan bajo la forma de discursos o poemas. En 1950 publicó su famoso *Discurso sobre el colonialismo* (Aimé, *Discurso sobre el colonialismo*, 1979), y en 1987, en un homenaje que se le hiciera por su onomástico número 90, pronunció su *Discurso sobre la negritud*.

Del primero, cabría destacar la forma como inicia el texto, que ha sido reproducida en muchos de los textos poscoloniales:

*“Una civilización que se muestra incapaz de resolver los problemas que su funcionamiento suscita, es una civilización decadente. Una civilización que decide cerrar los ojos a sus problemas cruciales, es una civilización enferma. Una civilización que escamotea sus principios, es una civilización moribunda. El hecho es que la civili-*

zación llamada “europea”, la civilización “occidental”, tal como la configuran dos siglos de régimen burgués, resulta incapaz de resolver los dos mayores problemas a que su existencia misma ha dado origen: el problema del proletariado y el problema colonial; que, llamada a comparecer ante el tribunal de la “razón” o el de la “conciencia”, esta Europa se revela impotente para justificarse, y que, a medida que pasa el tiempo, se refugia en una hipocresía tanto más odiosa cuanto menos posibilidades tiene de engañar a nadie. Europa es indefendible...” (Aimé, Discurso sobre el colonialismo, 1979, pág. 5).

Y, más adelante, continúa con pasión:

“Y digo que de la colonización a la civilización la distancia es infinita; que, de todas las expediciones coloniales acumuladas, de todos los estatutos coloniales elaborados, de todas las circulares ministeriales expedidas, no sale airoso ni un solo valor humano. Había que estudiar primero cómo trabaja la colonización para descivilizar al colonizador, para embrutecerlo, en el sentido exacto de la palabra, para degradarlo, para despertarlo a sus escondidos instintos, a la codicia, a la violencia, al odio racial, al relativismo moral, y demostrar que, cada vez que en Vietnam cortan una cabeza o sacan un ojo y en Francia se acepta, violan a una muchacha y en Francia se acepta, sacrifican a un malgache y en Francia se acepta, un logro de la civilización pende con peso muerto, una regresión universal se opera, una gangrena se instala, un foco de infección se extiende, y al final de todos esos tratados violados, de todas esas mentiras propagadas, de todas esas expediciones punitivas toleradas, de todos esos prisioneros atados e “interrogados”, de todos esos patriotas torturados, al final de ese orgullo racial enardecido, al final de esa jactancia desplegada, está el veneno inoculado en las venas de Europa, y el progreso lento, pero seguro, de la salvajización del continente...” (Aimé, Discurso sobre el colonialismo, 1979, pág. 7).

En el segundo, Aimé explicita los contornos de lo que entiende por negritud, así como el sentido de su acción:

“C’est dire que la Négritude au premier degré peut se définir d’abord comme prise de conscience de la différence, comme mémoire, comme fidélité et comme solidarité. Mais la Négritude n’est pas seulement passive. Elle n’est pas de l’ordre de pâtir et de subir. Ce n’est ni pathétisme ni un dolorisme. La Négritude résulte d’une attitude active et offensive de l’esprit. Elle est sursaut, et sursaut de dignité. Elle est refus, je veux dire refus de l’oppression. Elle est combat, c’est-à-dire combat contre l’inégalité. Elle est aussi révolte. Mais alors, me direz-vous, révolte contre quoi? Je n’oublie pas que je suis ici dans un congrès culturel, que c’est ici à Miami que je choisis de le dire. Je crois qu’on peut le dire, d’une manière générale, qu’historiquement, la Négritude a été une forme de révolte d’abord contre le système mondial de la culture tel qu’il

*s'était constitué pendant les derniers siècles et qui se caractérise par un certain nombre de préjugés, de présupposés qui aboutissent à une très stricte hiérarchie. Autrement dit, la Négritude a été une révolte contre ce que j'appellerai le réductionnisme européen... » (Aimé, 2010, págs. 72- 73).*

El lenguaje de Fanon no es menos apasionado, y como el de Aimé está dirigido a motivar la acción, en su caso incluso con el ejercicio de la violencia. En *Los condenados de la Tierra*, texto originalmente publicado en 1963, en Francia, afirma:

*“La descolonización, que se propone cambiar el orden del mundo es, como se ve, un programa de desorden absoluto. Pero no puede ser el resultado de una operación mágica, de un sacudimiento natural o de un entendimiento amigable... La descolonización no pasa jamás inadvertida puesto que afecta al ser, modifica fundamentalmente al ser, transforma a los espectadores aplastados por la falta de esencia en actores privilegiados, recogidos de manera casi grandiosa por la hoz de la historia. Introduce en el ser un ritmo propio, aportado por los nuevos hombres, un nuevo lenguaje, una nueva humanidad. La descolonización realmente es creación de hombres nuevos. Pero esta creación no recibe su legitimidad de ninguna potencia sobrenatural: la “cosa” colonizada se convierte en hombre en el proceso mismo por el cual se libera... Expuesta en su desnudez, la descolonización permite adivinar a través de todos sus poros, balas sangrientas, cuchillos sangrientos. Porque si los últimos deben ser los primeros, no puede ser sino tras un afrontamiento decisivo y a muerte de los dos protagonistas. Esa voluntad afirmada de hacer pasar a los últimos a la cabeza de la fila, de hacerlos subir a un ritmo (demasiado rápido, dicen algunos) los famosos escalones que definen a una sociedad organizada, no puede triunfar sino cuando se colocan en la balanza todos los medios incluida, por supuesto, la violencia...” (Fanon, 2006, págs. 25 - 26).*

Años antes, en *“Racismo y Cultura”*, un ensayo de 1956, había denunciado la forma en que las culturas diversas y divergentes son congeladas por el colonialismo:

*“Sin embargo, el entronizamiento del régimen colonial no entraña la muerte de la cultura autóctona. Por el contrario, de la observación histórica resulta que el fin buscado es más una continua agonía que una desaparición total de la cultura pre-existente. Esta cultura, otrora viva y abierta hacia el futuro, se cierra, congelada en el estatuto colonial, puesta en la picota de la opresión. A la vez presente y momificada, da testimonio contra sus miembros. Los define, en efecto, sin apelación. La momificación cultural entraña una momificación del pensamiento individual. La apatía tan universalmente señalada de los pueblos coloniales no es más que la consecuencia lógica de esta operación. El cargo de inercia que se dirige constantemente al “individuo” es el colmo de la mala fe. Como si le fuera posible a un hombre evolucionar en otra*

*forma que en el marco de una cultura que lo reconozca y que él decide asumir...*” (Fanon, 1966, pág. 41).

Finalmente, en lo que concierne a esta breve síntesis, en *Piel negra, máscaras blancas* Fanon se propone un estudio de corte psicoanalítico sobre la manera como se ha construido, por parte del blanco colonizador, el alma del negro. Y le habla, tanto a los negros como a los blancos, de humanidad. De superar el pasado que los condena y despersonaliza.

*“El negro es un hombre negro; es decir, que al calor de una serie de aberraciones afectivas, se ha instalado en el interior de un universo del que bueno será hacerle salir. El problema tiene su importancia. No buscamos otra cosa, nada menos, que liberar al hombre de color de sí mismo. Caminaremos muy lentamente, porque hay dos campos: el blanco y el negro. Interrogaremos una y otra vez a las dos metafísicas; ya veremos que muchas veces son muy disolventes. No tendremos ninguna piedad para con los viejos gobernadores ni para los antiguos misioneros. Para nosotros, el que adora los negros está tan “enfermo” como el que los execra. Y al revés, el negro que quiere blanquear su raza es tan desgraciado como el que predica el odio al blanco. En el absoluto, el negro no es más digno de amor que el checo, y en verdad de lo que se trata es de desamarrar y soltar al hombre... El blanco está encerrado en su blancura. El negro en su negrura...”* (Fanon, 1973, págs. 8 - 9)<sup>56</sup>.

El foco del pensamiento poscolonial, ya como movimiento relativamente articulado, pasa por la tríada del estadounidense Immanuel Wallerstein, el peruano Aníbal Quijano y el argentino Walter Dignolo. Desde sus obras, ellos propenden por la emergencia de un nuevo paradigma para el análisis del *sistema mundo* actual, en sus diversas complejidades sociales, económicas y culturales. En esta breve síntesis, nos ocuparemos muy someramente de sintetizar algunas ideas generales de sus tesis, para presentar a renglón seguido autores que se han preocupado más centralmente por nuestro tema: el enfoque de derechos.

En un artículo de 2003, *“Bienvenidos a la anarquía global”*, Wallerstein razonaba así sobre la emergencia de un nuevo mundo:

*“Hemos entrado en una transición anárquica desde el sistema-mundo existente hacia uno diferente. Como todos los períodos de tales características, nadie controla la situación en un grado significativo y menos todavía una potencia hegemónica en declive como Estados Unidos. Aunque los partidarios del imperium estadounidense*

56 Una síntesis de la obra integral de Fanon puede consultarse en Alejandro José de Oto, *Frantz Fanon: Política y Poética del Sujeto Poscolonial* Fuente especificada no válida..

*piensen que tienen los elementos de su parte, soplan fuertes vendavales en todas las direcciones y el problema real va a ser —para todos nuestros barcos— evitar el naufragio. Si el resultado último de todo ello va a ser un orden más o menos igualitario y democrático, es totalmente incierto. Pero el mundo que emerja será consecuencia de cómo actuemos, colectiva y concretamente, durante las próximas décadas” (2003, pág. 12).*

Parte de ese reto tiene que ver con superar el albatros racista que se aferra a nuestros cuellos, en la metáfora que utiliza Wallerstein. Un racismo que puede rastrearse en muchos procesos históricos: en la colonización de los pueblos americanos, en el Holocausto y su Salida Final, en el sistema-mundo que emerge en el nuevo siglo, con partidos políticos que añoran ese pasado nazi. En todo caso, *“necesitamos desesperadamente explorar las posibilidades alternativas de un sistema histórico materialmente racional que remplace el moribundo y loco en el que vivimos. Necesitamos descubrir las raíces profundas del privilegio racista que permea nuestro sistema-mundo existente, y abarcar a todas las instituciones, incluidas las estructuras del conocimiento... La ciencia social nos ha desilusionado en su entendimiento del pasado. Nos ofreció un retrato falso de un mundo tradicional que se movía, ay, tan lento. Tal mundo nunca existió en realidad. No existe ahora, ni en Austria ni en otra parte. En medio de la inmensa incertidumbre de hacia dónde nos dirigimos, debemos esforzarnos por localizar nuestros pasados, conforme los inventamos ahora, lo que es bueno y hermoso, y verter esas visiones a nuestros futuros. Necesitamos crear un mundo más vivible. Debemos usar nuestras imaginaciones. Y quizá entonces comencemos a erradicar los racismos profundos que viven dentro de nosotros...”* (Wallerstein, 2000, pág. 16). Ese pasado al que se refiere el autor es tanto el pan-europeo como el extra europeo. Para él, mientras las cuatro ciencias básicas (historia, economía, ciencia política y sociología), consideran el mundo de la modernidad y la civilización, y desde allí supusieron tanto los universalismos como las jerarquías del sistema-mundo moderno, la antropología y los estudios orientalistas se ocuparon de mostrar que todo lo no-europeo permanecía como *congelado*.

¿Ahora bien, de qué habla Wallerstein cuando invoca el sistema-mundo? Se trata de una construcción colectiva, una especie de matriz que define de la siguiente forma:

*“Quienes proponemos el análisis de sistemas-mundo, lema del que trata este libro, venimos hablando acerca de la globalización desde mucho antes de que el término fuera inventado (no, empero, como de algo nuevo sino como de algo que había sido un elemento básico para el sistema-mundo moderno desde que éste comenzara en el siglo XVI). Hemos argumentado que los compartimientos estancos de análisis —lo que en las universidades se denomina disciplinas— son un obstáculo y no una ayuda en la comprensión del mundo. Hemos argumentado que la realidad social en que vivimos y determina cuáles son nuestras opciones no ha sido la de los múltiples*

*estados nacionales de los que somos ciudadanos sino algo mayor, que hemos llamado sistema-mundo. Hemos dicho que este sistema-mundo ha contado con muchas instituciones —estados y sistemas interestatales, compañías de producción, marcas, clases, grupos de identificación de todo tipo—y que estas instituciones forman una matriz que permite al sistema operar pero al mismo tiempo estimula tanto los conflictos como las contradicciones que calan en el sistema. Hemos argumentado que este sistema es una creación social, con una historia, con orígenes que deben ser explicados, mecanismos presentes que deben ser delineados y cuya inevitable crisis terminal necesita ser advertida...* (Wallerstein, 2006, pág. 3).

Walter Mignolo, apoyándose en tesis de Quijano, caracteriza la colonialidad de la siguiente forma:

*“La tesis básica es la siguiente: la “modernidad” es una narrativa europea que tiene una cara oculta y más oscura: la colonialidad. En otras palabras, la colonialidad es constitutiva de la modernidad: sin colonialidad no hay modernidad. Por consiguiente, hoy la expresión común modernidades globales implica colonialidades globales, en el sentido preciso de que la matriz colonial del poder (la colonialidad, para abreviar) se la están disputando muchos contendientes: si la modernidad no puede existir sin la colonialidad, tampoco puede haber modernidades globales sin colonialidades globales. Esa es la lógica del mundo capitalista policéntrico de hoy. Por lo tanto, la manera de pensar y de hacer descolonial surgió, a partir del siglo XVI, como respuesta a las inclinaciones opresivas e imperialistas de los ideales europeos modernos proyectados, y aplicados, en el mundo no europeo...”* (Mignolo, *La colonialidad: la cara oculta de la modernidad*, 2009).

Ahora bien, lo importante en esta nueva forma teórica, poscolonial, no solo es lo que se dice, sino desde dónde se dice: el lugar de producción, el locus. Y ese lugar está más en el tercer mundo, que en el primero.

*“Al insistir en la conexión entre el lugar de la teorización (ser de, venir de y estar en) y el locus de enunciación, estoy enfatizando que los loci de enunciación no son dados, sino representados; y no estoy suponiendo que solo la gente que viene de tal o cual lugar puede teorizar X. Deseo insistir en el hecho de que no estoy presentando el argumento en términos deterministas, sino en el campo abierto de las posibilidades lógicas, de circunstancias históricas y de sensibilidad personal. En otras palabras, estoy sugiriendo que aquellos para quienes las herencias coloniales son reales (es decir, les duelen) están más (lógica, histórica y emocionalmente) inclinados que otros a teorizar el pasado en términos de historias coloniales. También estoy sugiriendo que la teorización postcolonial reestablece los límites entre el conocimiento, lo conocido y el sujeto cognoscente (y ésta es mi razón para acentuar las complicidades entre las*



*teorías postcoloniales y “las minorías”). Mientras que, por una parte, percibo el lugar del sujeto cognoscente en la economía social del conocimiento y del entendimiento como la contribución principal de las teorías postcoloniales, siento, por otra parte, que la descripción o explicación de lo conocido es la contribución principal de las teorías postmodernas...” (Mignolo, 1996, pág. 113).*

Aníbal Quijano, a su vez, ha insistido en la fuerza de las clasificaciones raciales para la constitución del sistema colonial:

*“La colonialidad es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas, de la existencia social cotidiana y a escala societal. Se origina y mundializa a partir de América...” (Quijano, Colonialidad del poder y clasificación social, 2000, pág. 342).*

¿Por qué América? Según Quijano, aquí se estableció un nuevo patrón de poder con vocación mundial. Y entre conquistadores y conquistados se erigió ese concepto de raza, una supuesta estructura biológica diferente, que permitió segregar la sociedad y generar las jerarquías de orden y subordinación. Antes de América, raza no tenía el mismo significado.

*“La formación de relaciones sociales fundadas en dicha idea, produjo en América identidades sociales históricamente nuevas: indios, negros y mestizos, y redefinió otras. Así términos como español y portugués, más tarde europeo, que hasta entonces indicaban solamente procedencia geográfica o país de origen, desde entonces cobraron también, en referencia a las nuevas identidades, una connotación racial. Y en la medida en que las relaciones sociales que estaban configurándose eran relaciones de dominación, tales identidades fueron asociadas a las jerarquías, lugares y roles sociales correspondientes, como constitutivas de ellas y, en consecuencia, al patrón de dominación colonial que se imponía. En otros términos, raza e identidad racial fueron establecidas como instrumentos de clasificación social básica de población. Con el tiempo, los colonizadores como color los rasgos fenotípicos de los colonizados y lo asumieron como la característica emblemática de la categoría racial...” (Quijano, 2000, pág. 2 ).*

Y algo sobre lo que llama la atención Quijano es, también, la actualidad de estas consideraciones.

*“Lo que es realmente notable, en cambio es que para la abrumadora mayoría de la población mundial, incluidos los opositores y las víctimas del racismo, la idea mis-*

*ma de “raza”, como un elemento de la “naturaleza” que tiene implicaciones en las relaciones sociales, se mantenga virtualmente intocada desde sus orígenes. En las sociedades fundadas en la colonialidad del poder, las víctimas combaten por relaciones de igualdad entre las “razas”. Quienes no lo son, directamente al menos, admitirían de buen grado que las relaciones entre las “razas” fueran democráticas, si no exactamente entre iguales. Sin embargo, si se revisa el debate respectivo, incluso en los países donde ha sido más intenso el problema, en Estados Unidos o África del Sur, solo de modo excepcional y muy reciente se pueden encontrar investigadores que hayan puesto en cuestión, además del racismo, la idea misma de “raza”... (Quijano, 2000).*

A partir de estas consideraciones básicas, podría rastrearse el desarrollo de categorías más específicas, como las de identidad, multiculturalismo e interculturalidad. Como señalábamos al inicio de este capítulo, lo correspondiente a interculturalidad lo haremos siguiendo fundamentalmente la línea argumentativa de Catherine Walsh, con algunas notas complementarias de Boaventura de Sousa Santos, especialmente para resaltar lo correspondiente a la reconstrucción de los derechos humanos y el desarrollo posible de una epistemología del sur.

Antes, permítasenos presentar muy brevemente la idea que establece Stuart Hall en torno a la identidad, así como el paso de un multiculturalismo liberal a uno crítico (o teórico), que alentó Peter McLaren, que son considerados en alguna forma como entendimientos previos o acuerdos para el paso hacia la interculturalidad.

Para Hall (1999), nacido en Jamaica y residenciado en Gran Bretaña, y empeñado por tanto en tratar de desentrañar de dónde sale la identidad negro/antillana (y cómo pueden, los cineastas, reflejarla en las películas), todo lo que hacemos y decimos está posicionado, en contexto. El yo que habla, lo hace desde una determinada cultura e historia que le son específicas. De aquí, saldrían dos maneras o metodologías para pensar la identidad:

*“La primera posición define la “identidad cultural” en términos de una cultura compartida, una especie de naturaleza precisa de carácter colectivo, común a un pueblo con una historia y unos ancestros compartidos, y que oculta en su interior las muchas otras naturalezas impuestas más superficial o artificialmente. Dentro de los términos de esta definición, nuestras identidades culturales reflejan las experiencias históricas comunes y los códigos culturales compartidos que nos proveen, como “un pueblo”, con marcos de referencia y significado estables e inmutables y continuos, que subyacen bajo las cambiantes divisiones y vicisitudes de nuestra historia actual... Sin embargo, hay una segunda visión de la identidad cultural, relacionada con la anterior, aunque diferente. Esta segunda visión admite que, al igual que los muchos puntos de similitud, también hay puntos críticos de diferencia profunda y significativa que constituyen “eso que realmente somos”; o más bien “en lo que nos hemos*

*convertido “puesto que la historia ha intervenido en nosotros... En este segundo sentido, la identidad cultural es un asunto de “llegar a ser” así como de “ser”. Pertenecer tanto al futuro como al pasado. No es algo que ya exista, trascendiendo el lugar, el tiempo, la historia y la cultura. Las identidades culturales vienen de algún lugar, tienen historia. Pero como todo lo que es histórico, estas identidades están sometidas a constantes transformaciones. Lejos de estar eternamente fijas en un pasado esencial, se hallan sujetas al juego continuo de la historia, la cultura y el poder. Lejos de estar basadas en la mera recuperación del pasado que aguarda a ser encontrado, y que cuando se encuentre asegurará nuestro sentido de nosotros mismos en la eternidad, las identidades son los nombres que les damos a las diferentes formas en las que estamos posicionados, y dentro de las que nosotros mismos nos posicionamos a través de las narrativas del pasado...” (Hall, 1999, págs. 132 - 134).*

Es a partir de esta segunda visión como Hall propone superar las visiones de Aimé y Fanon que, aun cuando importantes, considera que están ancladas en la primera visión. Si no reconocemos lo que la experiencia colonial hace en nosotros mismos, seguiremos alentados por una especie de regreso a las raíces, que ya es imposible. De ahí la paradoja de aquellos negros que salen a buscar África, y descubren que el África que perseguían ya no existe, nunca ha existido, es más una representación imaginaria que puede dar sentido a las luchas, a crear el primer sentido de unidad en la diferencia, pero cuyo término puede estar más cerca de las canciones de Bob Marley o las fotografías de Armet Francis que del continente real.

Ahora bien, ¿dónde encontrar y cómo describir la diferencia en la unidad, que nos llevaría a la segunda posición? Hall nos propone entonces, para el caso de los negros caribeños, considerar la triple presencia que ubica y reubica sus identidades: la africana, la europea y la americana. La presencia africana es el lugar de la represión, de la vida cotidiana en las barracas de esclavos. Pero, igual, es el nombre de la unidad que renace en la épica poscolonial. Hace pocos años, en la década del ochenta, eran pocos los que reivindicaban ser africanos. Hoy es una metáfora, una nueva forma de asumirse frente al mundo. Casi que todo negro, moreno, mulato y hasta blanco debe afrontar, tarde o temprano, esta presencia/ausencia del África original que ya no va a ser, y del África transformada en una comunidad imaginaria. Esa es el África que hoy se invoca a través de la política, la memoria y el deseo.

Pero esta identidad no queda atrapada solo allí. También hay que reconocer la presencia europea en la construcción de esa misma identidad. Europa introduce la cuestión del poder, de la exclusión, de la imposición. Quizás por ello, en las versiones ingenuas, se la considera como algo externo, ajeno. Pero desde Fanon ha quedado claro que esa fuerza, ese poder, se ha convertido en un elemento constitutivo de las identidades negras.

Finalmente, quedaría la presencia del *nuevo mundo*, de esa América que es suelo, lugar, territorio. La *tierra vacía*, que llama Hall, aludiendo al hecho de que los colonizadores la vaciaron, para poder ocuparla. Y que es, al mismo tiempo, el lugar donde se negoció la creolización, el sincretismo, la diáspora.

*“A través de una serie de metáforas hemos tratado de poner en juego un sentido diferente de nuestra relación con el pasado y, por lo tanto, una forma diferente de pensar en la identidad cultural, que podría constituir nuevos puntos de reconocimiento en el naciente cine del Caribe, y del cine de realizadores británicos negros. Hemos estado tratando de teorizar la identidad como algo constituido no fuera sino dentro de la representación; y por lo tanto, de ver el cine no como un espejo de segundo orden que está colgado con el fin de reflejar lo que ya existe, sino como una representación que es capaz de constituirnos como nuevas formas de sujetos y, así, nos permite descubrir lugares desde los cuales hablar...”* (Hall, 1999, pág. 145).

Peter McLaren, investigador canadiense y uno de los fundadores de la pedagogía crítica, ha propuesto una comprensión diferencial del multiculturalismo. Frente a un desarrollo del mismo de talante conservador (asentado sobre todo en las teorías evolutivas o coloniales, que ven las otras culturas en inferioridad y buscan construir una cultura común tamizada desde lo blanco, que asimila y suma las otras expresiones culturales) y liberal, aún de izquierdas (que enfatiza las diferencias culturales, pero sugiere que la insistencia en la igualdad de las razas las *suaviza*, y esconde otras dimensiones como las de clase, género, raza y sexualidad, ignorando que la diferencia es ya, en sí, una construcción social e histórica constitutiva de poder) propone la construcción de un multiculturalismo crítico y de resistencia.

*“Desde la perspectiva del multiculturalismo crítico, el énfasis conservador/liberal en la similitud y el énfasis liberal/izquierdista en la diferencia forman una oposición falsa. Tanto la identidad basada en la similitud como la identidad basada en la diferencia son formas de lógica esencialista. En ambas, se presupone que las identidades individuales son autónomas, autocontenidas y autodirigidas. El multiculturalismo de resistencia también rechaza ver la cultura como no conflictiva, armoniosa y consensual. Desde esta perspectiva la democracia es concebida como algo atareado -no como un homogéneo y siempre armonioso estado de los asuntos políticos y culturales-. El multiculturalismo de resistencia no ve la diversidad en sí misma como una meta sino que argumenta que la diversidad debe ser afirmada en una política de criticismo cultural y en un compromiso con la justicia social. Debe prestar atención a la noción de diferencia. La diferencia siempre es un producto de la historia, la cultura, el poder y la ideología. Las diferencias se dan siempre entre grupos y deben ser entendidas en función de la especificidad de su producción. El multiculturalismo crítico*

*se cuestiona la construcción de la diferencia y la identidad en relación a la política radical...*” (McLaren, 1995, pág. 161).

En ello, ocupa un lugar preponderante el lenguaje y la práctica de los discursos. Estos son construidos como sistemas de diferencias organizadas en tanto oposiciones binarias (blanco/negro, bueno/malo, normal/desviado, etc.). El segundo término no existe fuera del primero. Los signos son parte de una lucha ideológica.

*“El multiculturalismo crítico llama la atención sobre los sistemas de significado dominante al alcance de profesores y estudiantes, muchos de los cuales son elaborados en la fábrica del imperialismo y el patriarcado occidental. Reta a los sistemas de significado que imponen atributos en el otro bajo la dirección de significantes soberanos. Y esto significa dirigir todos nuestros esfuerzos no a la comprensión de que la etnicidad es ajena a lo blanco, sino a cuestionar la cultura de lo blanco en sí misma. Esto es crucial ya que si no lo hacemos... naturalizamos lo blanco como un distintivo cultural contra el que se define el otro... Los grupos blancos deben examinar sus propias historias étnicas de manera que sean menos propensos a juzgar sus propias normas culturales como neutrales y universales. La supuesta neutralidad de la cultura blanca le permite modificar lo negro en función de sus propios intereses y fines. Le permite manipular al otro, pero sin ver que este otro es una herramienta blanca de explotación... Lo blanco se ha convertido en la norma invisible, en el estándar a partir del cual la cultura dominante mide su propio valor...”* (McLaren, 1995, pág. 163). *Así, llega a su propuesta de identidades fronterizas, que no son solamente anticapitalistas y antihegemónicas sino críticamente utópicas, en cuanto transforman la carga del conocimiento en un escándalo de esperanza*<sup>57</sup>.

Manteniéndonos en esta línea de interrelacionamiento entre pedagogía y emergencia del pensamiento crítico, quisiéramos introducir entonces la forma argumentativa general de Catherine Walsh, profesora y directora del Doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, y quien ha avanzado mucho en planteamientos sobre la interculturalidad crítica desde la experiencia de los movimientos sociales de Ecuador y Bolivia.

A las tres formas típicas de considerar la colonialidad (colonialidad del poder, que establece jerarquías racializadas con el eurocentrismo en la cúspide; colonialidad del ser, que deshumaniza e invisibiliza a los grupos que no se adecúan a esos patrones; colonialidad del saber, occidente como matriz única del saber), Walsh agrega la colonialidad cosmogónica o de la madre naturaleza, mediante la cual se categorizan como no modernas,

---

57 Sobre un desarrollo más detallado de esta propuesta, en el marco del multiculturalismo crítico, cfr. Joel L. Kincheloe y Shirley R. Steinberg..

“primitivas” o “paganas” las relaciones espirituales y sagradas que conectan los mundos de arriba y abajo, con la tierra y con los ancestros como seres vivos, tal como acontece con las tradiciones indígenas o africanas.

Esa dupla, modernidad/colonialidad, hoy se esconde bajo el ropaje del multiculturalismo, que hace así pensar que con el reconocimiento de la diversidad, y la promoción de su inclusión, el proyecto hegemónico de antes está disuelto. Siguiendo, entre otros, a Žižek (1998), Walsh denuncia cómo el multiculturalismo deviene en una herramienta retórica que neutraliza y vacía de significado la diferencia, a la vez que promociona las políticas neoliberales, la inclusión al mercado y la asimilación. Por ello, tanto como la interculturalidad funcional, terminan siendo apropiados por entidades como el Banco Mundial.

Frente a ello, *“el enfoque y la práctica que se desprende de la interculturalidad crítica no es funcional al modelo societal vigente, sino cuestionador serio de ello. Mientras que la interculturalidad funcional asume la diversidad cultural como eje central, apuntalando su reconocimiento e inclusión dentro de la sociedad y el estado nacionales (uninacionales por práctica y concepción) y dejando por fuera los dispositivos y patrones de poder institucional-estructural -las que mantienen la desigualdad-, la interculturalidad crítica parte del problema de poder, su patrón de racialización y la diferencia (colonial no simplemente cultural) que ha sido construida a función de ello. El interculturalismo funcional responde a y parte de los intereses y necesidades de las instituciones sociales; la interculturalidad crítica, en cambio, es una construcción de y desde la gente que ha sufrido una historia de sometimiento y subalternización...”* (Walsh, *Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: Apuestas (des)de el in-surgir, re-existir y re-vivir*, 2009, págs. 136 - 137).

Se trata de una interculturalidad que no hunde sus raíces ni en el estado, ni en la academia, sino en los movimientos sociales. Es desde allí que busca cambiar las relaciones de poder y las instituciones.

*“Por ende, su proyecto se construye a la mano con la de-colonialidad, como herramienta que ayude visibilizar estos dispositivos de poder, y como estrategia que intenta construir relaciones –de saber, ser, poder y de la vida misma- radicalmente distintas... Entender la interculturalidad como proceso y proyecto dirigido hacia la construcción de modos “otros” del poder, saber, ser y vivir, permite ir mucho más allá de los supuestos y manifestaciones actuales de la educación intercultural, la educación intercultural bilingüe o inclusive la filosofía intercultural. No es argumentar a partir de la simple relación entre grupos, prácticas o pensamientos culturales, por la incorporación de los tradicionalmente excluidos dentro de las estructuras (educativas, disciplinares o de pensamiento) existentes, o solamente a partir de la creación de programas “especiales” que permiten que la educación “normal” y “universal”*

*siga perpetuando prácticas y pensamientos racializados y excluyentes. Es señalar la necesidad a visibilizar, enfrentar y transformar las estructuras e instituciones que diferencialmente posicionan grupos, prácticas y pensamientos dentro de un orden y lógica que, a la vez y todavía, es racial, moderno-occidental y colonial... ” (Walsh, Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: Apuestas (des)de el in-surgir, re-existir y re-vivir, 2009, pág. 138).*

En otro de sus textos, Walsh recalca aún más esta diferencia entre lo intercultural incluso frente a lo multicultural:

*“De hecho, los términos multi, pluri e interculturalidad tienen genealogías y significados diferentes. Lo pluricultural y multicultural son términos descriptivos que sirven para caracterizar la situación diversa e indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar planteando así su reconocimiento, tolerancia y respeto. El «multi» tiene sus raíces en países occidentales, en un relativismo cultural que obvia la dimensión relacional y oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales. Actualmente es de mayor uso global, orientando políticas estatales y transnacionales de inclusión dentro de un modelo de corte neoliberal que busca inclusión dentro del mercado. El «pluri», en cambio, es término de mayor uso en América del Sur; refleja la particularidad y realidad de la región donde pueblos indígenas y negros han convivido por siglos con blanco-mestizos y donde el mestizaje y la mezcla racial han jugado un papel significante. Mientras que lo «multi» apunta una colección de culturas singulares sin relación entre ellos y en un marco de una cultura dominante, lo «pluri» típicamente indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial aunque sin una profunda interrelación equitativa... La interculturalidad, en cambio, aún no existe. Es algo por construir. Va mucho más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proceso y proyecto social político dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas. Aquí me refiero no solo a las condiciones económicas sino también a aquellas que tienen que ver con la cosmología de la vida en general, incluyendo los conocimientos y saberes, la memoria ancestral, y la relación con la madre naturaleza y la espiritualidad, entre otras. Por sí, parte del problema de las relaciones y condiciones históricas y actuales, de la dominación, exclusión, desigualdad e inequidad como también de la conflictividad que estas relaciones y condiciones engendran, es decir la «colonialidad» con sus cuatro ejes o potestades ya señalados...” (Walsh, 2008, pág. 141).*

En otro de sus textos, y contextualizando la llegada al poder en Bolivia de Evo Morales, en representación de una nación movilizadora desde la pertenencia indígena, Walsh calificaba así el proyecto intercultural:

*“Más que un concepto de interrelación o comunicación (como típicamente suele entenderse en el contexto europeo), la interculturalidad en esta región del mundo, significa potencia e indica procesos de construir y hacer incidir pensamientos, voces, saberes, prácticas, y poderes sociales “otros”; una forma “otra” de pensar y actuar con relación a y en contra de la modernidad/colonialidad. No nos referimos aquí a un pensamiento, voz, saber, práctica y poder más, sino unos pensamientos, voces, saberes, prácticas y poderes de y desde la diferencia que desvían de las normas dominantes radicalmente desafiando a ellas, abriendo la posibilidad para la descolonización y la edificación de sociedades más equitativas y justas. Por eso, la interculturalidad y la decolonialidad deben ser entendidos como procesos enlazados en una lucha continua. Una lucha dirigida a enfrentar y desestabilizar las construcciones e imaginarios de nación y de América “Latina” concebidos por las elites locales, la academia y el occidente, y a hacer construcciones e imaginarios distintos, así a la vez poniendo en cuestión la noción que las soluciones a los problemas y crisis de la modernidad tienen que venir de la modernidad misma...”* (Walsh, 2007, págs. 35 - 36).

Todos estos matices en relación con la construcción de la interculturalidad implican una forma de concebir la transformación social operada desde los mismos movimientos sociales. Es por ello que *“la de-colonialidad no es algo necesariamente distinto de la descolonización; más bien representa una estrategia que va más allá de la transformación- lo que implica dejar de ser colonizado – apuntando mucho más que a la transformación, a la construcción o creación. Pero también es un momento que se diferencia del (de)colonialismo. Mientras que el (de)colonialismo se preocupa por la relación histórica y sus legados (los 500 años, por ejemplo), buscando una transición, superación y emancipación desde el interior de la modernidad, abriendo así la posibilidad de modernidades pos-coloniales o modernidades alternativas... la decolonialidad parte de un posicionamiento de exterioridad por la misma relación modernidad/colonialidad, pero también por las violencias raciales, sociales, epistémicas y existenciales vividas como parte de ella. La decolonialidad encuentra su razón en los esfuerzos de confrontar desde “lo propio” y desde lógicas-otras y pensamientos-otros a la deshumanización, el racismo y la racialización, y la negación y la destrucción de los campos-otros del saber. Por eso, su meta no es la incorporación o la superación (tampoco simplemente la resistencia), sino la reconstrucción radical de seres, del poder y saber, es decir, la creación de condiciones radicalmente diferentes de existencia, conocimiento y del poder que podría contribuir a la fabricación de sociedades distintas...”* (Walsh, 2005, págs. 23 - 24).

Planteadas así la interculturalidad, cabría la pregunta sobre su correspondencia en lo concerniente a la estructura de derechos, y la eventual cabida entonces de un desarrollo similar al de los derechos especiales en función de la pertenencia étnica por la que propugna el multiculturalismo.



No es el tema fuerte de Walsh, y por ello apenas encontramos referencias parciales, especialmente emanadas de las reivindicaciones y posicionamientos de los movimientos indígenas y afroamericanos de Ecuador y Bolivia, así como de las nuevas constituciones de dichos estados. Y el punto de partida, por lo tanto, no es la construcción de otra utopía, quizás reflejada en universales como los derechos abstractos, sino en una transformación efectiva de las relaciones de poder agenciada también a través de ellos:

*“Es un proceso donde el fin no es una “sociedad ideal” como un abstracto universal, sino el cuestionamiento y la transformación de la colonialidad del poder, saber y ser, siempre consciente de que estas relaciones del poder no desaparecen, pero que sí pueden ser transformadas y (re)construidas de otra manera. El reconocimiento y fortalecimiento de lo propio por parte de los grupos históricamente subalternizados es paso esencial en estos procesos de cuestionamiento, transformación y construcción, especialmente en la producción de conocimiento y pensamiento propios, dándoles, como han venido haciendo los movimientos indígenas y afro en el Ecuador, pero también en otras partes de las Américas en los últimos años, un uso estratégico y claramente político (el pensamiento otro)...”* (Walsh, 2005, pág. 27).

Si observamos desde esta perspectiva los procesos constitucionales de Ecuador y Bolivia, lo importante es la forma como enfrentan la lógica unicultural de la colonialidad, desestabilizando la hegemonía de la lógica, dominio y racionalidad occidentales.

*“Es decir, la manera en que ponen al centro del repensar y refundar, otras lógicas y racionalidades —no unas lógicas y racionalidades más sino lógicas y racionalidades «otras»— que parten de la diferencia y dan un giro total a la monoculturalidad y uniculturalidad fundantes y aún vigentes, a la vez que inician caminos hacen un interculturalizar, plurinacionalizar y descolonizar...”* (Walsh, 2008, págs. 143 - 144).

Esta estrategia es la que permite, según Walsh, superar el multiculturalismo de la integración. En el caso de Bolivia, gracias a la plurinacionalización, que resalta y respeta la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural, y reorganiza la estructura institucional desde una nueva centralidad, que no exclusividad: la de los pueblos originarios. En la experiencia ecuatoriana, el motor de cambio está en la interculturalización, en donde destacan tres principios o ejemplos de esta nueva lógica: la pluralización de la ciencia y el conocimiento (donde los saberes ancestrales adquieren tal estatus), los derechos de la naturaleza (concebido como ser vivo, con inteligencia, sentimientos y espiritualidad), y el *sumak kawsay* o buen vivir (una lógica distinta a la dignidad instrumental e individual, que atiende a un principio de vida integral donde el conocer se entreteje con el vivir).

A pesar de los ejemplos, que pueden ser contingentes y no tienen el valor de recetas, no hay que perder de vista lo verdaderamente importante de estos ejercicios de movilización social:

*“Por ende, lo realmente novedoso de las nuevas constituciones ecuatoriana y boliviana no es la introducción de nuevos elementos, sino su intento de construir unas nuevas lógicas y formas de conocer, pensar, ser y vivir bajo parámetros radicalmente distintos. Por eso mismo, son constituciones —a mi manera de ver— que reflejan y representan nuevas insurgencias «ciudadanas» (permitiendo la resignificación misma del término), que pretenden hacer lo plural de lo nacional, punto constitutivo por primera vez de una articulación y convergencia de sociedad, iniciando así el decolonizar del estado pero también de la lógica, racionalidad y poder estructural de lo blanco-mestizo...” (Walsh, 2008, pág. 150).*

Para reforzar estas ideas, proponemos una mirada un tanto tangencial a la obra de Boaventura de Sousa Santos, en especial en dos puntos que nos parecen complementarios a los expresados hasta ahora: la oportunidad de una epistemología del Sur y la necesidad de una reconstrucción de los derechos humanos de raigambre occidental. En un texto reciente (Santos: 2010), el sociólogo portugués nos invita a reflexionar sobre lo complejo que resulta pensar tanto que el capitalismo o el colonialismo tengan fin, como que no lo tengan. El desafío de la poscolonialidad y el poscapitalismo le otorgan un sentido bien diferente a movimientos como el indígena, el afroamericano o el feminista, y en general a lo que podríamos denominar movilizaciones por culturas diferentes, en un contexto en donde los sustantivos críticos se han relativizado o sucumbido y existe un distanciamiento enorme entre la tradición teórica crítica eurocéntrica y las prácticas protagónicas de un continente como el americano (Santos, *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, 2009, págs. 6 - 20).

Partiendo de una “sociología de las ausencias”, que tiende a demostrar que lo que no existe ha sido producido precisamente como no existente (y, por ende, descalificado, invisibilizado, desechado, no-inteligible) desde una idea monocultural del saber, se propone en su reemplazo una “sociología de las emergencias”, que *“consiste en sustituir el vacío del futuro según el tiempo lineal (un vacío que tanto es todo como es nada) por un futuro de posibilidades plurales y concretas, simultáneamente utópicas y realistas, que se va construyendo en el presente a partir de las actividades de cuidado... La sociología de las emergencias consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas. En tanto que la sociología de las ausencias amplía el presente uniéndolo a lo real existente lo que de él fue sustraído por la razón eurocéntrica dominante, la sociología de las emergencias amplía el presente uniéndolo a lo real amplio las posibilidades y expectativas*

futuras que conlleva” (Santos, *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, 2009, págs. 23 - 28).

Es de esta forma como Santos nos llega a plantear su Epistemología del Sur:

*“Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo. El Sur global no es entonces un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones viven en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a nivel global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y anti-imperialista. Es un Sur que existe también en el Norte global, en la forma de poblaciones excluidas, silenciadas y marginadas como son los inmigrantes sin papeles, los desempleados, las minorías étnicas o religiosas, las víctimas de sexismo, la homofobia y el racismo. Las dos premisas de una epistemología del Sur son las siguientes: Primero, la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo. Esto significa, en paralelo, que la transformación progresista del mundo puede ocurrir por caminos no previstos por el pensamiento occidental, incluso por el pensamiento crítico occidental (sin excluir el marxismo). Segundo, la diversidad del mundo es infinita, una diversidad que incluye modos muy distintos de ser, pensar y sentir, de concebir el tiempo, la relación entre seres humanos y entre humanos y no humanos, de mirar el pasado y el futuro, de organizar colectivamente la vida, la producción de bienes y servicios y el ocio. Esta inmensidad de alternativas de vida, de convivencia y de interacción con el mundo queda en gran medida desperdiciada porque las teorías y conceptos desarrollados en el Norte global y en uso en todo el mundo académico, no identifican tales alternativas y, cuando lo hacen, no las valoran en cuanto contribuciones válidas para construir una sociedad mejor. Por eso, en mi opinión, no necesitamos alternativas, sino un pensamiento alternativo de alternativas”* (Santos, *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, 2009, págs. 31 - 32).

Por ello, la epistemología del sur requiere necesariamente una traducción intercultural. Esta traducción implica, en términos prácticos, avanzar hacia una hermenéutica diatópica en la cual diferentes culturas identifiquen similares preocupaciones isomórficas y evalúen las distintas respuestas que proporcionan ante ellas, teniendo conciencia de que todas las culturas son incompletas y, por lo tanto, pueden ser enriquecidas por el diálogo

crítico con otras, no en un plano de relativismo o universalidad vacía, sino de continua carencia e incompletud. En diferentes textos, este autor ha aludido, por ejemplo, al hecho de que una noción como dignidad humana tiene diversas interpretaciones culturales y similitudes, por ejemplo, con el concepto islámico de *umma* y el concepto hindú de *dharma*<sup>58</sup>.

En dicho contexto, Santos saluda la emergencia en el continente americano de un nuevo constitucionalismo, aludiendo explícitamente a casos como los de Bolivia y Ecuador:

*“La voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el continente se manifiesta a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anti-capitalistas y anti-coloniales”* (Santos, *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, 2009, pág. 61).

De esta experiencia, destaca para nuestro estudio la idea de plurinacionalidad:

*“La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión. En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos o grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas”* (Santos, *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, 2009, pág. 72).

De todo lo anterior, para Santos surge con claridad y necesidad la idea de una democracia intercultural:

*“Por democracia intercultural en el continente latinoamericano entiendo: 1) la coexistencia de diferentes formas de deliberación democrática, del voto individual al*

---

58 Cfr., por ejemplo, *De la Mano de Alicia: Lo social y lo político en la postmodernidad*, o *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (Santos, 1998, págs. 199 - 201).

*consenso, de las elecciones a la rotación o al mandar obedeciendo, de la lucha por asumir cargos a la obligación-responsabilidad de asumirlos (lo que llamo la demodiversidad); 2) diferentes criterios de representación democrática (representación cuantitativa, de origen moderna, eurocéntrica, al lado de representación cualitativa, de origen ancestral, indocéntrica); 3) reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos como condición del efectivo ejercicio de los derechos individuales (ciudadanía cultural como condición de ciudadanía cívica); 4) reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales (simultáneamente individuales y colectivos): el derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques y a los saberes tradicionales; y, 5) más allá de los derechos, educación orientada hacia formas de sociabilidad y de subjetividad asentadas en la reciprocidad cultural: un miembro de una cultura solamente está dispuesto a reconocer a otra cultura si siente que su propia cultura es respetada y esto se aplica tanto a las culturas indígenas como a las no indígenas” (Santos, *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, 2009, pág. 72).*

A mi juicio, esta presentación no cambia ideas anteriores de Santos sobre el cosmopolitismo, la hermenéutica diatópica y la recreación de los derechos humanos, sino que les da un nuevo y remozado marco de interpretación. Permítaseme, muy brevemente, invocar algunas de estas ideas, que hicieron parte de su teoría más conocida sobre el pluralismo jurídico y la globalización del derecho.

Tras resaltar cómo las luchas indígenas y de las minorías étnicas son muy relevantes para el campo de la transnacionalización del derecho, dado que simbolizan la asimetría entre las rutas europeas y no europeas hacia la modernidad, dando lugar a estados etnocráticos, o falsos estados nacionales, Santos analiza tres ventajas que específicas que suponen sus demandas: trascienden la forma jurídica del estado-nación, estableciendo vínculos jurídicos locales-transnacionales; suponen una crítica radical a ese mismo estado-nación, puesto que la autodeterminación que invocan no contempla los atributos típicos (como independencia o soberanía), sino que apuntan a una revisión radical de la verticalidad que subyace al estado liberal, y apuntan, más que a formas premodernas de comunidad, a una neocomunidad contemporánea, donde la dimensión territorial, por ejemplo, asume una nueva construcción simbólica (Santos, 1998, págs. 170 - 176).

Sobre los derechos humanos, Santos insiste en su carácter occidental, un localismo globalizado que adquiere el ropaje de universalismo por razones políticas y de dominación.

*“El concepto de derechos humanos descansa sobre un conjunto de presuposiciones bien conocidas, todas las cuales son claramente occidentales, a saber: hay una naturaleza universal que puede ser conocida por medios racionales; la naturaleza humana*

*es en esencia diferente de, y más elevada que el resto de la realidad; el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que debe ser defendida de la sociedad y el estado; la autonomía del individuo requiere que la sociedad no esté organizada de manera jerárquica, como suma de individuos libres...*" (Santos, 1998, pág. 196).

Por ello, a esta visión debe enfrentársele una práctica y un discurso transformadores de los derechos humanos desde una política cosmopolita.

*"¿Cuáles son las condiciones de dicha transformación? Primero que todo, es indispensable trascender el debate sobre el universalismo y el relativismo cultural. El debate es inherentemente falso y sus conceptos polares también van en detrimento de una concepción emancipadora de los derechos humanos... Contra el universalismo, debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo, debemos desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. No se debe defender ni el universalismo ni el relativismo, sino más bien el cosmopolitismo, es decir, la globalización de las preocupaciones morales y políticas y las luchas contra la opresión y el sufrimiento humanos... Teniendo en cuenta la incompletud de cada cultura, se requiere una concepción mestiza, intercultural, de los derechos humanos, lo que implica que todas las culturas son consideradas problemáticas frente a los derechos humanos..."* (Santos, 1998, págs. 198 - 199).

La nueva arquitectura de derechos humanos estaría marcada por los derechos a las raíces y a las opciones. Lo que significaría que todos los derechos serían potencialmente tanto individuales como colectivos, y serían los mecanismos democráticos los que les permitirían a los individuos decidir cuando quieren ejercerlos como derechos colectivos (derechos a las raíces) o como individuales (derechos a las opciones), no en una reducida perspectiva estatal sino dentro de los parámetros globalizados del *Ius Humanitatis* (Santos, 1998, págs. 229 - 267).

También en un plano de descolonialidad y autonomía podría ubicarse el aporte del profesor español Bartolomé Clavero, quien a través de sus textos sobre el constitucionalismo en América ha mostrado ese desfase entre las exigencias de humanidad de los pueblos indígenas y la caricatura ladina que adoptan las constituciones.

Esta dicotomía queda bien explicitada en un primer análisis en que se propone revisar y comparar los textos constituyentes de Estados Unidos, Canadá, México, Guatemala, Ecuador y España, como ejemplos ilustrativos, aun cuando no únicos (Clavero, Ama Llunku, Apya Yala. Constituyencia Indígena y Código Ladino por América, 2000).

Dice así, nuestro autor:

*“El constitucionalismo necesario no es algo que esté ofreciendo Europa. ¿Qué puede ésta brindar, aparte por supuesto de reconocimiento de responsabilidad y oferta de reparación no con estados americanos, sino para con pueblos indígenas? Tiene poco, si algo, que aportar y mucho, pues bastante, que aprender de esta parte y no de otra, no del federalismo ladino sin sensibilidad ni cabida para otros pueblos ni otras culturas (Clavero hace aquí referencia al constitucionalismo norteamericano, ciego al reconocimiento de sus pueblos originarios)... Opera todavía un supuesto antropológico de cultura más que un planteamiento constitucional de derechos. Quiero decir que el mismo sustrato de mentalidad colonial puede seguir presidiendo... Dicho de otra forma, cuando se trata de humanidad indígena, por encima de los derechos humanos opera todavía un poder antropológico que también puede decirse colonial...”* (Clavero, Ama Llunku, Apya Yala. *Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, 2000, págs. 426 - 429).

De aquí la idea de buscar la autonomía, de escapar de los textos engañosos, elocuentes pero poco inteligentes, que abundan en el constitucionalismo americano. De ahí el apelativo que les da de constituyencias. Porque, en últimas, no constituyen sino insultan.

En una obra más reciente, en donde Clavero revisa con mayor detalle los casos de Perú, Ecuador, Bolivia y México (2008), nuevamente mantiene la idea de que, a pesar de algunos cambios constitucionales de fachada, el pensamiento colonial europeo sigue alentándolos, así como a los derechos humanos en general:

*“He dicho derecho constitucional y derecho indígena. Me ocupo de ambos entre ayer y hoy sin solución de continuidad porque no la hay. Es usual que incluso quien valore como activo importante deudas pendientes se obnuble con créditos solo actuales. Quien se compromete con derechos indígenas suele concentrarse en los mismos hasta el punto de desentenderse del tracto consolidado del propio sistema jurídico. Cuando una Constitución de estado, con todo su carácter fundamental, viene no solo a registrar la presencia indígena, sino también a concretar derechos indígenas, suele acudir a la consideración y al requerimiento de aplicación y desarrollo como si la misma estructura constitucional que ha venido ignorando tal presencia y despreciando tales derechos resultase indiferente y pudiera mantenerse al margen o incluso ponerse ahora al servicio de los nuevos reconocimientos... Hay en América Latina una larga historia en materia indígena – tan larga como prácticamente de todo un siglo – con ilusiones y frustraciones provocadas, en lo que aquí interesa, por gestos de constituciones que no guardan la costumbre de cuestionarse a sí mismas al adoptar novedades de fondo. Cuidan ante todo su línea de flotación, y resulta que discapacitan a quienes amparan; neutralizan lo que reconocen; reducen cuando integran...”*

(Clavero, 2008, págs. 11 - 12). *De aquí, su propuesta de tomarse en serio el constitucionalismo y avanzar realmente en un campo autonómico y no colonial -que, algunas veces, parece lindar con la construcción de otros estados-.*

Recapitulando parte de los anteriores planteamientos esbozados, podríamos entonces ubicar la interculturalidad como un proceso por construir, que nace del sur como lugar geográfico y epistémico, que se nutre de las luchas poscolonialistas, entendidas a la vez como comprensión y superación de las lógicas de dominación colonial (del ser, del poder, del conocer y de la naturaleza), y que requeriría no solo el respeto a las diferentes culturas y sus formas de comprensión y dignidad, sino la reconstrucción de derechos en una clave dialógica y horizontal.

### **A manera de cierre**

Como habíamos anunciado, este capítulo trató de focalizarse en dos construcciones conceptuales a las que hemos denominado genéricamente como multiculturalismo liberal e interculturalidad.

Cabe anotar, como se observó en el desarrollo de los planteamientos centrales, que no necesariamente existe reciprocidad en la manera como cada una de estas corrientes observa o analiza a la otra. Mientras el multiculturalismo no se presenta como opuesto a la interculturalidad, e incluso propone coincidencias sustanciales de enfoque, siempre y cuando se compartan algunos criterios o principios básicos, la interculturalidad sí se erige en contraposición crítica al multiculturalismo, y hasta denuncia el uso funcional o instrumental que pueda hacerse de su misma denominación o *marca*.

Al mismo tiempo, el recorrido secuencial por las otras corrientes de pensamiento acotadas sintéticamente, que van desde enfoques que se quieren más liberales hasta la democracia radical, pasando por miradas de corte neoconstitucional o del campo internacional de los derechos humanos, nos evidencia cómo las alternativas teóricas no se articulan a partir de una dicotomía al estilo de extremo/extremo, sino que por el contrario la gama de grises y matices permea todo este entorno de pensamiento.

Con ello no buscamos alentar un eclecticismo flexible, o apelar a lo difuso de las fronteras para postular, por ejemplo, que tras las posiciones analíticas lo único que late son formas ideologizadas de concebir el poder, al servicio del cual operan los derechos. Únicamente resaltamos la dificultad actual de manejar las dicotomías entre elaboraciones o marcos teóricos que se construyen y se piensan diferencialmente.

Para soliviantar estas dificultades, y aun reconociendo la simpleza de este aserto, para la evaluación posterior que haremos de la dogmática que en nuestro medio particular ha



acompañado el desarrollo de los derechos étnico/culturales o especiales en función de grupo, acudiremos a un criterio diferenciador general, que podría esbozarse de la siguiente manera: mientras el multiculturalismo de todas maneras se ve a sí mismo como una especie de teoría de corrección netamente liberal, que intenta probar que los derechos aludidos son consistentes con una visión sustantiva o procedimental del mismo, la interculturalidad no se ve como una continuidad o parcialidad del pensamiento liberal, y por ende concibe los derechos étnico/culturales como la concreción o emergencia de nuevas lógicas que integran horizontalmente las diferencias culturales y superan la visión individual, egocéntrica y colonial de estos derechos en su expresión liberal.

# SELECCIONES DOGMÁTICAS EN MATERIA ÉTNICA

## Enfoque y acercamiento metodológico

Nuestro objetivo en este Tercer Capítulo es visibilizar una muestra de la que ha sido la dogmática producida por la Corte Constitucional en materia de derechos étnicos. No pretendemos con ello entrar en un amplio debate sobre lo que significa dogmática en relación con una ciencia o disciplina como la jurídica, y menos precisar el rol que cumplen los altos tribunales en relación con una tarea como la de la creación dogmática. De forma un tanto más acotada, asumimos como dogmática la explicación de corte más teórico o conceptual mediante la cual los tribunales explican o dan fundamento a la motivación de las decisiones que adoptan. O, si se quiere, es una especie de justificación ampliada a la *ratio decidendi* que adopta el juez en la decisión del caso. Por ello, la discusión sobre si es o no de obligatorio cumplimiento hacia casos futuros no está cimentada en el principio de la igualdad, sino que se orienta más bien a la argumentación, a generar la convicción de que la decisión adoptada ha sido la más justa de acuerdo con el ordenamiento.

Siguiendo a Robert Alexy, tendríamos entonces una explicación del siguiente orden:

*“Si se sigue el uso de las palabras dominantes entre los juristas, por “dogmática jurídica” o “dogmática del derecho” hay que entender la ciencia del Derecho en sentido más estricto y propio, tal como es elaborada realmente por ellos. Esta ciencia del Derecho, en su sentido más estricto y propio, es una mezcla de, al menos, tres actividades: 1) la descripción del derecho vigente, 2) su análisis sistemático y conceptual y 3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos... El uso por la Jurisprudencia de conceptos de formas y de procedimientos aparentemente lógicos para fundamentar decisiones y normas que no pueden extraerse inmediatamente de la ley significa por ello encubrir las premisas normativas que son necesarias para una fundamentación que sea verdaderamente concluyente desde el punto de vista lógico... Si se utilizara el concepto amplio que incluye actividades consistentes tanto en*

*describir normas como en analizar y proponer normas, entonces todo argumento que tenga lugar en el discurso jurídico sería dogmático. Por otro lado, sería demasiado limitado concebir como dogmático solo los resultados del análisis lógico de las normas jurídicas. En este caso, los argumentos dogmáticos podrían contribuir poco a la fundamentación de enunciados normativos... Para encontrar dónde haya que situar, entre estos extremos, un concepto de dogmática jurídica adecuado para la definición del concepto de argumentos dogmáticos, es conveniente preguntarse qué condiciones tiene que cumplir tal concepto. Se pueden especificar cinco condiciones. 1) Como los argumentos deben estar apoyados en la dogmática jurídica, es conveniente entender aquí por “dogmática jurídica” no un conjunto de actividades, sino de enunciados. 2) Estos enunciados están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia, pero no se identifican con la descripción de las normas establecidas o con los principios o rationes decidendi de las decisiones judiciales... 3) Los enunciados de una dogmática forman un todo coherente... 4) Los enunciados de una dogmática se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una Ciencia del derecho que funciona institucionalmente... 5) Las dogmáticas del derecho tienen contenido normativo. Sus enunciados pueden aducirse como argumentos para la decisión de cuestiones que no podrían resolverse únicamente con argumentos empíricos...” (Alexy, 1997, págs. 240 - 246).*

Entre los tipos de enunciados a los que alude Alexy encontraríamos las definiciones de los conceptos jurídicos, las definiciones de otros conceptos (no jurídicos) que aparecen en normas jurídicas, las caracterizaciones de estados de cosas a cuya eliminación, conservación o transformación apuntan las normas jurídicas, así como las prioridades entre éstas, y las formulaciones de principios jurídicos.

Como se ve, esta forma de ubicar la dogmática jurídica alude, ante todo, a las tareas de los jueces en la creación de jurisprudencia en el marco de la teoría de la argumentación, no tanto a la construcción colectiva de teoría jurídica. Y es en parte por ello que la he acogido. Pero, de la misma manera, no hay que olvidar esa conexión más amplia de orden conceptual, para lo cual quisiera complementar esta perspectiva de origen con las tareas que a su vez un autor como Christian Courtis (2009) sintetiza para la dogmática jurídica.

Este autor, tras señalar cómo bajo el rótulo de dogmática se habla de cosas muy diferentes, no necesariamente reconducibles a un único modelo conceptual, señala como característica su orientación fundamentalmente práctica:

*“La dogmática se propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo, mejorarlo...” (Courtis, 2009, pág. 18). Esta orientación doble, describir o conocer su objeto, pero al mismo tiempo orientar o prescribir soluciones para superar problemas de interpretación o aplica-*

*ción derivadas de él. Lo que hace que las diferentes interpretaciones no se hagan en el aire, sino generalmente en un plano discursivo, en el que otros están proponiendo soluciones o reconstrucciones distintas o alternativas. Lo que lleva a la dogmática, complementariamente, al plano de los valores, no tanto los filosóficos (aun cuando no se descartan) sino más los normativos, es decir los consagrados por el sistema jurídico: “El jurista dogmático sugiere soluciones a partir de la generación de modelos teóricos compatibles con una interpretación posible de los valores del sistema. Así, las confrontaciones dogmáticas más ricas son aquellas conscientes de que, detrás de una discusión sobre soluciones alternativas para un caso problemático, existe una discusión axiológico-política entre modos distintos de entender cuáles son esos valores -y en las que, por ende, se argumenta en ese plano-...” (Courtis, 2009, pág. 28).*

De aquí salen las distintas tareas que este autor atribuye a la dogmática, a saber:

*“A) Una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir un conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático... b) Una tarea cuya orientación pretende ser descriptiva, en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo, pero también tiene un componente prescriptivo o normativo, ya que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación por sobre otras... c) Una tarea cuya orientación pretende ser crítico-prescriptiva y no descriptiva... El sentido de esta función es abandono de la regla vigente y su reemplazo por una nueva, o el agregado de una nueva regla... d) hasta aquí he focalizado la caracterización de la dogmática en su trato con normas jurídicas. Sin embargo, la actividad dogmática no se limita al “trato directo” con normas jurídicas: parte de su labor consiste también en la sistematización, el comentario y la crítica de sentencias judiciales...” (Courtis, 2009, págs. 29 - 37).*

Ahora bien, en un plano metodológico el desentrañar la dogmática de la Corte Constitucional en sus sentencias implica una tarea distinta a la de explicitar sus precedentes a través de la descripción de las *ratio decidendi* y las líneas jurisprudenciales pertinentes<sup>59</sup>. Apunta, más bien, a fundamentar las mismas, desarrollando las tareas ya descritas como comunes a la dogmática.

En ese orden de ideas, nuestra opción metodológica para operar en el capítulo se explicita de la siguiente manera: ubicaremos una serie de debates o campos interpretativos que nos parecen relevantes, bien desde la perspectiva de la población concernida, bien desde la perspectiva de los derechos en discusión. En cada uno de ellos, trataremos de

59 Una sustentación teórica y práctica de estas dos herramientas jurisprudenciales puede encontrarse en López Medina (2000), especialmente capítulos 5 y 6, y en Bernal Pulido, especialmente capítulos 5 y 6.

ubicar sentencias recientes desde las cuales se pueda, por su nivel de citaciones internas, rescatar aquellos pronunciamientos reiterativos de la Corte, y más orientados a las tareas dogmáticas (no tanto a invocar precedentes aplicables al caso, por analogía y principio de igualdad). Y es sobre estos últimos que trataremos de sustentar la posición (o las posiciones) de la Corte Constitucional, que posteriormente evaluaremos como multiculturales o interculturales (teniendo en cuenta los criterios esbozados en el capítulo anterior).

Esta forma de operar supone, y así lo trataremos de sustentar, que no todo argumento de la Corte en cualquier sentencia se convierte inmediatamente en dogmático, sino que para que ello ocurra se requiere un cierto nivel de reiteración, de insistencia, de depuración a través de diferentes pronunciamientos. Esta, por supuesto, no es una regla matemática. Pero sí apunta a lograr cierta sistematicidad y coherencia entre un cúmulo de sentencias que es bastante extenso y en donde se argumenta de manera dispar, difusa y no pocas veces copiosa.

El plan del capítulo, entonces, se orienta de la siguiente manera. Iniciaremos con una rápida y muy sintética descripción de lo que ha sido denominado como la Constitución Multicultural, que nos sirva de marco de referencia general frente a los desarrollos dogmáticos específicos. Posteriormente, abordaremos sentencias relacionadas con poblaciones indígenas, en la doble acepción que propone el multiculturalismo: en el campo de las restricciones internas, para lo cual nos concentraremos en los casos de debido proceso en lo que podríamos denominar derecho penal y conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, y en el campo de las protecciones externas, en donde nos concentraremos en las sentencias relativas a la consulta previa. En un momento posterior, intentaremos una reconstrucción de sentencias que tratan directamente o aluden a las poblaciones afrocolombianas, genéricamente orientadas a profundizar o bien mecanismos de derecho internacional de protección (como el caso de la consulta previa) o bien consideraciones delineadas en la Ley 70 de 1993 (considerada como la Ley de negritudes). Finalmente, rescataremos algunos pronunciamientos de la dispersa jurisprudencia relativa a los raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en una perspectiva comparativa frente a las expectativas de los mismos raizales, contenidas en instrumentos como el Estatuto Raizal.

En la medida en que en mi tesis de maestría desarrollé un trabajo investigativo sobre líneas jurisprudenciales y *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional relativas a poblaciones indígenas (Borrero García, 2004), eventualmente me apoyaré en la sistematización allí consignada para resaltar matices o contenidos interpretativos de dichos pronunciamientos jurisprudenciales.

## La Constitución multicultural

Con este nombre, de Constitución Multicultural, diversos autores y activistas políticos aluden a un aspecto central en nuestra historia constitucional reciente: la de 1991 es la primera Carta que reconoce explícitamente la diversidad cultural en Colombia. Atrás parecerían quedar los intentos por fundar una democracia unitaria y mestiza. En adelante, parecería, la confluencia diferenciada de blancos, negros e indígenas, así como de los matices regionales, etarios o de género, constituyen un valor tanto en su particularidad como en su aporte a la construcción de una nación pluriétnica y pluricultural.

Este reconocimiento, sin embargo, no ha estado exento de dificultades y desacompañamientos. Como todo proceso social, podría pensarse, éste en particular ha evidenciado que ni los actores institucionales responden con igual entusiasmo o pertinencia a su desarrollo, ni las comunidades que lo impulsan han recibido igual tratamiento, ni están tan definidos los ámbitos sobre los que se aplica el reconocimiento a la diversidad. A un poco más de 20 años de la promulgación de la Constitución, es importante iniciar estas reflexiones jurisprudenciales resaltando algunos rasgos a considerar a la hora de hacer un balance crítico sobre lo que ha sido dicho proceso.

Como todo balance, el espejo retrovisor que uno utilice condiciona en alguna medida los objetos que se quieren mirar. Se podría, por ejemplo, hacer el ajuste de cuentas para sopesar logros y tendencias entre la Constitución de 1886 y la de 1991, con lo cual seguramente el panorama de esta última sería mucho más favorable que desfavorable al desarrollo de la diversidad. O se podría pensar en comparar las promesas y avances constitucionales frente a las realidades, con lo cual tendríamos un panorama paradójico: a pesar de la aparente protección legal o jurisdiccional, la situación de estas comunidades empeora: De acuerdo con el informe Codhes para el año de 2009 se presentaron 77 desplazamientos masivos (afectando a 19.181 personas en 12 departamentos), de los cuales el 83% afecta a grupos étnicos. Hubo 28 desplazamientos de comunidades negras (12.934 personas en 5 departamentos) y 33 desplazamientos de comunidades indígenas (2.991 personas de 9 pueblos) y al menos 3.210 de manera individual o multifamiliar<sup>60</sup>.

A su vez, el “Plan Integral de Apoyo a Comunidades Indígenas en Alto Grado de Vulnerabilidad y Riesgo de Desaparición” (2006), implementado en coordinación con Acción Social y el Programa Presidencial de DIH y Derechos Humanos, señala que hay 146 comunidades en riesgo alto por deficientes condiciones de seguridad alimentaria.

---

60 Ver los Boletines en la página web de Codhes, [http://www.codhes.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=35&Itemid=50](http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=35&Itemid=50). Se alude al informe del año 2009 por cuanto el del 2010 tiene más un énfasis en desplazamientos y zonas de consolidación cívico-militar.

Sin embargo, el balance que aquí se propone no apunta a ninguno de los dos escenarios anteriores. Lo que se busca es ponderar el desarrollo constitucional colombiano de cara a lo que se discute en este documento: el desarrollo de perspectivas multiculturales e interculturales, de muchas formas relacionadas con normativas internacionales o procesos ya reseñados sintéticamente como los de la plurinacionalidad o interculturalidad que alientan estados como Ecuador y Bolivia.

La tesis que se busca sostener en ese sentido sería más o menos la siguiente: A pesar de que en el país se respira cierto orgullo patrio por la inclusión de la diversidad como derecho, y que la jurisprudencia constitucional en la materia ha sido objeto de estudio y admiración en contextos internacionales, no es cierto ni que nuestro diseño sea particularmente estructurado, lo que afecta directamente la labor interpretativa de la Corte Constitucional, ni que esta última haya sido tan consistente en el desarrollo de su propia dogmática.

### ***El pecado de origen***

Una primera consideración a tener en cuenta es que la estructura normativa de la Constitución no es tan pareja como quisieran las poblaciones o culturas involucradas en demandas de derechos por la vía de la diversidad. Y ello refleja no solamente las valoraciones y énfasis que quisieron transmitir los Asambleístas, sino quizás más de fondo el desconocimiento que tenían todos sobre el derrotero que debía seguir el país a partir del reconocimiento que ellos mismos estaban promoviendo. O, en otras palabras, hay muchos indicios que podrían mostrar que si bien los constituyentes estaban emocionados con la idea de alentar un país multicultural y diverso, no consideraron que ello generaría fuertes tensiones con otros principios y derechos que impulsaban con similar entusiasmo, ni previeron mecanismos específicos para resolver o tramitar los mismos, más allá de darle un valor superior a la Constitución en cuanto tal.

Y es que no es fácil reconstruir una historia en la que todos quieren hoy en día estar en la foto y mostrar entusiasmo, así durante la época mostrasen reticencias, escepticismo o rechazo. Por ejemplo, si miramos hacia el mundo indígena organizado, cabe recordar que inicialmente éste guardó prudente distancia frente a la recortada propuesta constituyente<sup>61</sup>, en la que no tenían cabida ni ellos ni sus temas, y estaba mucho más interesado en llevar a legislación el Convenio 169 de la OIT, como en efecto se produjo gracias a la Ley 21 de 1991. Por los lados de los partidos políticos, que hoy posan como cogestores de la idea, valdría la pena retomar la urticaria que les produjo la idea de concebir dos tipos de representaciones, una proveniente del país político y otra del país nacional, cuna

---

61 En ese sentido deliberó, por ejemplo, el Tercer Congreso de la ONIC celebrado en junio de 1990.

precisamente de las diversidades poblacionales y regionales<sup>62</sup>. El triunfo de la primera de las visiones ayuda a explicar otros fenómenos colaterales, como la nula representación del movimiento afrocolombiano o raizal en la Constituyente.

Como sea, el articulado finalmente triunfante evidencia la idea de que la protección cultural, en lo que se refiere a diversidad, tenía un énfasis indigenista. Coincide así también el sentimiento expresado vívidamente por los asambleístas, que irrumpieron en aplausos la última noche de deliberaciones, cuando se aprobó en bloque el paquete de protecciones a dichas comunidades, al cual aluden especialmente los artículos 246, 329 y 330 de la Carta. Si se quiere, no es muy arriesgado pensar que para los constituyentes, en ese momento, dichos artículos eran los que le daban cuerpo real a los principios rectores contemplados en artículos como el 7 o el 8. Los que, a su vez, recogían puntos importantes que habían llevado los Constituyentes Lorenzo Muelas (Movimiento de Autoridades Indígenas, 20.083 votos) y Francisco Rojas Birry (Movimiento Alianza Social Indígena, 25.880 votos), aun cuando muchas otras de sus propuestas simplemente quedaron en el tintero, como no se cansó de reclamar el mismo Muelas en dicha sesión final.

En ese espíritu, no parece gratuito que la única alusión real a los raizales del archipiélago de San Andrés, Santa Catalina y Providencia haya sido en el artículo 310, en un párrafo que más que establecer sus derechos obliga es a que una eventual norma que se haga para su protección, y que pueda establecer medidas que dicha población reclamaba como las de control de población o condiciones especiales para la enajenación de bienes inmuebles, deba contar con la mayoría calificada de los miembros de cada Cámara (no de los asistentes a las respectivas sesiones, una vez establecido el quórum).

O que la alusión a las comunidades afrocolombianas no haya sido genérica, sino exclusivamente destinada a solucionar la situación de las comunidades tradicionales ribereñas asentadas en la Cuenca del Pacífico, para lo cual se previó un procedimiento transitorio, expresamente reglado en el artículo 55 transitorio, que a la postre se traduciría en la Ley 70 de 1993<sup>63</sup>.

---

62 Ver, por ejemplo, AAVV, *Una Constituyente para la Colombia del Futuro*, Fescol, Programa Democracia departamento de Ciencia Política Universidad de los Andes, 2 edición, noviembre de 1990, Buenahora Febres-Cordero Jaime, *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Valencia Villa, Hernando, "Por una asamblea constituyente democrática" en *Análisis Político* No. 9, enero a abril de 1990, Revista del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia.

63 A lo que aportó decisivamente las movilizaciones que se hicieron en diversas regiones por parte de las organizaciones afrocolombianas, especialmente del Pacífico, que terminaron con la toma de la alcaldía de Quibdó. Un resumen de este proceso se encuentra en Pulido Londoño.



A su vez, la nominación más directa al patrimonio cultural se pone en cabeza unitaria del estado, en tanto bienes que configuran una idea de identidad nacional, y simplemente establece la posibilidad de una reglamentación especial para los derechos que puedan tener los grupos étnicos (aquí si considerados genéricamente) asentados en zonas de riqueza arqueológica (lo que denota una cierta idea patrimonialista de la cultura, de paso).

Por supuesto, ese no es el ánimo con el que hoy se ausculta la Constitución. Y ello permite, con lupa en mano, detectar más de cuarenta artículos que de manera indirecta o tímida hacen alusión a los temas de diversidad étnica o cultural, en los cuales se sustentan las diversas políticas multiculturales o interculturales, como veremos más adelante. Pero reitero que ese no fue el inicial espíritu de nuestra Carta, y es bueno ratificarlo, pues solo de esa manera se explican parte de las asimetrías que la Corte Constitucional ha tenido que ir asumiendo en lo que a protección de poblaciones étnicas se refiere.

### ***Las deficiencias legislativas***

El diseño institucional inicial contemplaba, de cualquier forma, una serie de desarrollos legislativos posteriores. Por ejemplo, en algunos casos se consagró específicamente esta expectativa, como en el de una ley que definiera lo correspondiente a la jurisdicción especial indígena y su armonización con el sistema judicial nacional (artículo 246 CN), o una que estableciera lo atinente a las entidades territoriales indígenas (artículos 329 y 330 CN).

En otros, la forma de concebir el derecho implicaba, de alguna manera, una reglamentación posterior. Como en el del derecho de las comunidades étnicas a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural (artículo 68 CN), o el de la salud, que requería ser descentralizada y contar con la participación de las comunidades (artículo 49 CN), así como en la protección al medio ambiente (artículos 79 y 330 CN).

Adicionalmente, en tres eventos se contemplaba un proceso de transición constitucional específico: en el de comunidades afrocolombianas del Chocó ya mencionado (artículo 55 Transitorio CN), en el de la densidad poblacional del archipiélago de San Andrés (artículo 42 Transitorio CN) y en de las entidades territoriales indígenas (artículo 56 Transitorio CN).

Todo ello, antes de que entrara en vigencia la teoría de aplicación del Bloque de Constitucionalidad, en especial en lo atinente al desarrollo del Convenio 169 de la OIT, adoptado mediante Ley 21 de 1991, y que se refiere a pueblos indígenas y tribales (donde, como veremos, quedan incluidas algunas de las comunidades afrocolombianas según consideración de la Corte Constitucional), que establecería la necesidad de ampliar el marco legislativo a otros temas como los de consulta previa, participación, territorio y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otros.

Pues bien, de este amplio conjunto previsto los únicos desarrollos reales han sido los correspondientes a la densidad poblacional del archipiélago de San Andrés y Providencia (decreto 2761 de 1991), y el que reglamenta lo concerniente a las comunidades negras (Ley 70 de 1992). En el primero, la alusión y protección efectiva a la población raizal es más bien retórica y residual, pues el grueso del articulado está dirigido a tratar de salvaguardar la integridad ecológica del archipiélago, amenazada por la inmigración de continentales y el manejo ambiental inadecuado. En el segundo, dado el enfoque particular del artículo 55 Transitorio de la Constitución, el articulado dista mucho de proteger la diversidad del conjunto de la población afrocolombiana, y se queda a medio camino entre un tibio reconocimiento a su existencia y una propuesta administrativa y de titulación colectiva para las comunidades rurales del Chocó biogeográfico y zonas que compartan dichas características<sup>64</sup>.

En algunos casos, como el de las entidades territoriales indígenas y la armonización de jurisdicciones especial y ordinaria, el Ejecutivo ha anunciado en diversas oportunidades su intención de avanzar o presentar propuestas, generalmente en el marco de otras iniciativas, como la de reforma a la justicia o reordenamiento territorial. Ello no obstante, de los anuncios no se ha pasado a acciones concretas que siquiera permitan valorar el sentido u orientación de las propuestas legislativas. Además, el artículo transitorio 56 en realidad fue utilizado para un fin diferente al estipulado, una vez que el Ejecutivo se dio cuenta de la necesidad de contemplar a las autoridades indígenas (o sus formas de gobierno) como entidades públicas de orden especial, para lo cual dictó el Decreto 1088 de 1993. Tema importante y que posibilitó efectivamente la transición hacia la autonomía en gobierno y recursos que hoy reconocemos, pero que en estricto sentido no se corresponde con el tema de la organización territorial indígena.

En otros, como el de las comunidades raizales de San Andrés y Providencia o una eventual reglamentación o ampliación de la Ley 70, son las comunidades involucradas quienes han hecho llegar demandas o bien de orden político general o ya con textos para su discusión (como en el caso del Estatuto Raizal<sup>65</sup>) que no han superado siquiera los trámites iniciales en el Congreso.

---

64 Al respecto, cfr. la definición de comunidad negra que adopta la ley en su primer artículo: “*Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos*”.

65 En distintas épocas la comunidad raizal del archipiélago ha propuesto diversas formulaciones de dicho Estatuto. Algunas de ellas se acercan bastante a una propuesta autonómica, mientras que otras desarrollan más derechos al territorio, ciertas modalidades de autonomía política y fiscal y protección a la diversidad cultural en materias como lengua y educación. Cfr. por ejemplo AMEN-SD (Archipelago Movement for Ethnic/Native Self-Determination), Estatuto Raizal, 2003 – 2007 (página web en reconstrucción).

Existen casos en donde la concertación de un marco normativo avanza, aun cuando muy lentamente, como en lo relativo a lo que podría ser el sistema de educación integral indígena. Y también existen disposiciones un tanto dispersas que regulan aspectos específicos relativos a comunidades étnicas, en especial indígenas: la Ley 691 de 2001 dispone la creación de un Sistema Especial de Atención en Salud para los pueblos indígenas, en la Ley 115 de 1994 y su decreto reglamentario 804 de 1995 se disponen aspectos relacionados con etnoeducación, en la Ley 65 de 1994, sobre diversidad biológica, se incorpora lo relativo a conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas. Pero aun cuando estos casos, y otros más puntuales, han permitido resolver problemas específicos que afectaban a estas comunidades en situaciones especiales, no puede hablarse efectivamente de un cuerpo homogéneo y sistemático en dichas áreas, y menos de la resultante de procesos de concertación y consulta.

Así las cosas, es evidente que el diseño constitucional multicultural sufre un primer tropiezo en lo atinente a su desarrollo legislativo. Y que, de depender exclusivamente de él, difícilmente estaríamos hablando del tema, más allá de cómo mera expectativa.

### ***La Corte legisla***

Es indudable, por lo tanto, que en este terreno quien ha oficiado como implementador del marco constitucional ha sido la Corte Constitucional. Ello la ha situado en un rol ambiguo, a veces en estricta correspondencia con las funciones que se esperan de un tribunal jurisdiccional de cierre pero, muchas veces, pisando con mayor o menor temeridad el terreno de conformación legislativa, en suplencia o corrección de lo que debería realizar dicho ente.

En ello fue trascendental la decisión de la propia Corte de asumir plenamente los casos de comunidades indígenas que llegaron a los despachos de sus magistrados, en especial los que se referían al derecho propio de dichas comunidades (sentencias T-428 de 1992 y, especialmente, T-254 de 1994).

En su momento, ello implicaba asumir dos problemas concomitantes: definir el carácter de las comunidades indígenas (al comienzo, incluso, algunos magistrados las compararon a asociaciones civiles, aun cuando después su dogmática les fue otorgando una particularidad hoy indiscutible) y su ámbito de competencias en materia de control social (lo que podríamos denominar derecho penal) en ausencia de una ley que desarrollara lo correspondiente a la jurisdicción especial indígena.

Una vez abierta esta compuerta, los mismos integrantes de las comunidades indígenas se convirtieron en el motor de la actividad de la Corte, especialmente a través de tutelas en las que consideraban o bien que sus mismos pueblos originarios les inculcaban derechos

fundamentales, o bien que terceros afectaban los que consideraban sus derechos colectivos constitucionales.

Como veremos con mayor detalle más adelante, esto le permitió al Tribunal Constitucional no solo fortalecer su jurisprudencia sobre las competencias del derecho propio indígena y sus relaciones con la justicia ordinaria, especialmente en materias relacionadas con la especificidad del debido proceso en este campo y la definición de quien debe oficiar como juez natural, sino asentar una doctrina en expansión sobre derechos fundamentales colectivos que pueden ejercer las comunidades tribales (indígenas y eventualmente afrodescendientes rurales) en materias como sobrevivencia, autogobierno, protección de la diversidad cultural, territorio, participación y consulta previa.

Ello no obstante, esta vía también ha mostrado en 20 años sus limitantes estructurales. En especial, que la Corte solo puede asentar su doctrina en reacción a la acción ciudadana, bien sea por la vía de las tutelas o las acciones públicas de inconstitucionalidad. En el caso de las primeras, es evidente que quienes se han mostrado más activos son los integrantes individualmente considerados de las comunidades indígenas, especialmente aquellos que transitan “entre dos mundos” (es decir, conocen bien su propia comunidad, pero también el medio occidental, y tratan de sacar el mejor partido de ambos) y se oponen a medidas específicas que derivarían de actos que podrían ser catalogados como delictivos o disociativos por sus propios pueblos. En el caso de las segundas, por contraposición, quienes más han demostrado proactividad son las comunidades, entendidas como pueblos o colectivos, no pocas veces apoyadas por ONG o por organismos estatales (como la Defensoría del Pueblo o en menor número la Procuraduría), inicialmente para establecer el alcance de normas que tenían que ver con su condición ahora reconocida constitucionalmente, y cada vez más para condicionar el desarrollo legislativo o reglamentario a la consulta previa afirmativa.

### **Pueblos indígenas y restricciones internas: dogmáticas encontradas**

Retomando la línea argumentativa anunciada previamente, iniciamos el estudio jurisprudencial con sentencias relacionadas con restricciones internas. Es decir, aquellas en las que está en discusión si son constitucionalmente ajustadas determinadas limitaciones a derechos fundamentales de los indígenas, individualmente considerados, por parte de sus propias comunidades, generalmente bajo la invocación de otros derechos fundamentales de índole colectiva, como los de diversidad cultural o sobrevivencia étnica.

En una de las más recientes sentencias de la Corte Constitucional en materia indígena, la T-001 de 2012, encontramos un material propicio para el ejercicio que hemos anunciado. En ella se revisa la situación de una menor indígena y su madre (quien se reconoce también como indígena, aun cuando igualmente mestiza, pero para estos efectos

no reconoce la autoridad de su comunidad), quienes invocan violaciones a los derechos fundamentales a la familia, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a la justicia por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Guainía, y de un capitán de la Comunidad de Yuri.

La menor nació y pasó los primeros meses de su vida en Puerto Inírida, pero a partir de los seis meses fue llevada a la Comunidad Yuri. Estando allí, la autoridad de dicho pueblo, en conjunto con la Defensora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Guainía, decidieron que la menor estaría bajo la custodia de sus abuelos paternos, quienes son miembros de la comunidad pero viven cerca de Puerto Inírida, y acordaron que la madre podría visitarla siete días al mes.

La Corte decide tutelar los derechos de la menor, pero no por lo invocado por su madre, sino por cuanto el acta de conciliación mixta para determinar la custodia no se realizó de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2785 de 2009 del ICBF. Ello no obstante, durante los considerandos de la sentencia se hace una revisión más o menos exhaustiva de las posiciones de la Corte en materia de diversidad étnica, debido proceso, fuero indígena e interés prevalente del menor (que no será tratado en esta síntesis, por apelar a una situación más particular y que nos llevaría a otras consideraciones conexas), que son las que quisiéramos retomar como invocación de la dogmática aplicable a casos como éstos, dado que son las que el Alto Tribunal invoca<sup>66</sup>.

De esta forma, iniciaremos el análisis mediante la recopilación de sentencias citadas en materia de diversidad étnica y debido proceso, en donde básicamente se invocan las sentencias T- 380 de 1993, T-728 de 2002 y C -742 de 2006 (en lo concerniente a diversidad) y la T-254 de 1994, la C-139 de 1996, la T-349 de 1996, la SU-510 de 1998, la T-1127 de 2001 y la T-549 de 2007 (en materia de debido proceso).

Posteriormente, revisaremos las sentencias citadas en materia de fuero indígena, que corresponden a la T-496 de 1996, la T-728 de 2000, la T-1238 de 2004, la T-945 de 2007 y la T-617 de 2010.

Todo lo anterior sin desconocer la base constitucional (incluido el bloque de constitucionalidad, en el cual la Corte ha incluido no solo el Convenio 169 de la OIT sino la Declaración de Naciones Unidas, que en principio no sería obligante) que sustenta las interpretaciones. Lo importante a este respecto es que, no obstante su inclusión, la Corte

---

66 La Corte lo anuncia así: "La Sala reiterará la jurisprudencia sobre el tema al derecho constitucional a la diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas, las limitaciones a esta jurisdicción y los criterios utilizados para determinar el fuero indígena...".

mantendrá constantemente la afirmación de que dichos artículos no son suficientes, *per se*, para determinar un curso de acción particular:

*“En conclusión, los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas están consagrados en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas y en parte de la legislación nacional. Estos derechos implican derechos territoriales, jurisdicción propia, reconocimiento y protección de sus tradiciones, lengua, cultura e implica el otorgamiento de un espacio legal particular con capacidad para autogobernarse, manejar recursos propios, emitir normas y sancionar. Sin embargo, la normatividad sobre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no presupone una escisión definitiva de las comunidades indígenas reconocidas en su especificidad con el contexto nacional, 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 debido a que las comunidades indígenas no constituyen una entidad pública por fuera de la organización del estado...”<sup>67</sup>.*

Insistimos es la idea de que este conjunto de sentencias no constituyen líneas jurisprudenciales en torno a dichas materias, y por ende no pretenden contener todos los precedentes eventualmente aplicables a casos particulares, pero sí se erigen como el conjunto de pronunciamientos desde los cuales la Corte invoca *la teoría*, o la comprensión dogmática, desde la cual está resolviendo casos.

### **La diversidad étnica y cultural**

La sentencia T-380 de 1993 no es la primera que se refiere a la cuestión indígena. De hecho, algunas veces se cita como hito fundador en esta materia la sentencia T-428 de 1992, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Ciro Angarita. El caso involucró a la comunidad embera katío de Cristianía, afectada por la ampliación de la Troncal del Café por la rectificación y pavimentación del tramo que va entre Remolinos y Jardín, en Antioquia. De acuerdo con la comunidad, y dada la falla geológica que existía en la zona, las obras, incluidos el uso de dinamita y las remociones de tierra, afectaron el trapiche, el beneficiadero de café, un establo, varias corralejas y viviendas. En consecuencia, estaban en peligro sus derechos fundamentales a la vida y a la propiedad. Esta última, ya afectada por los daños. Y el primero, amenazado por los continuos deslizamientos.

---

67 Teniendo en cuenta la actual modalidad de consulta en línea o a través de internet (con buscadores muy diversos) de las sentencias, que no obedecen a un único formato ni respetan patrones de foliación, ninguna de las citas textuales de las sentencias de la Corte se referenciarán por página, folio o fuente de consulta.

En esa oportunidad, la Corte abordó el problema no tanto desde la perspectiva de la diversidad étnica, sino más bien bajo la pregunta de si los habitantes de cualquier terreno inestable geológicamente tenían que afrontar las consecuencias perjudiciales que surgen de la realización de obras que, ignorando negligentemente la fragilidad del terreno, desencadenan daños y perjuicios (a lo cual respondió negativamente) y, subsidiariamente, si dados los derechos constitucionales otorgados a las comunidades indígenas, y la obligación de efectuar estudios de impacto ambiental (consagrados en los artículos 27 y 28 del Decreto 2811 de 1974, Código de Nacional de Recursos Naturales, ninguno de las cuales se refería explícitamente a la consulta a las comunidades indígenas), el incumplimiento de este último requisito debía derivar en una suspensión de las obras que los afectan, hasta tanto ella se realice (frente a lo cual no se pronunció de fondo, aun cuando da a entender que sí, sin establecer propiamente la consulta previa).

Regresando a la T-380 de 1993, ella se ocupa del caso la tala indiscriminada de bosque nativo en el Chocó por parte de un contratista privado, frente a la omisión y negligencia de la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (Codechocó), y en detrimento de las comunidades Embera- Katío de Chajeradó.

La Corte, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, profundiza el entendimiento dogmático sobre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas. A juicio de los magistrados, la comunidad indígena ha pasado de ser una realidad fáctica y legal a un sujeto portador de derechos fundamentales. No solo sus miembros, individualmente considerados, sino la comunidad misma. Afirma la Corte que *“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”*. Esto las diferencia de otros colectivos, como los grupos o asociaciones, y por ello son titulares de derechos fundamentales.

Y, en este mismo orden argumentativo, va más allá la Corte de lo que podría considerarse un paradigma clásico liberal:

*“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución 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. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”*.

Por ello, la posición dogmática que interesa resaltar, que confiere derechos fundamentales a un colectivo:

*“Las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.... La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social” (en este último acápite, se refiere la Sala a la posibilidad de que la cultura de las comunidades indígenas, que corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, pueda ser extinguida o gravemente desestabilizada si su medio ambiente sufre un deterioro severo).*

Ahora bien, dado que el estado tiene el deber constitucional de conservar las áreas de especial importancia ecológica, lo que supone un manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en zonas de selva húmeda tropical (CP art. 79) y en los territorios indígenas (CP art. 330), diferente al concedido a la explotación de recursos naturales en otras áreas, siempre bajo el parámetro de su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, existen límites distintos en lo relacionado con su utilización capitalista o comercial.

Por ello, ni una entidad comercializadora ni la misma comunidad indígena podrían llevar a cabo una explotación forestal que pusiera en riesgo la integridad cultural, social y económica de estas comunidades (*“En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina ultra vires frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante”*).

Planteado así el asunto, la Corte puede resolver el problema jurídico central, que se plantea bajo la fórmula de si una entidad pública, encargada de la conservación, defensa, administración, fomento, control y vigilancia ambiental, que por su incumplimiento o negligencia ha propiciado abusos de los particulares sobre el medio ambiente, debe responder por su omisión frente a los posteriores factores de deterioro ambiental. A lo que responderá afirmativamente, razón por la cual ordena Representante Legal de la Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó que inicie las acciones pertinentes para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito y ejerza contra los particulares presuntamente responsables las acciones judiciales enderezadas a exigir su reparación, sin perjuicio de las que eventualmente instauren la comunidad lesionada o sus miembros.



En la Sentencia T-728 de 2002 la Corte acumula el caso de un indígena de la Comunidad de Chenche Amayarco del Tolima, quien fue investigado y sentenciado por la jurisdicción ordinaria por haber asesinado a otro indígena de la misma comunidad, dentro del territorio colectivo (la tutela se interpuso casi siete años después de los hechos y a dos años de la sentencia de segunda instancia) y el de una indígena del resguardo de Santa Rosa, Cauca, quien es aprehendida con estupefacientes, siendo condenada por ello por la jurisdicción ordinaria.

Para el Alto Tribunal, en ambos casos se presentó una situación similar: antes de que se dirimiera el conflicto de competencias (con la jurisdicción especial indígena, representada por sus respectivas autoridades) por parte del Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción ordinaria condenó a los sindicados. Lo que terminaría generando una vía de hecho por afectación del debido proceso.

El sustento dogmático de esta vía argumentativa, que es la que la Corte realiza posteriormente, es que *“la Constitución privilegia, de manera significativa, la autonomía de las comunidades indígenas, una de cuyas expresiones es precisamente la jurisdicción especial indígena. El ordenamiento constitucional reconoce que la nacionalidad, como elemento esencial del estado, se construye a partir de su realidad multiétnica y multicultural, fundada en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad, el pluralismo y la protección de las minorías. Esta concepción de la organización política, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, expulsa todo trato discriminatorio basado en la diversidad sociocultural de la nación colombiana”*.

De allí derivan las facultades relativas al fuero especial indígena, que se derivan de manera casi literal del artículo 246 de la Constitución Nacional, que implican entre otras una formulación clásica del multiculturalismo integracionista o proclive a la asimilación:

*“Son pues cuatro los elementos que contiene este artículo en relación con la jurisdicción especial indígena y la protección de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas: i) la existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas, que ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; ii) la potestad de los pueblos indígenas para establecer y aplicar normas y procedimientos judiciales propios; iii) la sujeción de dichas jurisdicción, normas y procedimientos a la Constitución y a las leyes de la república; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional”*.

Finalmente, en la Sentencia C -742 de 2006 la Corte estudia la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la Ley 397 de 1997, mediante el cual se dictan normas sobre patrimonio cultural, se establecen fomentos y estímulos a la cultura y se crea el

Ministerio de la Cultura. El cargo principal es la necesidad de que los bienes protegidos hayan sido previamente declarados como de interés cultural.

Para el Alto Tribunal, esta condicionalidad no vulnera la Constitución, en tanto que constituye una restricción con objetivos constitucionales claramente identificables, es razonable y proporcionada, en tanto que la medida es útil, necesaria y no sacrifica valores y principios de mayor valor constitucional.

Ahora bien, la cita dogmática que hace la Corte se refiere a lo que establece como la Constitución Cultural, dentro de la cual cabe la responsabilidad estatal de promover y respetar el patrimonio cultural étnico:

*“En efecto, es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor esencial de nuestra Nación, de tal manera que dicho bloque normativo, que también se ha denominado por la doctrina como la Constitución Cultural, entiende la cultura como valor, principio y derecho que deben impulsar las autoridades”. Y, más adelante, establece que “la protección del patrimonio cultural de la Nación tiene especial relevancia en la Constitución, en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones. Entonces, la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la Nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico...”*

Como se observa fácilmente, entonces, la especial protección a la diversidad étnica no deriva de una concordancia con formas de vida liberal, como el respeto a la libertad individual, sino del hecho que ésta expresa una identidad social que debe preservarse (lo que, dicho de paso, recuerda algo de la crítica de Habermas en torno a *la conservación de las especies*, que tratamos en el capítulo segundo de este texto).

Evidentemente, la selección de estas tres sentencias por parte de la Corte es apenas ilustrativa, pues existe un cúmulo de pronunciamientos en los cuales se hace referencia a la diversidad étnica y cultural (en el siguiente apartado, incluso, trataremos sintéticamente algunos de ellos). Sin embargo, a nuestro juicio la selección es bastante indicativa de la forma como suele operar la Corte en esta materia.

Y, en este orden de ideas, el resultado es tan dispar como previsible. En primer lugar, los magistrados mezclan conceptualizaciones que provienen o apuntan a tradiciones filosóficas distintas, sin percibir estas posibles contradicciones. Finalmente, es claro que se quiere preservar la diversidad étnica, especialmente cuando se la percibe en riesgo de extinción. Además, que independientemente de las instituciones que represente cada

una de las comunidades protegidas, se asume *prima facie* que ellas le aportan riqueza a la nación. Pero estos enunciados se combinan sin mayor análisis con los que exigen que este reconocimiento se haga precisamente a grupos humanos distintos a *occidente* y su ideario valorativo, o los que exigen que este reconocimiento tenga como límite la Constitución y las leyes de la República (lo que implica, entonces, avalar el ideario valorativo de *occidente*).

Podría pensarse que en este apartado, que refiere más bien a la adopción de un determinado concepto de diversidad, la diferencia no se traduce en reglas decisionales divergentes. En ese sentido, podría casi concluirse que cualquier retórica se puede mantener, mientras se haga en el plano abstracto. Sin embargo, como veremos, la situación dogmática cambia cuando se deben aplicar reglas más precisas de decisión.

### ***El debido proceso en sentido estricto***

En casi todos los pronunciamientos que refieren directamente al debido proceso, la Corte invoca tres sentencias, que también son mencionadas en el pronunciamiento que nos sirvió de entrada a este análisis: la T-254 de 1994, la T-349 de 1996 y la SU-510 de 1998. Adicionalmente, el Alto Tribunal ha construido una especie de citación en cascada, donde pretende que estas tres sentencias son complementarias entre sí, y que han supuesto únicamente un derrotero unívoco en donde cada vez logra mayor precisión conceptual.

Sin embargo, un examen apenas superficial de las mismas sentencias mostraría un panorama diferente: no existe tal concordancia y, por el contrario, se trata de la exposición de tres dogmáticas distintas. Esta tesis, que ya había sostenido en obras anteriores<sup>68</sup>, y es compartida por autores como Daniel Bonilla (2006, pág. 158 y ss.), no aclara suficientemente el por qué los magistrados quieren mostrar como similar lo que de hecho es diferente.

En el pasado, y así lo sostuve, parecía inspirarse en una razón sociológica: el conjunto de sentencias históricas en materia indígena se deben a la proactividad de los magistrados Carlos Gaviria y Eduardo Cifuentes, quienes ideológicamente se alineaban en posiciones *progresistas* de la Corte, aun cuando en este campo en particular no coincidían (mientras el segundo alentaba claramente una visión autonómica del derecho propio de las comunidades indígenas, el primero consideraba que la autonomía estaba condicionada al respeto integral a los derechos fundamentales de las personas, individualmente consideradas). Por ello, sus diferencias no se explicitarían bajo la forma de salvamentos o aclaraciones de voto, sino apenas como matices interpretativos, con miras a no mostrar fisuras en el bloque respectivo. Pero, a más de una década del cambio de magistrados, dicha explicación

---

68 Cfr.

debería haberse diluido, y sin embargo la Corte insiste en las concordancias. A menos que ellos realmente no *vean* las disimilitudes de sus posiciones.

En la sentencia T254 de 1994, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, en compañía de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, se resuelve la tutela interpuesta por Ananías Narváez, indígena perteneciente a la comunidad de El Tambo, Consejo Regional Indígena del Tolima, CRIT.

Este había sido expulsado de su comunidad, junto con su familia, por la supuesta comisión de varios delitos como el saqueo de animales, cultivos, frutos, herbicidas y el hurto de un contador para el alumbrado. Adicionalmente, se le privó del derecho que tenía sobre una parcela de dos hectáreas, sembrada de plátano, yuca y otros frutales, la que le había sido adjudicada por la comunidad, luego de su entrega por parte del Incora, sin reconocerle el valor de las mejoras. El actor consideraba que se le había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, y que además se desconoció la prohibición constitucional de las penas de destierro y confiscación, por la expulsión de que fue objeto por parte de la comunidad indígena.

Teniendo en cuenta que es una de las primeras sentencias que se produjo en materia indígena, y que los tribunales de instancia habían considerado que lo que estaba en juego era el derecho de asociación, no un acto jurisdiccional, es importante la definición que la Corte propone de lo que es una comunidad indígena. A su juicio, éstas “*son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social... Las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al animus societatis propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad (D 2001 de 1988, art. 2o., Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, art. 1o. núm. 2o.)*”.

Frente a la posible interpretación restrictiva que ofrecería el apartado final del artículo 246, “*la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional*”, la Corte sienta por primera vez el principio de que no es necesaria la expedición de la ley para que las jurisdicciones indígenas puedan operar. Este reconocimiento, que además hace parte de una visión pragmática frente a dichos ordenamientos,

dado que de hecho muchos de ellos tienen mayor historia que el de la legislación republicana, será ratificado en posteriores pronunciamientos<sup>69</sup>.

Sin embargo, para nuestra indagación el punto central en los debates de la Corte consistió en tratar de establecer un régimen dual que, a la vez que permitiera la autonomía étnica, mantuviese el respeto general a la Constitución y la ley, así como los principios y valores que inspiran el Estado Social de Derecho.

Es en esta tensión que el Alto Tribunal propone cuatro subreglas de carácter dogmático (como se observa más adelante, las denomina *reglas de interpretación*), que concilian estos dos polos en tensión y permiten avanzar en la aplicación de otras subreglas de carácter más específico para decidir las eventuales violaciones invocadas por el actor:

*“La atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:*

*- A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía<sup>70</sup>. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura... debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del*

69 Así, la Corte sostiene: “Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades territoriales, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (CP art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP art. 7)”.

70 En todos los casos de este capítulo, las negrillas son incorporadas por el suscrito como una manera de subrayar algunas reglas dogmáticas.

*derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones*<sup>71</sup>.

**- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.** Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

**- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.** La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio

71 Es importante anotar que esta sub-regla ha sido matizada recientemente por la misma Corte, asignándole un carácter más descriptivo que normativo. La Sentencia T-514 de 2009, al negar la vulneración de derechos fundamentales a un indígena del Resguardo Chenche Buenos Aires, Tolima, por no incluirse en los beneficios del Sistema de Reparto de Regalías, al considerar su propia comunidad que no hacía parte integral de ella por llevar más de quince años viviendo en Bogotá, precisó que esta segunda parte de la formulación “*debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos. Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas*”. Esta es, por lo tanto, una regla más de interpretación que de decisión. En este sentido, “*las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica. En ningún caso está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas es de mayor entidad en el segundo caso... Incluso cuando la Corte afirma que las comunidades con un grado menor de conservación deberán guiarse por normas del derecho nacional, lo que está haciendo es refiriéndose a una circunstancia específica del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena: en la medida en que el derecho propio se compone de usos y costumbres, una comunidad que carezca de estos no puede ejercer el juzgamiento de sus miembros, pues ello implicaría un desconocimiento del principio de legalidad, es decir, del derecho de toda persona a ser juzgada por leyes preexistentes, como parte consustancial del debido proceso... Sin perjuicio de las exigencias del principio de legalidad, el respeto por la diversidad cultural supone el derecho de cada comunidad a determinar si desea conservar sus tradiciones o incorporar algunos elementos de culturas ajenas, y hasta qué grado desean hacerlo. Tales decisiones deben ser respetadas por las autoridades del Sistema Jurídico Nacional...*”. En ese mismo sentido también se pronunció la Corte en Sentencia T-617 de 2010, analizada más adelante.

*el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.*

*- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que solo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas<sup>72</sup>.*

Siguiendo esta línea interpretativa, y analizando el caso concreto, la Corte señala algunas pautas sobre lo que serían los límites jurisprudenciales que se establecen a la autonomía de las comunidades.

Así, por ejemplo, pasa revista a los que en una lectura literal serían límites explícitos al ejercicio de cualquier potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas: la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (CP art. 38).

Sobre el **destierro**, siguiendo una argumentación netamente occidental (emanada de la creación de la figura en el contexto del nacimiento de los estados nación), termina adoptando una tesis que le permite salvar al mismo tiempo el orden general y la autonomía indígena:

*“... A la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), la pena de destierro solo se refiere a la expulsión del territorio del estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que*

---

72 En todas las referencias textuales a las sentencias el uso de negrillas es un recurso del suscrito, con miras a resaltar conceptos o reglas decisorias de la misma Corte, y no corresponde a la cita original.

*habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de naciones”.*

No acontece lo mismo en relación con la **confiscación de bienes**, a pesar de ser una práctica corriente en las comunidades, dado que no se encuentra un vacío normativo que posibilite una excepción a la supuesta regla general. Por ello:

*“La pena de confiscación no puede ser impuesta por el estado y, menos aún, por una comunidad indígena que, como lo expresa la Constitución, se gobierna por sus usos y costumbres siempre que ellos no pugnen con la Constitución y la ley imperativa (CP art. 330). Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por sus miembros, la sanción consistente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de aquéllas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscrita. En verdad, el sujeto pasivo de la sanción y su familia se verían expuestos a una situación de indigencia y de absoluto despojo, motivos que llevaron al constituyente a señalar que en ningún caso dicha pena podría ser impuesta. Independientemente del sistema privado o colectivo conforme al cual se organice la producción y distribución de bienes, el régimen punitivo no puede contener sanciones que aparejen consecuencias tan extremas para el sujeto pasivo y su familia próxima, como las que provendrían de la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia - a través de formas de apropiación privada de la riqueza o de usufructo colectivo - pues, ellas, en últimas, configurarían materialmente una confiscación”.*

Pero quizás el tema que más se ha prestado a discusión a partir de esta sentencia es el de su concepción del debido proceso. Dado que éste es un derecho fundamental, se cuestiona el que las comunidades indígenas puedan adoptar decisiones de carácter jurisdiccional sin seguirlo:

*“El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas... Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo*



*de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso”.*

En esta línea argumentativa, no es extraño que lo correspondiente a la posibilidad de establecer sanciones (lo que cubriría, hipotéticamente, cuestiones como castigos corporales, sanciones pecuniarias o extensión de la pena a familiares del actor) se construya desde el espíritu occidental, en defensa de los postulados generales y garantistas que se expresan en los principios y procedimientos penales. Con un aditivo importante: conforme a la argumentación de la Corte, la limitación a la potestad punitiva va en beneficio de la misma comunidad indígena y sus posibilidades de preservar la cultura:

*“Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada... Ordinariamente la imposición de una pena, no obstante su individualización, puede materialmente afectar a terceros, ajenos a la infracción, y no por ello ésta deja de tener validez. La expulsión del miembro de una comunidad indígena como medida sancionatoria, sin embargo, tiene una particularidad que exige considerar sus efectos frente a su familia. Las secuelas de la pena, en este caso, revisten mayor gravedad y fácilmente se traducen en punición para los miembros de la familia. Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad. Desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación. **Las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”** (CP art. 29). Adicionalmente, **la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia**, presupuestos esenciales del poder sancionatorio del estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales”.*

Finalmente, en lo que atañe a este pronunciamiento, la Corte establece una especie de pluralismo jurídico automático en relación con los casos fallados por las comunidades indígenas: en caso de que sobre las materias juzgadas no existan usos y costumbres, se aplicará automáticamente la legislación nacional:

*“Ante la ausencia de usos y costumbres indígenas debidamente comprobados en lo que atañe al reconocimiento de las mejoras producidas por el cultivo de la tierra en la comunidad indígena de El Tambo, **son aplicables las disposiciones de***

***la ley civil sobre la materia y son los jueces civiles los llamados a dirimir la diferencia que ha surgido entre las partes”.***

Tras los puntos analizados, no es de extrañar que la sentencia haya terminado dándole la razón al petente, a pesar de lo expresado por la comunidad indígena. En estricto sentido, en aspectos como el de la sanción colectiva la decisión hubiese sido la misma, sin importar la etnia o comunidad que hubiese producido el pronunciamiento. Cabe preguntarse por lo tanto, sobre el sentido retórico de las manifestaciones a la autonomía, que se acompañan con medidas restrictivas pragmáticas provenientes claramente de otra racionalidad. Para la muestra, un botón:

*“En consecuencia, la pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos. La negativa de las directivas del cabildo indígena a aceptar la propuesta de asignar la parcela que trabajaba Ananías Narvárez a su hijo mayor carece de fundamento jurídico, hace más gravosa la situación del sancionado y priva irracionalmente a sus hijos de la única fuente de subsistencia, como lo muestra el hecho de que con posterioridad a su expulsión fue encontrado nuevamente en terrenos de la comunidad sustrayendo alimentos porque sus “hijos tenían hambre”. Esta situación no es consecuencia, como podría pensarse en forma simplista, de la propia conducta del peticionario, sino que se originó en la voluntad de las autoridades indígenas de resolver de plano el problema al expulsar a la familia del infractor. Por lo tanto, **la pena de expulsión del petente y de su familia como consecuencia de los actos del padre vulneró el derecho al debido proceso, particularmente por trascender la persona del infractor”.***

Obsérvese, por ejemplo, cómo se habla de la falta de “fundamento jurídico” por parte de la comunidad, por no aceptar la propuesta de asignar la parcela al hijo del petente, sin interesar lo que digan los usos y costumbres del lugar. O la prohibición general a afectar a los miembros de la familia con la pena, práctica común en muchas de las etnias nacionales.

Adicionalmente, la redacción amplia de las posibles limitaciones a la autonomía indígena deja en esta sentencia muchos vacíos: ¿cómo, cuándo y por quién se determina si una comunidad tiene mayor o menor autonomía para aplicar sus usos y costumbres?; ¿cómo determinar cuáles derechos fundamentales deben ser respetados por las comunidades indígenas, y frente a qué proporción del núcleo esencial?; ¿cómo y por quién establecer qué normas de carácter imperativo o de orden público priman en un caso específico sobre el derecho a la diversidad étnica, por proteger valores constitucionales superiores?

Por todas estas razones, este pronunciamiento inicial de la Corte puede ser asignado sin mucha dificultad al campo ideológico del multiculturalismo más integracionista o asimilacionista, en donde lo que parece entrar en discusión es únicamente la manera como las comunidades indígenas van adaptando sus usos y costumbres a la racionalidad occidental emanada de la Constitución, los derechos fundamentales y la ley.

El contraste con la posición que irá construyendo el magistrado Carlos Gaviria al interior de la Corte es innegable. Tres sentencias del año 1996 marcarán ese camino hacia lo que podríamos denominar la exaltación de la autonomía de las comunidades indígenas.

La primera de ellas, citada también en el pronunciamiento del año 2012 que nos sirve de excusa para esta reconstrucción, es la C 139, mediante la cual se decide la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, por considerar que vulneraban la nueva Constitución.

Las normas acusadas establecían que la legislación general no regía entre los salvajes que fueran reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones, que las faltas cometidas por los indígenas contra la moral serían castigadas por los Gobernadores de cabildo con penas correccionales de arresto, y que los indígenas eran asimilados a menores de edad para el manejo de asuntos civiles relacionados con sus resguardos.

Entre las consideraciones que llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de las mismas, es preciso, ante todo, anotar que no se plantea una ruptura expresa con las líneas jurisprudenciales establecidas en la anterior sentencia, la 254 de 1994. Por el contrario, se utilizan varias citas de la misma para asegurar su continuidad.

Sin embargo, y como lo demostrará el posterior desarrollo jurisprudencial, se sientan igualmente las bases para hacer más flexible la autonomía de las comunidades indígenas y, como corolario, más limitado el campo de acción de las autoridades nacionales para intervenir en las decisiones que ellas mismas adopten, por vía de revisión de tutela.

Así, la Corte mantiene el criterio de que la vigencia de la jurisdicción especial indígena no está supeditada a la expedición de la ley a que alude el aparte final del artículo 246 del estatuto superior<sup>73</sup>, así como se reitera la posición intermedia que en el debate entre unidad y autonomía cultural había adoptado la Corte:

---

73 "No es cierto, entonces, como lo afirman los demandantes, que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo".

*“Como esta Corporación lo reconoció en la misma sentencia (T-254 del 94), no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional. En otras palabras, la Carta parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural (artículo 7), pero establece la limitación de ésta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (artículos 246 y 330)”.*

Pero, en este punto, el ponente introduce una puntada de lo que será su ulterior propuesta jurisprudencial:

*“Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: **para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural.** De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta...”.*

Es interesante mostrar cómo, al dar este giro, Gaviria trae a colación, en versión positiva para la autonomía, un texto de la anterior sentencia que se encontraba inscrita en un párrafo negativo o restrictivo de la misma (aquél en que se establecía cuándo no prima la diversidad étnica frente a leyes imperativas).

Y, por si faltara explicitar más, continúa así la sentencia:

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

De la misma manera, aunque manteniendo en apariencia el mismo esquema interpretativo de la anterior sentencia, en esta oportunidad se conjugan de forma un poco diferente los cuatro elementos interpretativos que se desprenden del articulado constitucional en materia de jurisdicción indígena. Estos son 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 solo 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 estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad, del que la Corte se ocupará en detalle más adelante.

De aquí se desprende una directriz dogmática un tanto diferente a la expuesta en la anterior sentencia, bastante más proclive a la autonomía indígena, tanto en lo relacionado con el estudio de los casos concretos como en el trabajo legislativo mismo, de llegarse a presentar:

***“La sopesación de los principios mencionados, conforme con la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha solo frente a casos concretos. En una sociedad como la colombiana, en la que existen 81 pueblos indígenas, muchos de ellos conocidos solo por especialistas, cuyos sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos<sup>74</sup>, resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente solo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela. Estos mecanismos, además, cumplen el requisito establecido por el numeral 2 del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT...”***

Esta posición se amplía ilustrativamente al dar las consideraciones por las cuales ha de declararse inexecutable el artículo 5 de la ley demandada, que ponía en cabeza del gobernador del cabildo la función correccional:

*“La restricción anotada desconoce la realidad de la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas, como quiera que cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son los gobernadores del cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así, se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico-como los piache entre los wayuu o los jaibaná entre las culturas del Pacífico- o de representantes de instituciones religiosas), e inclu-*

---

74 Carlos Perafán y Esther Sánchez. Conceptos rendidos ante la Corte Constitucional, por iniciativa del magistrado sustanciador.

*so mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la compensación (arreglo directo entre miembros de dos grupos familiares)”.*

En igual sentido, y sin que sea explícito un cambio jurisprudencial en la materia, en esta sentencia se amplía sustancialmente la potestad de las comunidades indígenas para establecer sanciones:

*“La limitación del tipo de sanción que puede imponer la comunidad para conservar sus usos y costumbres contraría tanto la letra del artículo 246 (que confiere a las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia “de acuerdo con sus propias normas y procedimientos”) como la realidad de las comunidades destinatarias de la norma. En efecto, el arresto no es la única sanción compatible con la Constitución y las leyes; dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; **es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa. En este punto, no entra la Corte a determinar cuáles pueden ser estas conductas, ni cuáles los límites de su sanción.** Conforme con la perspectiva interpretativa señalada anteriormente, corresponde al juez en cada caso trazar dichos límites, y al legislador establecer directivas generales de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el nacional que, siempre dentro del respeto del principio de la diversidad étnica y cultural, armonicen de manera razonable la aplicación de éste con las disposiciones de la Carta”.*

Las líneas generales de la anterior sentencia (primera de Sala Plena en esta materia) serán extendidas durante ese mismo año en dos sendas salas de tutela, en ambos casos con ponencias del magistrado Carlos Gaviria, postulándose, como advertíamos previamente, una autonomía más amplia de las comunidades indígenas.

La primera de ellas, la T-349/96, es sin lugar a dudas la sentencia más invocada en esta materia por la misma Corte Constitucional. En ella se definió la tutela interpuesta por el indígena embera-chamí Ovidio González Wasorna en contra de la Asamblea General de Cabildos en Pleno de la comunidad a la que pertenece y del Cabildo Mayor Único de Risaralda.

Los hechos que dieron origen a la controversia tuvieron lugar en 1994, cuando el actor y otro indígena de la misma comunidad fueron capturados por su presunta participación en el homicidio de una persona perteneciente a la misma comunidad indígena Embera-chamí. En el momento de su captura se les escuchó su versión de los hechos y se les encerró en el calabozo de la localidad, donde al parecer estuvieron amarrados con

cuerdas. Una semana después (el 10 de septiembre de 1994) los dos detenidos escaparon del calabozo y se entregaron voluntariamente a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, argumentando que habían sido amenazados de muerte por miembros de su comunidad y que habían sido objeto de torturas.

La Fiscalía inició la investigación correspondiente. Pero unos meses más tarde el Cabildo Mayor Único de Risaralda le notificó al actor que había sido condenado a “8 años de cárcel” en reunión de los cabildos locales. Al conocer el fallo de la comunidad indígena, la Fiscalía que adelantaba la investigación la dio por terminada. Los representantes de la Defensoría del Pueblo, radicados en Mistrató, intentaron convencer a la comunidad de que modificara el fallo y adelantara nuevamente el proceso, permitiendo la intervención del sindicado, así como de un defensor de oficio. En la Asamblea General de la comunidad (dirigentes y miembros), se resolvió aumentar la condena del sindicado a 20 años de cárcel. En dicha asamblea estuvieron presentes los familiares de la víctima, así como los del sindicado. La severidad de la condena obedeció, por un lado, a la calidad de la víctima y, por el otro, a los antecedentes de “rebeldía” del actor con la comunidad.

Interesa en este caso relacionar algunos de los argumentos del juzgado de instancia, ya que en buena medida la revisión de la tutela obedece a la necesidad de replicar dicha visión limitante que establecía la sentencia T-254/94 ya analizada. Considera el juez, por ejemplo, que al actor se le violó el derecho al debido proceso ya que las normas bajo las cuales fue juzgado no eran preexistentes al caso, éste no estuvo presente en su juzgamiento (lo cual hubiera sido posible, pues se encontraba recluso en la cárcel distrital), en el proceso que se adelantó en su contra estuvieron presentes, en calidad de jueces, los miembros de la familia de la víctima, se le negó la posibilidad de presentar pruebas y de controvertirlas, se le negó el derecho a impugnar la decisión, pues no fue notificado de ella, y fue juzgado dos veces por el mismo hecho. O si, por otra parte, la segunda providencia se entiende como resultado de la operación del principio de la doble instancia, entonces se le violó al actor el derecho a la no *reformatio in pejus*, puesto que la sanción originalmente impuesta fue agravada considerablemente.

Todos estos considerandos los hace sin dejar de ponderar que era loable el fin que perseguía la comunidad al efectuar el juzgamiento del actor, básicamente en lo que respecta a tratar de solucionar el conflicto entre familias. Sin embargo, se considera que este objetivo no puede ser logrado a costa de los derechos al debido proceso y a la defensa del actor.

La Corte regresa nuevamente sobre la pregunta central en controversia, de construcción de un entendimiento general sobre restricciones internas: ¿Cuáles son concretamente los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas, específicamente en el caso del juzgamiento de

la conducta de uno de sus miembros contra otro, cuando ésta ha tenido lugar dentro del territorio de la comunidad respectiva?

Es interesante en este punto observar cómo el ponente Gaviria reitera el principio del respeto a la diversidad. Posteriormente, introduce una definición de etnia, a partir de condiciones subjetivas y objetivas. Las primeras agrupan la conciencia que tienen los miembros de su propia diferenciación, y el deseo de mantenerla. Las segundas reúnen los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de *cultura* (lengua, instituciones, tradiciones, etc.).

Teniendo en cuenta esta definición aproximativa, y combinando diversidad y necesidad de la autonomía para asegurar la supervivencia cultural, surge una nueva postulación de la subregla dogmática básica en esta materia:

*“... puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.*

*Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:*

*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”.*

Obviamente, para poder desarrollar el anterior principio, el intérprete debe estudiar concienzudamente las características particulares de la etnia o comunidad específica sobre la cual se pronuncia (y, como veremos más adelante, es éste el ejercicio que se propone en las sentencias T523 del 97 y SU 510 del 98). Pero la sentencia va más allá. Tras postular de esta forma la subregla general, la Sala pondera de forma diferente el límite de restricción que se le puede imponer en abstracto a las comunidades indígenas para el ejercicio de su autonomía.

Retomando los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena (en la forma en que fueron mencionados en la sentencia C139 de 1996), se extiende así la potestad jurisdiccional autónoma:



*“Si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente”.*

Ahora bien, para concretar este postulado, según la Corte, habría que diferenciar hipotéticamente los casos en que una comunidad juzga comportamientos en que se ven involucrados miembros de otras comunidades diferentes (como sería el caso en que un pueblo indígena juzgue a personas de otras poblaciones étnicas, o incluso a “blancos”), de aquellos en que la situación es enteramente interna a dicha comunidad, y todos los involucrados comparten el mismo universo cultural. Es a estos últimos a donde apunta la argumentación del Alto Tribunal:

*“El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. **Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que solo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. A juicio de la Sala, este 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. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado (para tales efectos la sentencia cita el artículo cuarto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el artículo quince de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el artículo tercero común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, relativos al derecho de la guerra). **A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exi-***

*gencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse”.*

Nótese, entonces, cómo la exigencia de respeto a los derechos fundamentales se restringe al máximo. Casi que únicamente se podrían invocar por vía de tutela los correspondientes a tres situaciones: graves restricciones que pongan en riesgo la vida (en donde entrarían la prohibición de pena de muerte y tortura, fundamentalmente), la libertad (bajo una forma que prohíje la esclavitud, por ejemplo) y el debido proceso (en esta fórmula adoptada de lo previsible). Las otras materias, que hacen parte de la autonomía de las comunidades indígenas, deberían tener por tanto una forma distinta de tratamiento, pues en un sentido lógico la misma autonomía que se les otorga no podría ser inmediatamente supeditada a un control posterior ajeno a su propia cultura.

Continuando con la misma línea de análisis que propuso anteriormente la Corte (en sentencia T254/94), de pronunciarse sobre aspectos particulares de las decisiones concretas de la comunidad a partir de las nuevas reglas dogmáticas establecidas, en esta sentencia se producen pronunciamientos específicos en lo que tiene que ver con el cepo, la llamada *reformatio in pejus*, el derecho de defensa y la imparcialidad del juicio. En ese orden de ideas, veamos lo que la Corte sostuvo en cada uno de los casos anotados, bajo el entendimiento de que su alcance no es general, dado que para extender la subregla sería necesario que se tratara de la misma cultura, o que las instituciones tuviesen una raigambre cultural similar (lo que no siempre es claro en el discurso de la misma Sala, que parece estar definiendo con un acento más globalizante):

Tras un extenso análisis de la función cultural de la forma de sanción o castigo conocida como cepo, que incluso se contrasta muy eficazmente con el imaginario que tienen los miembros de esa comunidad sobre la pretendida “resocialización” que se opera en las cárceles, la Corte es de la opinión de que no se trata de un acto que implique trato cruel o inhumano:

*“Ahora bien, el actor alega que el castigo del cepo, que es el vigente en la comunidad para la infracción por él cometida, constituye un “trato cruel e inhumano”. Sin embargo, se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o*

***inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad***".

En relación con una posible interpretación de la violación al debido proceso por el hecho de haberse seguido de manera irregular una "segunda instancia" no contemplada en los usos y costumbres, o de haber sido juzgado el actor dos veces por los mismos hechos (contrariando un principio fundamental), la Corte se pronuncia de la siguiente forma:

*"Si bien la comunidad no tiene prevista la operación de una segunda instancia, el hecho de que se hubieran producido dos sentencias no puede considerarse como una transgresión de sus normas tradicionales. Por el contrario, lo que resulta claro es que con el segundo proceso lo que se intentaba era subsanar las irregularidades que aquejaba el primer veredicto. En efecto, conforme a lo señalado arriba respecto del ordenamiento jurídico embera-chamí, el juzgamiento de las infracciones graves a las normas de la comunidad corresponde a la comunidad misma reunida. En estas reuniones es de vital importancia la presencia de los patrilinajes enfrentados, con el fin de que el fallo sea legítimo y no se desenlace una guerra entre familias. El juzgamiento por parte de las autoridades del cabildo, como se anotó, carece de legitimidad dentro de la tradición, por lo que resulta lógico que la comunidad hubiera decidido adelantar nuevamente el proceso de acuerdo con sus costumbres. Lo que se encuentra en este caso es, pues, que la comunidad ejerció las facultades jurisdiccionales que le atribuye la Constitución siguiendo estrictamente el procedimiento establecido en su ordenamiento jurídico"*.

Pero el punto nodal de quiebre frente a su anterior pronunciamiento (T-254/94) lo constituye la manera como se construye ahora la noción de debido proceso, y las consecuencias que de ello se derivan. En esta oportunidad, y en las sentencias que tratan de reafirmar esta visión, se cambia la óptica y comienza a prevalecer el punto de vista interno:

*"Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chamí una noción como la de "debido proceso", es pertinente aludir a ella en el caso sub-lite, pues consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura a la arbitrariedad, y es ésa la finalidad que persigue el debido proceso. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta. Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un*

*hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual solo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. Fue la necesidad de ese acuerdo, justamente, la que determinó que se realizara el segundo juzgamiento por parte de toda la comunidad, pues en el juicio realizado en el Cabildo se había omitido ese requisito esencial. Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales”.*

Alejándose de una visión estrecha de la tipicidad, y en últimas del derecho fundamental a no ser juzgado sino conforme a ley preexistente, la Corte propone una visión que nuevamente parte del punto de vista interno a la comunidad, buscando los mecanismos mediante los cuales los miembros de una parcialidad determinada se informan sobre lo permitido y lo prohibido:

*“Aunque el fenómeno de la tipicidad no se da aquí tal como lo entendemos nosotros, pues no existe una ley escrita y estricta, sí se verifica una interiorización de la prohibición. Lo que puede predicarse con mayor seguridad en este caso porque ésta es la forma de homicidio más frecuente dentro de la comunidad. El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades”.*

Por esta vía, se llega finalmente al punto de la pena. Como se recordará, la Corte se había pronunciado sobre la misma (T-254/94), especialmente atendiendo a la proporcionalidad que debe existir entre ella y la falta cometida. Aun cuando en esta oportunidad se mantiene el punto de vista interno que ha informado toda la sentencia, es sumamente interesante observar cómo termina tutelando el derecho del actor, por considerar que la comunidad violó sus propios usos y costumbres en esta materia.

Una vez realizada esta consideración, es dable observar igualmente las peripecias jurisprudenciales que deben hacerse para garantizar una directiva extra-comunitaria que restituya los derechos del afectado. Lo que se quiere señalar no tiene que ver con la proporcionalidad abstracta o adecuada a nuestras tradiciones, sino la necesidad de que la misma comunidad sea consecuente con sus parámetros generales (lo que, de paso, involucra

la obligación y el derecho a mantener el principio de igualdad, no necesariamente parte de su cultura):

*“En cuanto a la pena, es claro que la que la comunidad tradicionalmente ha asignado al delito cometido por el actor es de tres años de trabajo forzado y cepo. El requisito de la legalidad debe estudiarse, entonces, atendiendo a este parámetro, por lo menos en lo que se refiere al tipo de pena, ya que la duración de la sanción si puede ser objeto de modificaciones, según las costumbres de la comunidad. Entonces, lo que era previsible para el actor era que se le impusiera una sanción de trabajo forzado y cepo que debía cumplir en el territorio de la comunidad. Su otra opción, como se ha indicado en la descripción del ordenamiento jurídico embera-chamí, era que la comunidad remitiera su caso a la justicia ordinaria, para que allí se adelantara el juzgamiento de la conducta con todas las garantías propias de este tipo de procesos y con todas las cargas que ella implica. La comunidad, sin embargo, actuó por fuera de esto que era previsible para el actor, al imponer una sanción completamente extraña a su ordenamiento jurídico: una pena privativa de la libertad que debía cumplir en una cárcel “blanca”... Esto, particularmente, porque la comunidad embera-chamí sí tiene definido un tipo de pena para cada conducta que desvaloriza, al contrario de otras comunidades en las que solo está definido el mecanismo por el cual va a llegar a definirse el castigo.*

Como consecuencia, en su parte decisoria la Corte dispone preguntar a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, para garantizarle su autonomía, o si prefiere que el caso sea juzgado por la justicia ordinaria.

Sea cual sea el análisis, es bien difícil sostener una continuidad pura y simple entre la T-254 de 1994 y la T-349 de 1996, como ha pretendido sostener la misma Corte en sus propias citas. No se trata únicamente de una profundización en la comprensión, sino de un cambio central del paradigma. De una autonomía condicionada no solo desde el punto de vista interno (por ejemplo, a la conservación de usos y costumbres del pasado o la tradición) sino externo (por la prevalencia de normas de orden público, derechos fundamentales individuales, estatutos garantistas del derecho penal, etc.), se pasa a una autonomía casi plena, en donde en la práctica (pues no existen evidencias de comunidades indígenas que apliquen en Colombia la pena de muerte, la esclavitud o la tortura) el único tema relevante a discutir es la previsibilidad del procedimiento, que la misma Corte ha invocado posteriormente como *principio de legalidad*.

Ahora bien, esta dualidad también podría ser reconducida al debate entre multiculturalismo e interculturalidad, en la medida en que el mismo ponente Gaviria intenta vencer a sus colegas de las ventajas de ubicarse en esta segunda perspectiva, que no solo

garantizaría un debido respeto al principio de diversidad étnica sino que sería el único exigible a unas comunidades que no hicieron parte sustantiva material de la construcción de la Carta constitucional en perspectiva occidental que nos regiría (y a las cuales, por lo tanto, solo podría cobijarlas un consenso más amplio, como el que derivaría de los tratados internacionales de derechos humanos).

Tras haber sentado las bases generales jurisprudenciales, la Corte produce al año siguiente, en 1997, una sentencia paradigmática, la T-523 de 1997, en la que aplica juiciosamente sus propias subreglas dogmáticas. Con ponencia del mismo magistrado Gaviria, a mi entender la Corte busca con ella motivar a los jueces mediante el ejemplo. Sin embargo, en el nivel citacional nunca ha logrado el impacto dogmático de la sentencia T349/96 que acabamos de sintetizar.

Y ello no obstante que el caso tuvo eco en la opinión pública, por el contexto polémico en que se presentó esta controversia. En principio, se discutía el derecho de una comunidad indígena a aplicar como sanción el castigo corporal del fuste, en contra del querer del afectado, quien invocaba una aplicación más consistente con la ley penal general.

En esta oportunidad la Corte no solo mantuvo los parámetros generales de acercamiento jurisprudencial a la temática, sino que hizo un cuidadoso esfuerzo por interpretar la cultura indígena y sus particularidades, promoviendo de esta manera la conciencia de un respeto real y consciente por la diferencia.

Tanto así que la sentencia, extensamente basada en peritajes antropológicos, está llamada a constituirse en material de trabajo para el estudio cultural de estos pueblos, y se integra, a mi manera de ver efectivamente, en el debate académico sobre el pluralismo jurídico y los ordenamientos indígenas (tema que no hace parte, por supuesto, de esta disertación), como lo ha efectuado de hecho la antropóloga Joanne Rappaport en su texto ya mencionado anteriormente.

El caso involucra la tutela que interpuso el indígena nasa Francisco Gembuel Pechene contra el gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del departamento del Cauca. El primero fue juzgado en conexión con el asesinato del también indígena nasa Marden Arnulfo Betancur, quien se desempeñaba como alcalde Municipal de Jambaló, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que el occiso alcalde estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos.

En el curso de la investigación, la comisión encargada para ello recibió el testimonio de Francisco Gembuel, recogió los testimonios de varios miembros de la comunidad que afirmaban haber visto al sindicado hablando con la guerrilla, y practicó un reconocimien-

to visual del sitio donde presuntamente el acusado (y otro sindicado) había sostenido conversaciones con el grupo insurgente. Así mismo respondió la petición que elevó el demandante, en la cual solicitaba ser defendido por un abogado, indicando que podía contar con un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro permanente de la comunidad indígena de Jambaló y conociera sus usos y costumbres.

Cumplidos estos procedimientos, la comisión citó la celebración de una Asamblea General, con el fin de presentar a la comunidad las conclusiones de la investigación. Tal convocatoria fue precedida por la publicación de un artículo en el periódico “El Liberal”, en el que se afirmaba que el Frente “Cacique Calarcá” aceptaba ser el autor material de los hechos. Un día después, el actor interpuso acción de tutela, con el argumento de que las autoridades indígenas habían desconocido, en la investigación, la circunstancia de que el grupo guerrillero era el culpable del asesinato. Sostuvo, además, que se violó su derecho al debido proceso, porque las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto y fue imposible controvertirlas, porque las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos y, en tercer lugar (y quisiera sobre todo resaltar este punto argumentativo), porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgare su conducta porque, en su opinión, *“no existe tradición ni uso o costumbre relacionada con el juzgamiento del delito de homicidio, puesto que siempre su trámite ha correspondido a la justicia ordinaria, inclusive a instancia y con el apoyo de los Cabildos que no han vacilado en presentar a los indígenas que se ven involucrados en la comisión de tales ilícitos ante la autoridad judicial ordinaria competente”*.

De cualquier forma, a pesar de la tutela la Asamblea se realizó, participando en ella miembros de todos los resguardos de la Zona Norte. Francisco Gembuel no quiso controvertir lo afirmado por los testigos, y simplemente manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan solo acataría lo que se dispusiera en ese proceso.

Finalmente, y después de reunirse para deliberar, la plenaria de la Asamblea decidió que el sindicado era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. Al momento de proceder a la ejecución de la pena del fuate, los familiares de Francisco Gembuel y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al gobernador de Jambaló a suspender la ejecución de la sanción.

Mientras, el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao concedió la tutela al actor. Si bien reconoció la competencia de la comunidad indígena para adelantar el proceso, consideró que el derecho de defensa había sido violado, y las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad personal del acusado. Ordenó, en consecuencia, dejar sin efectos el acta de la Asamblea y reabrir la investigación. Entre las consi-

deraciones relativas al debido proceso, este juzgado, así como quien revisó en segunda instancia la tutela, consideraron que la pena del fueite constituía una práctica similar a la de la tortura, al ser “*un acto que causa a otro dolor y sufrimiento grave física y mentalmente, el que se da en razón de un castigo*”, y que por ende estaba prohibida por la misma Corte, según pronunciamiento de la T349/96. Además, consideró que no permitirle al demandante ser defendido por un abogado violaba la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, literales b, c, d, e y f), así como el art. 29, inciso 4 de la Constitución.

La Corte reitera los lineamientos y criterios establecidos en la sentencia T-349 de 1996, ya analizada en este escrito, y que serán los que se tengan en cuenta para decidir este caso. Posteriormente, entra a analizar las particularidades de la cultura Páez (hoy nasa), para lo cual ha solicitado un dictamen pericial antropológico, al cual se atiende.

Pasa posteriormente a analizar el conflicto de competencias planteado por el actor, especialmente en lo concerniente a su negativa a aceptar la autoridad del cabildo y reclama los derechos que se le otorgan a cualquier ciudadano dentro de la justicia ordinaria, en especial el ser asistido por un abogado. Para la Corte, esta última declaración sugiere una actitud acomodada del demandante para acceder a los supuestos beneficios de la justicia ordinaria. Si se tiene en cuenta que Francisco Gembuel, además de tener posesiones dentro del resguardo (él mismo lo señaló en la audiencia fl.155), habitar en él y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos más importantes de la comunidad páez (fue incluso presidente del CRIC) es fácil concluir su pertenencia a ella. Como lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso (Ester Sánchez), “*la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena... Claro está, que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable, es que pretenda renunciar a ella, en un determinado momento, para evadir la responsabilidad frente a sus autoridades*”.

Manteniendo la tendencia a pronunciarse sobre instituciones particulares de las comunidades indígenas que entran en contradicción evidente o aparente con instituciones y derechos consagrados por el ordenamiento nacional, así no hayan sido demandados por los actores, la Corte reitera los rasgos principales de su actitud frente al debido proceso y la proporcionalidad de la sanción (en este caso el fueite) en materia de jurisdicciones especiales. Nuevamente, la Corte combina subreglas dogmáticas, destinadas a orientar fallos, con subreglas de precedente, que deben ser leídas en el contexto cultural específico en que se construye su aplicabilidad (es decir, aplican para otros grupos paeces o culturas similares colocadas ante hechos similares). Con un aditivo muy importante: para el caso del análisis del fueite, la Corte considera que se aplicarían las mismas consideraciones que



tuvo en cuenta para considerar la constitucionalidad del cepto, en la T349 del 96, aun cuando no establece si aplica la misma subregla<sup>75</sup>.

Así, por ejemplo, en lo concerniente al derecho de defensa, que según el actor fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, anota el pronunciamiento del Alto Tribunal:

*“Es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad (subregla dogmática general). En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra (subregla específica)... La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza”.*

Sobre el fuate, que había sido uno de los tópicos más controversiales ante la opinión pública, que se manifestaba *horrificada* ante la continuidad de dicha práctica, acota la Corte:

*“La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena Páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado... El fuate consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepto, es una de las sanciones que más utilizan los*

75 Obviamente, esto último podría dar lugar a una amplia polémica sobre la analogía de hechos y decisiones en materia de precedentes. Polémica que, de hecho, puede hacerse extensiva a todas las decisiones particulares que ha adoptado la Corte en relación con culturas particulares (como la pena colectiva), puesto que siempre se podría decir que se refieren a culturas indígenas que guardan más o menos relación entre sí, por compartir rasgos prehispánicos.

*paces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía... Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al escarmiento público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción”.*

Vemos así como la visión intercultural del magistrado Gaviria impregna todo el espíritu de esta sentencia, y debería inspirar por lo tanto una ruptura con la forma de comprender los asuntos indígenas típica de una visión como la expresada en la sentencia T254/94, a mi juicio replicada más o menos consistentemente por los juzgadores de instancia.

Pero la tendencia se modifica con la sentencia SU-510 de 1998<sup>76</sup>, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, quien no renuncia a su visión original, aun cuando tampoco la acoge plenamente, y termina proponiendo una especie de punto intermedio entre los extremos de las dos tendencias resaltadas hasta el momento. Veamos con mayor detenimiento esta nueva construcción dogmática.

La controversia surge a raíz de las restricciones al ejercicio de la libertad de culto que las autoridades de la comunidad ika arhuaca ejercían sobre la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. De acuerdo con los accionantes, dentro del resguardo se limita la práctica colectiva del culto evangélico, el proselitismo dirigido a obtener las adhesiones de nuevos miembros a la Iglesia, el ingreso del pastor foráneo o civil a territorio indígena y la construcción de templos evangélicos. Adicionalmente, los integrantes de la citada iglesia que hacen parte del pueblo arhuaco alegan que les ha prohibido la salida colectiva del resguardo cuando ella ha tenido la finalidad de practicar el culto evangélico, que los discriminan a la hora de efectuar la distribución de bienes (como la tierra) y servicios (como la salud o la educación), pese a que ellos también son indígenas, y que son objeto de severos castigos

---

76 No son claras las razones por las cuales esta sentencia adquiere la connotación de Sentencia de Unificación. Por una parte, podría argüirse la relevancia del tema discutido, pero esa era una razón común a las anteriores sentencias, y de hecho la de la comunidad nasa tuvo mayor trascendencia pública. Por otra parte, como hemos anotado, la Corte no evidenciaba una controversia interna, a pesar de que ésta fuese implícitamente manifiesta. Y si se quería propiciar una decisión unívoca de sala plena, la existencia de salvamentos de voto, que por primera vez aparecen, indicarían entonces que se fracasó en este intento. Más curioso aún, los salvamentos no provienen de las tesis sustentadas por los magistrados Cifuentes o Gaviria. Este último, por ejemplo, no parece incómodo con la interpretación restrictiva que se le hace a su línea autonómica previa, pues no salva ni aclara su voto.

por el solo hecho de pertenecer a la mencionada congregación religiosa (según dicen, son encerrados en lugares oscuros sin comida y sin alimento, colgados de los brazos durante horas, obligados a arrodillarse sobre piedras, etc.).

Por su parte, las autoridades tradicionales sostienen que las prácticas religiosas adelantadas por los miembros de dicha iglesia dentro del resguardo amenazan la existencia misma del pueblo arhuaco y, en consecuencia, su derecho fundamental a la integridad, identidad y diversidad cultural. Alegan que las restricciones se encuentran plenamente legitimadas por la Ley de Origen y que, adicionalmente, están amparadas en las normas constitucionales que protegen la cultura indígena y que les confieren un alto grado de autonomía para definir sus propias reglas conforme a sus creencias y valores. Sin embargo indican que no rechazan a los miembros de la comunidad que han “caído” en el evangelio, y que no los castigan por el mero hecho de predicar otra religión, sino por incumplir las normas de convivencia de la colectividad. En ese orden de ideas, sostienen que quienes vivan en territorio arhuaco deben obedecer las normas propias de convivencia y respetar a las autoridades tradicionales.

La Corte divide el problema jurídico en tres cuestiones distintas pero íntimamente relacionadas. En primer lugar, decidir si, a la luz de la Constitución Política, las autoridades tradicionales de un pueblo indígena se encuentran autorizadas para restringir la libertad de cultos de sus miembros a fin de mantener la diversidad e integridad de su cultura. Como la respuesta a esta cuestión será positiva, le resultará indispensable analizar cada una de las eventuales restricciones - como el cierre del templo y la prohibición del proselitismo religioso- para evaluar, en concreto, su adecuación a la Carta.

Por último, la Sala tendrá que estudiar si las autoridades tradicionales de un pueblo indígena pueden limitar el acceso al resguardo de congregaciones religiosas ajenas a su cultura o si con ello se viola el derecho a la libertad de cultos de dichas congregaciones.

Para responder los anteriores interrogantes, la sentencia desarrolla una metodología exhaustiva de estudio, que es congruente con los postulados de los pronunciamientos que hemos venido comentando. En especial, realiza un concienzudo estudio de la cultura ika o arhuaca en su conjunto. Es desde éste que la sentencia concluye que existe una contradicción cultural de fondo entre la cosmovisión ika y la doctrina evangélica, por el carácter individualista de esta última:

*“El carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos choca frontalmente con la concepción del sujeto contemplada por la cosmovisión ika y con las responsabilidades que esa misma cosmovisión ha asignado a los indígenas serranos como “hermanos mayores” de la humanidad y guardianes de la armonía universal”.*

Para la Corte, ello es así por cuanto las iglesias evangélicas buscan es la salvación individual, mediante una determinada comunicación entre individuo y deidad a través del conocimiento del Evangelio. Por ello, no es un proyecto colectivo sino de responsabilidad personal. Por el contrario, para los ika prevalece lo colectivo sobre lo individual.

*“En efecto, el individuo no solo responde por su propia supervivencia sino, también, por la de su comunidad, la naturaleza y el universo que lo circundan. Lo anterior se funda en el principio metafísico serrano según el cual si el orden universal y la naturaleza determinan las acciones de los hombres, el actuar humano tiene la potencialidad de afectar e, incluso, de desquiciar, el entero orden del cosmos. De allí, la existencia de la economía política del makruma, en la cual el individuo debe estar pagando ofrendas en forma constante o, lo que es lo mismo, pidiendo permiso para usar y disfrutar los beneficios de la naturaleza o restableciendo aquellos equilibrios que su pensamiento o actuar hubieren podido romper. De este modo, el ideal ético de vida buena que se deriva de los mandatos contenidos en la Ley de Origen -una vida inserta dentro de la economía política de la ofrenda-, implica, obligatoriamente, que la responsabilidad por los actos individuales se transforme en una responsabilidad para con los otros y para con el orden del universo, en cuanto que el propio actuar puede afectar la existencia de estos últimos... El nacimiento, el bautizo, la llegada a la madurez, el matrimonio, la confesión, el poporo, la obediencia a la autoridad, el vestido, tejer, en suma, cada una de las prácticas culturales de los arhuacos tienen un significado coherente con esa visión del hombre, la comunidad y el cosmos. Así por ejemplo, tejer constituye una actividad pública, una actitud social que simboliza la participación en la vida del grupo. El individuo es el hilo de algodón que se inserta dentro de la tela que conforma el tejido social y, así como la calidad del hilo determina la resistencia y calidad de la tela, las acciones del individuo son el sustento del complejo social...”*

Esta contradicción se acentúa en prácticas rechazadas por las iglesias evangélicas, como el poporo, la seguridad o la confesión con los mamos, que hacen parte nodal de la filosofía práctica y religiosa de los ika. Esto ha llevado a lo que en la sentencia se denomina como un rechazo absoluto a la autoridad de los mamos por parte de los indígenas ika pertenecientes a la iglesia pentecostal, que en últimas es el que afecta el orden interno de estas comunidades, dado el rol fundamental que el mamo tiene en la preservación de la integridad étnica y cultural, en tanto intérpretes de la Ley de Origen con posibilidad de fijar los parámetros de vida buena y comportamiento debido.

*“En una palabra, sin la guía y autoridad espiritual y religiosa de los mamos, la comunidad ika perecería en el caos universal. Por esta razón, renegar y cuestionar la autoridad de estos sacerdotes significa la renuncia a la identidad cultural ika.*

*Adicionalmente, desde la perspectiva del sistema jurídico ika, el rechazo a la autoridad del mamo puede llegar a constituir la comisión de uno los más graves delitos en que pueda incurrir un individuo arhuaco quien, por esta razón, podría llegar a ser expulsado de la comunidad... En este sentido, puede afirmarse que cuando un individuo ika renuncia a su religión renuncia, al mismo tiempo, al orden existencial que le otorga su identidad cultural”.*

A partir de estas diferentes visiones culturales debe entenderse la actitud de las autoridades de la comunidad ika en el sentido de limitar la práctica de otras religiones:

*“Las autoridades tradicionales del pueblo ika han limitado, dentro del resguardo, el ejercicio de la libertad de cultos de un grupo minoritario de indígenas que profesan el evangelio. Alegan que las prácticas y dogmas de los evangélicos amenazan su derecho fundamental a la diversidad e integridad cultural y, por consiguiente, dicen estar legitimados por la Constitución para tomar las medidas necesarias para defender su cultura”.*

En este contexto, la Corte entra a decidir si efectivamente las autoridades ika están facultadas por la Constitución para ejercer dicha restricción. Para ello recuerda algunos de los presupuestos básicos de la autonomía indígena. En especial, el hecho de que las comunidades indígenas tienen derecho a un estatuto especial, que no se predica de los otros nacionales. Esta diferenciación se expresa *“en el reconocimiento a su territorio, la autonomía en el manejo de sus propios asuntos, el uso de su lengua y, en fin, el ejercicio de la jurisdicción conforme a las normas y procedimientos plasmados en sus usos y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la república”.*

Insiste la sentencia en un punto que había sido tratado por el mismo magistrado ponente Cifuentes en la Sentencia 254 de 1994: A diferencia de otros vínculos asociativos más o menos contingentes, el que une a un individuo a la comunidad indígena de pertenencia se entraba en su decurso existencial, *“se establece desde el nacimiento y, salvo que se abandone o libremente se renuncie a él, termina solo con su muerte. Dada la naturaleza cultural del ligamen comunitario, el individuo no se ve involucrado en puntuales aspectos de su actividad, sino en un entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe de una forma definida de vida”.*

Sin embargo, estima la Corte que la Constitución no le impone a ninguna persona el deber de vivir dentro de una cierta comunidad indígena.

*“Por el contrario, asume que garantizar dicha opción a quienes deseen desarrollarse dentro de una determinada práctica cultural, enriquece sus posibilidades vitales y espirituales. Aparte de aumentar el abanico de elecciones, los pueblos indígenas co-*

*rresponden a una realidad histórica y sociológica que, solo a riesgo de comprometer la paz social, podían ser ignorados en el momento constituyente. Por consiguiente, solo en el caso del indígena confluyen, en términos originarios, dos títulos de pertenencia: uno nacional, que lo hace sujeto activo de todos los derechos constitucionales y, otro comunitario, que le brinda la oportunidad de desarrollarse en su comunidad de origen”.*

De esta doble condición, se prevé el surgimiento de conflictos de diferente orden. Aquí es donde cobra importancia la jurisprudencia que ha venido elaborando la Corte, en el sentido de privilegiar el máximo despliegue posible de las libertades (principio pro libertate) y, al mismo tiempo, el máximo radio de acción a la autonomía de los pueblos indígenas (principio pro communitas).

Para sustentar lo anterior, en la sentencia se hace un prolijo recuento de las distintas sentencias que ha producido la Corte en materia de autonomía y derechos indígenas (algo más de cincuenta), y reproduce en lo fundamental las tesis sostenidas en este documento en materia de autonomía amplia de la jurisdicción indígena, dentro de los límites comentados previamente.

Sin embargo, las aplicaciones concretas al caso analizado, indican algunas nuevas consideraciones a tener en cuenta. La primera, si las autoridades indígenas están obligadas al respeto y garantía de los derechos fundamentales de los miembros de su comunidad, aún en campos como el de la libertad religiosa. Es decir, si obra bajo los mismos criterios de competencia de los servidores públicos. Lo que se traduciría, en materia religiosa, al deber de garantizar la posibilidad de libre elección.

En este punto, la Corte se aparta de una lectura universalista, y termina adoptando un criterio más bien particularista o conservadurista:

*“Debe preservarse en favor de la comunidad indígena, caracterizada externamente por la preponderancia que en ella tiene el factor religioso, su condición de sujeto que ha efectuado y mantenido históricamente una determinada forma de espiritualidad. El pueblo indígena, desde este punto de vista, tiene su anclaje directo en una visión religiosa. Sus autoridades, por definición llamadas a secundar las creencias del grupo, no estarían obligadas a garantizar la libertad general de elección religiosa. La correcta interpretación del principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, impide asignar a las autoridades de un grupo indígena portador de arraigadas creencias religiosas, la tarea de obrar como órgano garante de la apertura religiosa de la respectiva comunidad”.*

El punto más interesante de la sentencia, a mi juicio, es la insistencia en el punto de vista interno de la comunidad, y no necesariamente en el marco ideológico que podría tener alguien inspirado por el ideario occidental representado en la misma Constitución de 1991 (como parecía el caso, entre otras consideraciones, del mismo magistrado Cifuentes en el año de 1994), llegando incluso a proclamar una cautela similar a la que se exige para revisar la vía de hecho en materia de tutela a sentencias judiciales:

*“No se discute que en el territorio nacional se debe acatamiento a la Constitución Política. Empero, el juicio de conformidad constitucional de una determinada acción o abstención de una autoridad indígena referida a miembros de su comunidad, como punto de vista externo a la misma, no puede operar sin que antes se intente **aprehender su significado en el contexto sociocultural en que se origina**. La violación constitucional, cuando ella se presenta, debe trascender la mera diferencia de enfoque cultural de una acción y, en términos indubitables, lesionar la dignidad de la persona humana. De lo contrario, se arriesgaría con reducir hasta límites en verdad opresivos, el horizonte ordenador de una determinada cosmovisión y, de otro lado, se tendría que exigir a los miembros de la comunidad indígena que en ella encuentran su patrón de socialización, la asunción de pautas extrañas al código cultural en el que se cifra su identidad. Igualmente, **la autonomía relativa que la Constitución reconoce a los pueblos indígenas, que se refleja en la existencia de una jurisdicción especial que debe aplicar los mandatos de la Constitución Política, impone la necesidad de garantizar a dichas autoridades un ámbito de independencia funcional, necesario para ensayar una interpretación que tome en consideración las particularidades de las comunidades, de modo que solo si sus fallos constituyen vías de hecho, la acción de tutela resultaría procedente**”.*

De aquí se sigue una consecuencia práctica igualmente reveladora, que ha sido mencionada de forma diferente en otros fallos de la Corte:

*“**La Corte Constitucional no puede juzgar las acciones o abstenciones de las autoridades indígenas con el mismo rigor que aplica en los demás casos.** Aquí no se expresa que la Corte deba adoptar una actitud indulgente. Simplemente, se puntualiza que el juez constitucional debe proceder con cautela y deferencia. De una parte, se debe evitar la violencia cultural que consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento. De otra parte, el espacio de indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros (**interpretación pro indígena**)... Desde el punto de vista externo, las conductas examinadas,*

*podrían catalogarse como violatorias de la libertad religiosa. En cambio, desde el punto de vista interno de la comunidad, tienen un significado cultural plenamente comprensible como acciones dirigidas a compensar un desequilibrio causado en el mundo y que debe subsanarse de una determinada manera. **La consideración del punto de vista interno, evita la mecánica aplicación de las normas constitucionales.** En efecto, si una determinada acción se asocia a una práctica cultural se logra entonces conocer su sentido y significado y ello permite al juez constitucional determinar si aquélla se vincula a la diferencia cultural que la Constitución protege o, si en cambio, excede el campo de su protección, particularmente por violar las exigencias mínimas de dignidad de la persona humana. En otras palabras, **si el juez constitucional desestima el punto de vista interno, cercena a la comunidad y a sus miembros el derecho a gozar de la protección que debe otorgarse a la diversidad étnica y cultural...**”.*

Este postulado genera una percepción netamente diferenciada de la autoridad nacional y de la autoridad indígena. O, en otras palabras, ya que no se puede exigir de la autoridad indígena, por el hecho de serlo, que cumpla las funciones atribuidas a un funcionario público investido de precisas competencias institucionales, tampoco se puede exigir de él una actitud neutral o ecuménica frente al conflicto religioso. Lo que ilustra la Corte mediante una comparación con otras órdenes religiosas, cuyos miembros no están obligados tampoco a mantener visiones ortodoxas.

*“La viabilidad constitucional de la indicada forma de vida religiosa, se apoya en una interpretación de este derecho fundamental que, mutatis mutandis, puede ser la adecuada para comprender en ella la conducta que se censura a las autoridades indígenas, de quienes, como puede observarse, equivocadamente se ha esperado un comportamiento de autoridades públicas de la sociedad global, desconociendo que son ante todo autoridades político-religiosas de una comunidad centrada en una particular cosmovisión”.*

Como colorario de lo anterior, decide la Corte el derecho de la comunidad arhuaca de posibilitar o impedir la construcción de un templo dentro de su territorio:

*“La militancia o el proselitismo de otras religiones, dentro de territorio arhuaco, independientemente de que se realice por miembros de la comunidad o por terceros, pertenece a un género de conductas que por atentar contra el núcleo de las creencias de la comunidad, pueden ser objeto de serias limitaciones por parte de las autoridades internas. **La comunidad indígena, resguardada bajo el principio de la diversidad cultural, puede autónomamente controlar su grado de apertura externa**”. La consecuencia, por lo tanto, es obvia: “Por lo expuesto, la viabilidad de*



*la construcción y apertura de un templo evangélico en territorio arhuaco, corresponde ser decidida de manera libre y autónoma a las autoridades indígenas”.*

Si bien las anteriores consideraciones le permiten a la Corte definir un pronunciamiento frente a la Iglesia evangélica, resta considerar el caso de los miembros de la comunidad que ya profesan dicha religión.

De hecho, de los testimonios y pruebas recogidos no queda claro si éstos son objeto de vejámenes o tratos deshumanizantes, o si simplemente ven restringidos sus derechos culturales por el pertenecer a otra comunidad religiosa, lo que llevó a la Corte a no pronunciarse de fondo sobre la materia, dejando abierta la puerta para que se acudiera nuevamente a la tutela de presentarse alguna arbitrariedad.

Sin embargo, todo el discurso que sustenta esta posibilidad se centra nuevamente en la dignidad de la persona, la que constituiría un límite general a la autoridad colectiva indígena. En este sentido, la Corte sienta algunos principios de orden global en este campo, que dan pie para discutir si se ha limitado sensiblemente la autonomía (tal como se elaboró en sentencias como la T349/96) o si solo se prevén potenciales hipótesis y aplicaciones.

El principio general es bastante claro:

*“El respeto a la persona humana impide a las autoridades indígenas incurrir en actos arbitrarios y apelar a procedimientos inhumanos y degradantes para sujetar a los miembros de la comunidad que se desvíen de los cánones tradicionales... El régimen punitivo de una comunidad indígena, pese a que monóticamente se define según ciertas creencias religiosas o míticas, no puede sancionar al miembro que decida abrigar un credo distinto. La diferencia cultural no ampara el recorte del núcleo esencial de la libertad religiosa que, en lo que respecta a la determinación personal de profesar una cierta concepción religiosa, se confunde con la libertad de conciencia. La diferencia cultural autoriza la existencia de comunidades indígenas estructuradas sobre la base de una única visión espiritual. Sin embargo, el respeto a la dignidad de la persona humana, hace incompatible que se apele a la diferencia cultural para someter de modo totalitario las conciencias de los miembros”.*

Como es apenas comprensible, la práctica concreta de una subregla de este tipo llevaría a múltiples interpretaciones que pondrían nuevamente en duda la autonomía que la Corte venía postulando de manera general. Sobre todo, porque introduce de manera frontal el tema del respeto a los núcleos esenciales de los derechos fundamentales, a los que parece apuntar el pronunciamiento. Sin embargo, los considerandos de la sentencia indicarían que apenas se trata de observaciones pragmáticas, que no tocan el fondo de la

línea sino que buscan ante todo discernir cuándo se está ante una actividad legítima, en el marco del mantenimiento de la diversidad cultural, o cuándo ante una arbitrariedad:

*“Las autoridades están en su derecho de sancionar a quien no obedece en los términos en los que deben obedecer los restantes miembros de la comunidad. La interdicción de perseguir al disidente por el mero hecho de serlo, no implica que éste adquiera un título válido para dejar de cumplir las reglas de la vida comunitaria que todos deben acatar en razón de su condición de miembros de la comunidad... La autoridad encargada de sancionar las violaciones a las pautas que ordenan la vida social, mientras se limite con objetividad a aplicar lo que en la comunidad es el derecho válido, no incurre ciertamente en arbitrariedad...”*

Y aquí, la Corte reitera el núcleo de su nueva subregla dogmática, aun cuando esta vez no relacionada con el tema de los núcleos esenciales, sino con la comprensión de lo que es dignidad humana desde la perspectiva de cada comunidad:

*“El severo recorte que puede sufrir la libertad religiosa del indígena disidente, tanto en lo que se refiere a la exteriorización de su nueva fe como a su práctica militante, es simplemente incidental a su pertenencia a una comunidad que se cohesiona alrededor del factor religioso, sobre el cual, además, edifica el rasgo cultural que constitucionalmente la dota de intangibilidad. No obstante **ninguna comunidad indígena está autorizada para dispensar a su miembro disidente un tratamiento que no sea respetuoso de la dignidad de la persona humana.** De ahí que el no creyente o el que profesa una religión distinta a la oficial, por ese solo hecho, no puede ser objeto de sanción o de persecución de ningún tipo...”*

Esta comprensión es la que sostiene la forma de decidir el caso de reparto inequitativo de tierras para indígenas convertidos a la religión pentecostal, que también había sido denunciado por los actores. La Corte reconoce que, en principio, lo concerniente al reparto de bienes y recursos colectivos es competencia de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Pero, igualmente, que esta autonomía tiene límites<sup>77</sup>. Claro que,

77 Aun cuando espera ilustrar dichas limitaciones con la comparación que se da en el reparto de tierras en comunidades campesinas, ejemplo que a mi juicio oscurece, más que iluminar, el ámbito de dichas limitaciones: *“Las disposiciones anteriores son claras en indicar que la adjudicación de tierras a las comunidades indígenas se diferencia de la que se realiza respecto de las comunidades campesinas en la medida en que la primera se funda en el vínculo indisoluble que une al pueblo indígena con su tierra de origen. En otras palabras es la relación que, en virtud de las especificidades culturales, tienen estos pueblos con la tierra, la que orienta las políticas de constitución de los resguardos. Si la cultura se desdibuja y se desmitifica la relación sacra con la tierra, estas comunidades pasarán al estatus de una comunidad campesina. Igualmente, la constitución de resguardos se justifica en la medida en que el usufructo por la explotación de la tierra revierte en las comunidades indígenas que son sus propietarias. Si, por cualquier vía, se priva a la comunidad de tales beneficios y se permite que otros agentes sociales los obtengan, puede afirmarse que se está perdiendo una de las razones para mantener la presunta propiedad colectiva del resguardo”.*

para el caso *sub iudice*, estima que se actúa dentro de lo permitido, pues “*no parece desproporcionado que las autoridades tradicionales tomen en cuenta la “identidad cultural” de las personas que habitan en el resguardo, a efectos de hacer una distribución de la tierra con miras a mantener la propiedad colectiva de la misma y de sus frutos, siempre y cuando no confisquen los bienes que han sido entregados a las familias evangélicas y distribuyan el resto de la tierra entre las familias indígenas de manera equitativa, con arreglo a las normas tradicionales que se ocupen de la materia*”.

Tal cual se desprende de este último párrafo, es evidente que la Corte procede nuevamente a condicionar la autonomía de las comunidades indígenas, aun cuando para el caso en estudio considere que no se cruzan los límites que ella misma impone. Los que, para efectos pragmáticos, serían la prohibición de confiscación de tierras y el reparto equitativo de la tierra.

Ahora bien, como esperamos haya quedado claro de las mismas citas extraídas de la sentencia, esta limitación estaría siempre permeada por la distinción entre punto de vista externo (que tiene el juez) y punto de vista interno (que elabora la misma comunidad). De esta forma, al operador jurídico no le competiría un análisis simple de violación, menos imponer su propia visión sobre las controversias planteadas, sino cotejar si, teniendo en cuenta el punto de vista interno de las comunidades indígenas, resultan violados núcleos esenciales de los derechos fundamentales. Es decir, se trata de un análisis que no replica automáticamente las categorías occidentales, sino que intenta ver la manera como ellas son apropiadas o interpretadas por una cultura no occidental.

Curiosamente, esta posición, que podría catalogarse como de más *blanda* a la que venía impulsando el magistrado Gaviria a través de sus ponencias, genera por primera vez salvamentos y aclaraciones de voto. Es importante tenerlos en cuenta por cuanto, como se observará, a su base es fácil percibir un deslizamiento de magistrados de la Corte hacia pronunciamientos menos proclives a la autonomía indígena.

Si bien el magistrado José Gregorio Hernández comparte los criterios centrales del fallo en lo relativo a la protección de la cultura y las creencias ancestrales de los pueblos indígenas, estima que también ha debido concederse la tutela a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia y a sus pastores, “*no en cuanto a la construcción de templos o edificaciones en predios sobre los cuales la comunidad indígena ejerce propiedad colectiva, sino en lo atinente a la libre prédica y difusión de sus creencias religiosas, con miras a convencer de ellas a los indígenas*”.

Entre sus consideraciones de fondo, cree que la Corte ha debido dar mayor alcance al artículo 19 de la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona a profesar y

difundir libremente su religión. Además, piensa que se afecta el artículo 13, relacionado con la prohibición de discriminar, entre otras, por razones de religión.

Además, estima que las comunidades indígenas deben abrirse a nuevas posibilidades, entre ellas las que promueven la formación de nuevas profesiones e ideas religiosas, y que impedirlo cae en el paternalismo y atenta contra el libre desarrollo de la personalidad. Salvo, que dicha apertura se haga mediante la coacción o la fuerza:

*Desde luego, el ejercicio del derecho a propagar las ideas de la propia confesión, que tiene por contrapartida la libre opción religiosa de los indígenas, ha de tener desarrollo dentro del debido respeto a la normatividad general y a la vigente dentro de la respectiva comunidad y no sería admisible si se recurre a procedimientos o modalidades de acción o de busca de prosélitos que vulneren o amenacen derechos fundamentales o que impliquen violencia física o moral, engaño o aprovechamiento indebido... Pero, supuesto apenas el normal desarrollo de la actividad pastoral, sin menoscabo de derechos inalienables de las personas, la difusión de las ideas religiosas, aun en territorios indígenas, es lícita y merece amparo estatal”.*

Más radical es el pronunciamiento del magistrado Vladimiro Naranjo, quien llega incluso a sostener que en este caso la Corte se apartó de jurisprudencia anterior. Filosóficamente, Naranjo considera que la libertad religiosa deriva de la condición racional, y por ende, libre, del hombre, y de su tendencia a lo trascendente. Por ello, el derecho de las comunidades indígenas a ser protegidas y preservadas no puede ir en contra de derechos como éste, que tiene un carácter fundamental y fundante.

No hacerlo lleva al sinsentido de que derechos como los de libertad de conciencia, religiosa y de cultos, les sean reconocidos plenamente a todos los colombianos, mas no a los arhuacos, so pena de tener que abandonar el propio hábitat cultural, familiar y económico. Además, de que se llegue a ello como una forma de protección a una forma de vida que considera totalitaria o fundamentalista:

*“Pienso además, que a esta conclusión se llegó a partir del axioma de que las comunidades arhuacas no admiten una perspectiva individualista de la persona humana. Si bien esto puede ser así, es decir, la sociedad arhuaca puede ser una sociedad impregnada de paternalismo y con tintes totalitarios, en la que el individuo no es considerado sino como parte de una colectividad político - religiosa de tipo fundamentalista, ello no es óbice para que la jurisprudencia legitime este estado de cosas, y avale el desconocimiento de los derechos individuales fundamentales. Las concepciones totalitarias de la sociedad, que miran al hombre como un medio para la consecución de los fines sociales, desconocen la capacidad de la propia autodeterminación del hombre y*

*el carácter de fin en sí mismo que tiene todo ser humano, en virtud de su condición racional, naturalmente sin desconocer el carácter social del hombre”.*

En otras palabras, el magistrado disidente piensa que los derechos fundamentales deben ser universales, intemporales e independientes de contextos socio-culturales como el del pueblo ika. Y, para ello, se apoya en parte de la profusa jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de conciencia.

Más lacónico es el pronunciamiento del magistrado Hernando Herrera, aun cuando el sentido es similar: la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales dentro del propio ámbito territorial, prevista en el artículo 246 de la Carta en relación con pueblos indígenas, no puede ir en contra de los derechos de las personas, sin consideración a razones de sexo, raza, religión, opinión política o filosófica.

En el fondo, la posición de los tres magistrados es coincidente: la autonomía de las comunidades indígenas debe tener como limite el respeto a los derechos fundamentales de los individuos. O, en otras palabras, prevalencia del punto de vista externo (comunidad occidental) sobre el punto de vista interno.

Obviamente, este parecer obedece a posiciones éticas y filosóficas de los magistrados, que no es del caso discutir aquí. Lo cierto es que demuestra un nivel de discrepancia latente en la Corte, que posteriormente no se ha profundizado. Quizás sea ésta otra de las razones por las cuales el Alto Tribunal ha mantenido una retórica complementaria entre sus tres sentencias básicas aplicables a esta temática, a pesar de las visibles diferencias argumentativas: no quiere aumentar las posibilidades de disidencia, y ha adoptado un criterio pragmático que le ha permitido parcialmente garantizar un cierto consenso que a su vez posibilita un grado modulado de autonomía, aun cuando no tan amplio como el que imaginaba el magistrado Gaviria.

Sea como fuere, el caso es que en esta sentencia de unificación aflora una visión claramente multicultural, aun cuando ya no necesariamente asimilacionista o integracionista. Evidencia el Tribunal, por el contrario, el interés por conciliar de manera activa los principios que sustentan la visión liberal/procedimental de la Constitución con un respeto hacia construcciones que, a pesar de ser iliberales, estén en disposición de integrarlos por la vía de la dignidad general humana, interpretada esta vez desde su propia cosmogonía.

Ahora bien, como colofón de la estructura dogmática básica que utiliza la Corte en materia de debido proceso, el mismo Tribunal cita, en la sentencia marco que nos ha servido de referente (la T001/12), dos pronunciamientos en los que se habrían aplicado consistentemente estas mismas reglas: la T-1127 de 2001 y la T-549 de 2007, especialmente en la consideración del debido proceso como lo previsible.

La referencia a la primera es, por lo menos, paradójica. En dicho pronunciamiento se analiza el caso de un joven páez (nasa) de quince años, del Cabildo Indígena de Belalcázar (Centro-Cauca), que es sancionado por el hurto de una gallina con una medida de aislamiento. La tutela la interpone su madre, quien considera que se vulnera el debido proceso al no permitírsele visitarlo.

Con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería, la Corte considerará que efectivamente se ha violado el debido proceso, pues la conducta de privar a la madre de visitar a su hijo (y viceversa) no era previsible. Hasta aquí no habría realmente sorpresa, pues el dictamen pericial, encargado por la Sala a la antropóloga Esther Sánchez Botero, si bien había encontrado que la conducta de robo de gallinas podía ser considerada grave en determinados contextos, y que efectivamente la conducta de aislamiento buscaba más el equilibrio comunitario y personal que una sanción (como había manifestado el Gobernador de la comunidad), consideraba como extraño a la cultura el impedir el encuentro madre e hijo:

*“Quiero expresar –como ampliación del peritaje que he realizado– que el caso fue considerado, por la totalidad de las autoridades y de los miembros de la comunidad que también asistieron (la perita hace referencia a un seminario sobre protección a niños, niñas y jóvenes indígenas), en primer lugar como desconocido, lo cual no es normal en sociedades cara a cara. Adicionalmente todos, sin excepción, consideraron irregular privar de la posibilidad de verse madre e hijo, sanción no utilizada anteriormente...”*

Pero lo que es todavía más extraño, por seguir esta línea argumentativa, es el concepto de previsibilidad en el debido proceso que utiliza esta vez la Corte:

*“Ahora bien, tal como se ha reseñado, lo que la actora pretende reivindicar primeramente no es el desacato a la autoridad indígena, sino su **derecho** a encontrarse con su hijo, a compartir con él algunos espacios, a que se rompa la incomunicación en que los tienen sumidos en virtud de una medida que ella no acaba de entender. Derecho éste que a la luz del debido proceso merece la mayor protección bajo el entendido de que las funciones jurisdiccionales propias de las autoridades indígenas deben operar en armonía con la Constitución y la ley, esto es, respetando el debido proceso que aún bajo el imperio de la tradición demanda la salvaguarda de la integridad del núcleo familiar, de suyo célula de los grupos humanos. Así, pues, el debido proceso, sin perjuicio de la autonomía reconocida constitucionalmente a favor de la jurisdicción indígena, comporta unas restricciones mínimas ligadas a la **previsibilidad** que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción. Previsibilidad que al amparo de la racionalidad, la objetividad y la proporcionalidad no puede desatender los valores de cultura superior que precisamente aseguran y protegen la*

*subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo humano que invariablemente se forma a partir de los individuos como seres sociales que son...”*

Para llegar a esta conclusión, la argumentación del magistrado ponente se apoya en dos autores neopositivistas, Norberto Bobbio y Juan Antonio García Amado. Del primero, se traen a colación citas como las siguientes:

*“Respecto de la relación entre individuo y sociedad (o estado), es necesario recordar lo que dice Norberto Bobbio en su escrito intitulado La revolución francesa y los derechos del hombre: “Es necesario desconfiar de quien sostiene una concepción antiindividualista de la sociedad. A través del antiindividualismo han pasado todas las doctrinas reaccionarias...”. O, más adelante, “En otro escrito de Norberto Bobbio denominado La herencia de la gran revolución, refiriéndose al mismo problema dice: “Se trata nada menos de dar cuenta del nacimiento de la concepción individualista de la sociedad y de la historia, que es la antítesis radical de la concepción organicista, según la cual repitiendo una afirmación de Aristóteles, que sería repetida por Hegel, el todo (la sociedad) es anterior a sus partes... En una concepción orgánica de la sociedad las partes son en función del todo; en una concepción individualista el todo es el resultado de la libre voluntad de las partes...”*

Son éstos los *valores de cultura superior* a los que alude la sentencia. Y no aporta mucho más la citación del breve ensayo de García Amado (2001), pues si bien lo que pretende con él el filósofo del derecho español es prevenir contra quienes usan categorías como las de derechos colectivos solamente por estar de moda, y propende por tanto para que se tenga más rigor iusfilosófico en la discusión, el ponente lo toma precisamente por lo contrario, como una forma de zanjar la discusión a favor de lo que el español denomina individualismo pragmático (que, visto el conjunto de la obra de dicho autor, se corresponde efectivamente con su pensamiento, pero que no pretende imponer en este escrito, sino tan solo ilustrar las diversas posiciones que pueden entrar al debate).

Así, podría aplicársele a esta extracción de citas descontextualizada que se hace en la sentencia, por la misma vía, la misma invocación que hace García Amado:

*“Pocas cosas del oficio iusfilosófico resultan, al menos para quien suscribe, tan descorazonadoras como comprobar la ligereza con que forjamos categorías y parimos entes. Tal parece que funcionara algún resorte mítico que nos hace pensar que todo cuanto se nombra existe por el mero hecho de nombrarlo. Y, para colmo, las modas, la dictadura de lo políticamente correcto y el gusto por quedar a tono con una supuesta y más que ficticia ortodoxia bienpensante nos llevan con demasiada frecuencia a prescindir del rigor para ganar el favor... Los anteriores asertos vienen a cuento del tema de los derechos colectivos y su tratamiento en las actuales filosofías del derecho y*

*política. Pero en este breve trabajo no discutiré sino en la medida imprescindible con las doctrinas en uso a ese respecto, y más bien intentaré formular algunas modestas distinciones en mi opinión necesarias para que podamos saber de qué hablamos y qué nos jugamos cuando nos referimos a los derechos colectivos... A la pregunta de si existen o no derechos colectivos no se puede responder sino con un prudente "depende". Depende, en efecto, de qué entendamos que son esas categorías o entes que se llaman "derechos" y sobre cuya existencia en manos de colectivos se nos pregunta..." (García Amado, 2001, págs. 103 - 104).*

Por ello, en realidad lo más importante de este fallo en materia dogmática es la aclaración de voto que emite el magistrado Manuel José Cepeda, quien entiende perfectamente lo precario de la argumentación que impone la mayoría en la Sala. Veamos algunos extractos un tanto extensos de su aclaración, ya que a mi juicio son enteramente pertinentes frente a la confusión dogmática que la misma Corte genera al invocar como coherentes y consistentes posiciones y argumentos que son contradictorios, superficiales y confusos.

Inicia Cepeda extrayendo una conclusión que nos parece más que obvia:

*"Si bien la sentencia pretende ser respetuosa de la diversidad cultural de la comunidad páez y dejar incólumes las concepciones de mundo y las competencias constitucionales (jurisdicción indígena) en materia del juzgamiento de las infracciones de sus propios miembros, lo cierto es que algunas consideraciones tienden a imponer valores, principios, visiones de lo que es debido de la cultura "hegemónica" a la comunidad indígena, más allá de lo que la jurisprudencia ha denominado el núcleo mínimo de derechos, lo que no se compadece con la forma de estado pluralista que caracteriza nuestra organización política (art. 1 C.P.) y con el respeto a la diversidad cultural (art.7 C.P.)..."*

A renglón seguido, muestra cómo la línea argumentativa de la sentencia está plagada de juicios de valor provenientes de la cultura occidental individualista, especialmente en lo que concierne al peso de los lazos afectivos que se tienden entre madre e hijo, que anulan completamente tanto el concepto antropológico como las declaraciones de los miembros de la comunidad, incluidos los actores.

También se refiere al desafortunado uso de autores por parte de la sentencia:

*"Las citas de pensadores como Norberto Bobbio o de autores como Juan Antonio García Amado para justificar la precedencia del individualismo sobre el colectivismo o la preferencia de los derechos individuales sobre los derechos colectivos, son argumentos de autoridad inadecuados para abordar el alcance de los derechos humanos,*



*en especial los fundamentales, frente a los principios constitucionales del pluralismo, la diversidad cultural y el respeto a la diferencia. Tales autores recogen una tradición occidental importante en la evolución del discurso de los derechos humanos y fundamentales, que sin duda tiene influencia en el constitucionalismo de los países latinoamericanos por los lazos occidentales comunes, pero que de ninguna manera puede ni debe trasladarse sin más a la jurisprudencia constitucional colombiana incurso en el desarrollo de un proyecto político pluralista, participativo y respetuoso de las diferencias culturales de las comunidades que integran la población colombiana, para responder a las especificidades de nuestro contexto y de nuestra historia... Considero que la Corte puede citar autores, nacionales y extranjeros, de acuerdo con unos criterios que no es del caso mencionar. Sin embargo, los párrafos citados en esta oportunidad representan un desarrollo de principios constitucionales. En efecto, la cita de Norberto Bobbio es una defensa de la herencia de la revolución francesa, en especial de su "concepción individualista de la sociedad". Es claro que las herramientas conceptuales del constitucionalismo liberal individualista –muy valiosas en ciertos ámbitos– son insuficientes para analizar en toda su complejidad el problema de la relación entre la cultura de los pueblos indígenas y el ordenamiento jurídico nacional como expresión de una cultura diferente. En mi opinión, el liberalismo en este punto no es tan pluralista, ni tan tolerante, ni tan respetuoso de la autodeterminación, ni tan protector del valor de la autonomía. Otros autores han abordado el punto, aún desde la perspectiva liberal, sin caer en el individualismo. Igualmente, la cita de García Amado ilustra la intensidad entendible de la controversia entre individuo y colectividad en el contexto histórico europeo, donde colectivismo ha significado totalitarismo o fascismo y por lo tanto opresión, represión, negación de la pluralidad. Pero en nuestro contexto, en nombre de la concepción de República Unitaria y de conformación de una sola Nación se dejaron de reconocer los derechos básicos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrocolombianas y, desde esa perspectiva, hubo opresión, represión y negación del pluralismo. La Constitución de 1991 dio un gran salto jurídico y conceptual para tratar de saldar una deuda histórica y proteger efectivamente la diversidad étnica y cultural...".*

Todo ello lleva a Cepeda a la conclusión de que *"la fundamentación de la decisión significa sin duda un viraje respecto a la jurisprudencia de la Corte en materia de constitución, pluralismo y respeto a las culturas indígenas..."*. Pero no se trataría de una simple interpretación alternativa a las tres que hemos esbozado (y que el magistrado Cepeda toma, siguiendo la inveterada costumbre de la Corte ya analizada en este escrito, como una sola), sino que sería una interpretación inconstitucional, pues al Tribunal *"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 el mismo ha reconocido... A la luz de la*

*jurisprudencia de la Corte Constitucional, es manifiesto que la fundamentación del fallo no se preocupó por valorar plenamente el respeto a la diversidad étnica y cultural cuando impone su propia visión de lo valioso – primacía del individuo sobre la comunidad – en el examen de las conductas presuntamente violatorias de los derechos fundamentales. Si bien existen elementos en el proceso – en particular el dictamen pericial en el que se resume la opinión de miembros de la propia comunidad indígena que manifestaron su extrañeza frente a las medidas tomadas – que permiten concluir que en efecto en el procedimiento seguido al menor Albeiro Castro Pardo se desconocieron las propias “normas” de la comunidad indígena para la tramitación del proceso, razón que me ha llevado a presentar aclaración especial de voto al presente fallo, lo cierto es que la mayoría pasó por alto, sin ni siquiera mencionarlo, tanto la aplicación de los criterios de maximización de la autonomía de la comunidad indígena Páez, como los requisitos que podrían justificar excepcionalmente una limitación de dicha autonomía...”*

Ahora bien, en lo que respecta a la segunda de las sentencias invocadas como ejemplo, la T-549 de 2007, ésta sí cumple con dicha función, pues aplica las reglas previas que la misma Corte ha determinado en materia de previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas. La sentencia refiere al caso de un indígena nasa, que también se desempeñaba como docente en los cabildos de los resguardos indígenas de Caldon y Pioyá (departamento del Cauca), quien fue juzgado por las comunidades y sus autoridades por acceso carnal violento en contra de dos mujeres indígenas (el acusado confesó su falta), y condenado a una pena de prisión de 12 años y la suspensión de su cargo de docente.

Como en actuaciones anteriores, la Corte solicita un dictamen pericial antropológico (nuevamente, de la antropóloga Esther Sánchez) y obtiene un recuento pormenorizado de las autoridades indígenas concernidas sobre la forma como se llevó a cabo la investigación y juzgamiento del caso. Como resultado de lo anterior, “*en relación con la alegada violación del derecho al debido proceso, advierte esta Sala de Revisión, que al accionante le fue plenamente respetado, y consecuentemente su derecho a la defensa, en tanto desde el momento en que fue presentada la denuncia en su contra –agosto 18 de 2005–, como a todo lo largo del proceso y en las diferentes audiencias y careos surtidos en él, tuvo pleno conocimiento del delito por el cual se le acusaba, así como también pudo estar presente en las audiencias públicas celebradas por los miembros de los Cabildos señalados, interviniendo activamente en éstas, pudiendo controvertir o confirmar lo dicho por sus acusadoras. Así, el señor Acalo Campo expuso sus argumentos en ejercicio de su defensa de conformidad con los usos y costumbres de su comunidad...”*

Retornando a las tesis con las que iniciábamos este apartado, reiteramos por ende que hasta la actualidad la Corte mantiene tres precedentes distintos, inspirados en dogmáticas diferenciadas, para resolver casos relacionados con lo que genéricamente denominamos

como restricciones internas. De acuerdo con la primera, la prevalencia de los derechos fundamentales es imperativa, lo que llevó, por ejemplo, a prohibir las penas colectivas basadas en criterios objetivos (prohibición que aún se mantiene). De acuerdo con la segunda, los límites a la autonomía de las comunidades indígenas son estrictos (prohibición de pena de muerte, esclavitud o tortura y mínimo principio de legalidad entendido como lo previsible), por lo que no operan instituciones derivadas del debido proceso occidental que no sean previsible para sus integrantes, como la *reformatio in pejus* o el principio de defensa técnica (entendimiento que, también, se mantiene vigente). Finalmente, conforme a la tercera, si bien prevalece una visión autonómica, ésta debe complementarse con el respeto de la dignidad humana y el núcleo de derechos fundamentales inherentes a ella, aun cuando con prevalencia de un punto de vista interno para el análisis de las violaciones. Por ser este último pronunciamiento producto de Sala Plena y sentencia de unificación, podría pensarse en una especie de prevalencia actual de esta dogmática, aun cuando difícilmente se podría predicar una unificación por cuanto el Alto Tribunal no ha reconocido explícitamente qué es lo que unifica.

### ***El fuero indígena***

En este apartado nos proponemos revisar el conjunto de sentencias que se ocupan del tema del fuero indígena y, por extensión, las reglas dogmáticas que ha impulsado la Corte Constitucional para dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria.

Siguiendo el esquema metodológico propuesto, la sentencia T001 de 2012 nos ofrece un conjunto de citas en torno a pronunciamientos en esta materia que, como vimos anteriormente, le permiten a la Sala de Decisión establecer que en el caso estudiado sí era competente la jurisdicción especial indígena, a pesar de tratarse de un caso que involucraba a un menor (como veremos posteriormente, la situación de menores se ha convertido en uno de los temas complejos de esta dogmática, al enfrentar el principio de diversidad étnica con el interés prevalente por los niños, previsto y desarrollado constitucionalmente).

Las sentencias citadas son la T-496 de 1996, la T-552 de 2003, la T-1238 de 2004, la T-945 de 2007 y la T-617 de 2010. Este grupo quisiéramos complementarlo con la sentencia T-002 de 2012, que también se pronuncia en materia de fuero indígena, y algunas referencias internas a otros pronunciamientos que a juicio del ponente (en dicho evento, Juan Carlos Henao) guardaban conexión dogmática con el tema.

La sentencia T-496 pertenece al conjunto de pronunciamientos a través de los cuales el magistrado Carlos Gaviria impulsó la idea de una maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, desde una perspectiva intercultural.

Se explora, por tanto, un campo novedoso, que no refiere tanto a las restricciones internas sino a la necesidad de armonización entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena. Pero con una particularidad curiosa. De hecho, en este evento, el actor busca afanosamente hacerse juzgar por su propia comunidad, pues considera que su situación sería mejor a la de si es juzgado conforme a la ley penal general. Lo que lleva a la Corte a precisar su comprensión sobre el fuero indígena.

Se estudia la tutela interpuesta por un indígena páez contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila, quien lo condenó a una pena de diez años y 10 meses de prisión tras el asesinato de su compañero de trabajo, también indígena, aun cuando perteneciente a otra comunidad. Entre las pruebas que había considerado dicho Juzgado, fue solicitada una valoración psicológica del acusado, a fin de establecer una posible inimputabilidad por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena desadaptado al medio social en que se desenvuelve. Igualmente, se aconsejó un estudio antropológico.

La antropóloga forense recomendó devolver al actor a su entorno cultural, para que fuera juzgado por las normas tradicionales de la etnia páez. En su opinión, el sindicado es fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento. El siquiatra forense, por el contrario, consideró que éste, a pesar de ser un indígena apegado a su cultura, tenía suficiente contacto con la civilización y estaba en plena capacidad para comprender la ilicitud de su acto y las consecuencias derivadas de él. Basó su concepto en el trabajo que ha realizado el actor por varios años, fuera de su comunidad, en fincas de personas no indígenas.

En la parte motiva de la providencia, y frente a la pretensión del actor de ser regresado a su entorno cultural, el Juzgado consideró que no podía ser beneficiario de la medida contenida en el artículo 96 del Código Penal, que establece que *“cuando se trate de indígenas inimputables por inmadurez psicológica la medida consistirá en la reintegración de su medio ambiente natural”*. En su opinión, y recogiendo el concepto del psiquiatra forense, el procesado no puede ser considerado como inimputable, pues al momento de cometer el delito no padecía de trastorno mental o inmadurez psicológica que le impidiera conocer de la ilicitud de su conducta.

Aun cuando no hace parte estricta de los hechos relevantes, pero a mi juicio siendo capital para la decisión de la Corte de revisar esta tutela, es necesario adicionalmente tener en cuenta lo dispuesto por el fallador de tutela en primera instancia. Este, acogiendo lo considerado por la misma Corte Constitucional en la sentencia T-254 de 1996, consideró que *“la normatividad penal es prevalente frente a los usos y costumbres de las comunidades indígenas, cuando busque proteger directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural, en este caso, el supremo derecho a la vida”*.

El punto central que introduce esta sentencia tiene relación con el conflicto de competencias entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción indígena, y la posible existencia de un fuero especial del que gozarían los miembros de estas parcialidades, gracias al cual tendrían derecho a ser juzgados por su comunidad aun cuando los hechos investigados no sean cometidos dentro del territorio tradicional.

En este sentido, uno de los aspectos interesantes a considerar en la sustentación que propone la Corte es, nuevamente, el peso que se le otorga a algunas sentencias hito en materia de autonomía indígena (en especial la 428 de 1992, del magistrado Ciro Angarita, que como vimos no es propiamente una sentencia liminar en materia de primacía de derechos colectivos indígenas). Por lo demás, la Corte reitera los principios y subreglas contenidos en las sentencias 136 de 1996 y 254 de 1994 (en este último caso no tanto en relación con las subreglas que allí se proponen como con el espíritu general de la controversia entre interés y unidad nacional y autonomía étnica).

Pero veamos cómo plantea la Corte lo relacionado con el fuero:

*“Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”.*

A partir de esta doble consideración, la Corte establece diferentes escenarios en el evento en que un indígena, por fuera de su territorio, cometa un ilícito, dependiendo de si la conducta investigada es o no sancionada por ambas culturas (la nacional y la indígena) y si el sujeto agresor entendía la gravedad de su conducta. Si la conducta solo es sancionada por el ordenamiento nacional, pero el indígena entendía la gravedad de su conducta, serán competentes los jueces ordinarios. Si no entendía tal carácter, procederá la *devolución* del individuo a su entorno natural. Pero si la conducta es sancionada en ambos ordenamientos, *“el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser*

*devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”.*

Según la Corte, estas reglas dan un cierto margen de acción a los jueces, de forma tal que puedan armonizar las diferentes circunstancias y proponer soluciones razonables. Sólo de esta forma, la diversidad se convierte en reconocimiento y se propicia una sociedad multiétnica y multicultural, en donde ninguna visión del mundo pretenda imponerse sobre otras. En esa misma perspectiva, los magistrados rechazan el tratamiento dado desde la inimputabilidad, que se vincula más con una visión paternalista que sería abiertamente inconstitucional.

*De esta forma, “los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: “retraso mental cultural”.*

Como no se trataba de pronunciarse de fondo sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 96 del Código Penal, La Corte se limita entonces a señalar que su texto es desafortunado, especialmente al señalar como sus objetivos los de curación, tutela y rehabilitación.

*“Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia psíquica, que requiera ser “curada o rehabilitada”. En ningún momento le es dable al estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen “naturales” en el grupo que las predica”.*

Como quedó anotado previamente, lo anterior no quiere significar que, a la luz del derecho penal, el indígena deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Lo que entra en juego es más bien un cambio de racionalidad, que debe ser aplicado por el juez. Es a éste a quien competiría evaluar el nivel de conciencia étnica del indagado, así como la influencia de valores occidentales hegemónicos, para hacerse a un juicio valorativo sobre su comprensión del hecho ilícito.

*“De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades”.*

Como se desprende claramente del último aparte citado, en combinación con las características del fuero personal, el conjunto de consideraciones que construye la Corte no tienen por objeto exculpar o proponer el juzgamiento del actor por autoridades de su propia etnia. Por el contrario, en el fallo se confirmará la competencia de la autoridad nacional para conocer del delito y establecer la sanción. Razón de más para considerar que lo que está en juego en esta sentencia con ponencia del magistrado Gaviria no es una mera parafernalia para conceder prerrogativas a indígenas individualmente considerados, sino asentar una tesis autonómica que permee el imaginario de los jueces de tutela y autoridades públicas. Además, es interesante cotejar el cuidado con que se elaboran los argumentos decisorios, dado que se trata de una tutela que afecta otra controversia importante: la de las vías de hecho, o la posibilidad de conceder la tutela frente a sentencias que violen flagrantemente derechos fundamentales. Por ello, en la conclusión de la disputa planteada, la Corte sigue el dictamen antropológico, según el cual el indagado pertenecía a la etnia páez, y participaba de sus tradiciones y costumbres, pero al mismo tiempo tenía un contacto tal con *nuestras* normas y costumbres como para comprenderlas. Máxime tratándose de una conducta asociada con el homicidio, que es sancionada tanto dentro de su propia cultura como en la mayoritaria.

*“En el caso del actor, es claro que no puede argumentar una diferencia valorativa en razón de su pertenencia a otra comunidad, no solo porque los paeces sancionan el homicidio, sino además porque el actor ha tenido contacto con la visión externa predominante, tanto por su tradición cultural que se vio expuesta al sometimiento al orden colonial y al intento de integración a la “vida civilizada”, como por el interactuar particular e individual que ha tenido el demandante con miembros de la sociedad mayoritaria, como en efecto se señala en el expediente: el peticionario ha laborado por fuera de su comunidad durante tres años aproximadamente, conoce el castellano y ha interactuado con personas que comparten la tradición liberal, entre otros factores, “lo cual permite estar en condiciones de aprender los criterios axiológicos que rigen nuestra sociedad” ... Además, nótese que el sistema jurídico páez, también utiliza el concepto de inimputabilidad, referido al sujeto que no comprende la ilicitud de la conducta en el hecho que comete, por minoría de edad o trastorno mental, eventos, que como ya mencionamos, no se encontraba el peticionario al momento de cometer el ilícito”.*

En razón a lo anterior, la Corporación considerará que los jueces penales actuaron adecuadamente en la apreciación que hicieron sobre la inimputabilidad del sujeto (a pesar de que la Corte no participa necesariamente de dicha consideración penal) y no se presentaron vías de hecho.

Esta transcripción es importante, para las tesis que estamos tratando de desentrañar, por cuanto da cuenta de ese equilibrio que se deriva del respeto entre culturas que deben valorarse entre sí de manera horizontal, como propende el magistrado Gaviria, pero al mismo tiempo respetando las normas vigentes a la época (como el caso del artículo 96 del Código Penal y su noción de inimputabilidad).

A partir de esta sentencia, lo que ha hecho la Corte es precisar cada vez más los escenarios en los que se desenvuelve el fuero - en sus distintas dimensiones personales, comunitarias y geográficas -, y establecer algunos matices en asuntos como el ya relatado de interés prevalente del menor, o el de la posibilidad de renunciar o no al fuero.

En la sentencia T-552 de 2003, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte estudia la tutela que instaura el Gobernador del Resguardo Indígena de Caquiona (de la etnia Yanacona), del municipio de Almaguer, Cauca, en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al juez natural, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural, cuando al dirimir un conflicto de competencias en el proceso que se sigue contra un miembro de dicha comunidad, por homicidio y porte ilegal de armas, se resolvió a favor de la justicia ordinaria y en contra de la jurisdicción indígena.

Las razones que esgrimió el Consejo Superior de la Judicatura para ello fueron el Cabildo que reclamaba jurisdicción no tenía normas que describiesen como ilícita la conducta, ni tenía previsto un procedimiento para la investigación de los hechos y para el juzgamiento de los autores, ni definidas las penas que cabría aplicarles. En tales condiciones, no era posible para el Consejo determinar *“si el ordenamiento indígena que resultaría aplicable es contrario o no a la Constitución, a diferentes normas internacionales y a la ley penal”*.

Para definir que el Consejo Superior de la Judicatura efectivamente incurrió en este caso en una vía de hecho, la Corte recupera los parámetros anteriormente señalados, y estudia si son necesarios otros adicionales. En efecto, comprueba que se ha acreditado que se encuentra frente a una comunidad indígena, que cuenta con autoridades tradicionales, las que ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado. A lo que habría que agregar, entonces, la capacidad de esas autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción conforme a usos tradicionales. O, en otras palabras, la carencia de normas y prácticas específicas de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o



porque las autoridades tradicionales no han ejercido o han dejado de ejercer ese tipo de funciones, harían improcedente el fuero, pues podría convertirse en un factor de impunidad. Por ello, “conforme a la Constitución, a los elementos ya reseñados de la Jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la ley”.

Ello no obstante, estos dos últimos elementos pueden ser establecidos previamente, ex ante como requisito de procedibilidad, o con posterioridad al proceso mismo de juzgamiento, si las autoridades jurisdiccionales indígenas lo reclaman. Para la Corte, esta segunda tesis es la que debe primar, y en ello sustentará la vía de hecho en que incurrió el Consejo:

*“La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad... En ese contexto, resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación ex post, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas...”*

Esta tesis, sin embargo, es objeto de dos precisiones adicionales por parte de la Corte. La primera es que, si una determinada comunidad indígena asume el juzgamiento de estos casos, tiene que ser consistente hacia el futuro y respetar una especie de derecho a la igualdad a sus integrantes:

*“Las autoridades indígenas pueden, así, reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, porque cuentan con la necesaria*

*organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización. Así, por ejemplo, una vez asumida esa función jurisdiccional, no pueden las autoridades tradicionales ejercerla de manera selectiva en unos casos si y en otros no, y surge de manera plena el fuero para los integrantes de la comunidad conforme al cual tienen el derecho a ser juzgados por su propias autoridades, las cuales, a su vez, tienen el deber de hacerlo... Sin embargo, en ausencia de criterios generales, pese a que resulta posible, en ciertas circunstancias imponer la jurisdicción indígena, ello debe evaluarse en cada caso, porque eventualmente un indígena podría preferir acogerse a la jurisdicción nacional, cuando acredite, por ejemplo, que la indígena no está en condiciones de garantizar el debido proceso...”.*

La segunda es que el fuero no puede convertirse en un mero factor de impunidad, y por ende tiene que considerarse la condición de las víctimas. Y, en ese orden de ideas, se contemplan dos escenarios. El primero, que la víctima no sea parte de la comunidad, caso en el cual “*cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias para establecer si además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si, por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desenvuelto por fuera de ese ámbito y frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanción de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional”.*

En el segundo escenario, si todos hacen parte de la misma comunidad y universo cultural, debe en todo caso “*tenerse en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción debe constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad que termine por deslegitimar la propia jurisdicción ante la misma comunidad que inicialmente la reclamaba y en cuyo beneficio se reconoció. Desde esta perspectiva, es necesario hacer notar que el debate en torno a las jurisdicciones especiales no puede ser insensible frente a los derechos las víctimas de las conductas delictivas... Lo anterior quiere decir que la consideración de la víctima puede ser determinante en el momento de decidir acerca de la procedencia de una jurisdicción especial, y que el ejercicio de ésta tiene que realizarse dentro de parámetros que garanticen, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, su derecho a la reparación, a saber la verdad y a la justicia...”.*

No sobra advertir que si bien la Corte recupera de alguna manera el fuero para las comunidades indígenas, aún si no tienen previamente establecidos procedimientos y prácticas de juzgamiento en la materia, lo que acentuaría las tesis autonómicas con las

que se inició esta línea, las últimas condiciones restringen en buena medida esa misma autonomía, ubicando esta sentencia nuevamente en el campo de un multiculturalismo con fuertes tendencias asimilacionistas.

Las razones son claras. En primer lugar, por cuanto va abonando poco a poco la idea de juez natural como un atributo de la persona (el derecho que tiene ésta a ser juzgado por su propia comunidad, si ella lo pide y la comunidad ha juzgado casos anteriores del mismo talante), lo que desconoce las prácticas comunitarias indígenas, en donde el principio de igualdad es bastante relativo, pues cada caso es particular y se trata de manera diferente, y en donde las autoridades habían de alguna manera *administrado* su potestad jurisdiccional atendiendo a los diversos contextos de los eventos sometidos a su consideración.

En segunda instancia, en la medida en que la valoración de la víctima y sus derechos, por parte de una instancia externa a la misma comunidad y atendiendo a un catálogo de derechos importante, pero ajeno a su propia cultura (como son los estándares de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición) se convierte en un comodín que, como se ha visto por las presiones ante la opinión pública que hacen los medios de comunicación, puede traducirse en una pérdida de competencias temáticas (por ejemplo, bajo afirmaciones generales hoy en día comunes como las de que las jurisdicciones indígenas promueven la impunidad en los casos de violación sexual a menores, violencia contra la mujer, etc.).

En la Sentencia T-1238 de 2004, también con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte estudia la tutela interpuesta por un indígena del pueblo Cofán ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, Putumayo, por una presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica, por cuanto considera que dicho juzgado ha debido remitir la investigación penal que se le seguía, por el asesinato de otro indígena cofán, a las autoridades de su pueblo, a pesar de que los hechos ocurrieron antes de 1991 (así el juzgamiento haya sido posterior, en razón a una serie de accidentes procesales y la declaratoria de reo ausente, lo que hace que la tutela se presente a ocho años de emitido el fallo) y en territorio urbano, en Puerto Colón – San Miguel, departamento del Putumayo.

Aun cuando el caso involucraba fuertes elementos culturales (el indígena que había perpetrado el asesinato, y heridas a otro indígena, obró bajo el convencimiento de que éstos le estaban haciendo brujería, tras la información obtenida de un jaibaná), el juez lo condenó a diez años de prisión al considerar que ya no tenía tanta raigambre con su propia comunidad.

Para la Sala de Decisión, el juez incurrió en una vía de hecho por omisión, pues si bien era imposible que la situación indígena se hubiese acreditado durante el proceso o que las autoridades tradicionales hubiesen reclamado competencia (dada la época en

que sucedieron los hechos), éste sí tenía elementos para considerar, antes del fallo (que finalmente se produjo en 1998), que se estaba en presencia de un caso que involucraba a la jurisdicción especial indígena y hubiese podido introducir el conflicto de competencia para que la autoridad indígena se pronunciara al respecto.

Al respecto, en materia dogmática, esta sentencia es interesante por cuanto amplía las consideraciones a tener en cuenta en materia de requisitos subjetivos y territoriales para la tramitación del fuero.

En materia subjetiva, la Sala recuerda y sintetiza las opciones y reglas frente a las cuales se encuentra un indígena cuando es acusado de la comisión de un delito:

*“El ordenamiento jurídico contempla tres posibilidades para el tratamiento de los asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena: En primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es solo una condición parcial; en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2002”.*

Como ya se ha analizado, si el ilícito penal es cometido por un indígena y no se cumplen los presupuestos que darían lugar al fuero especial, la jurisdicción ordinaria penal es competente para adelantar el juzgamiento. En tal evento, si se acredita la presencia de un error invencible no habrá lugar a la responsabilidad penal, sin que el asunto deba remitirse a las autoridades indígenas, pues precisamente se reconoce que no se establecen los elementos que darían lugar al ejercicio de la jurisdicción especial indígena. Si lo que procede es la inimputabilidad por diversidad sociocultural estaríamos, como se señaló por la Corte en la Sentencia C-370 de 2002 ante un caso de responsabilidad sin consecuencias penales.

*“Desde el punto de vista subjetivo, se repite, entonces, la procedencia del fuero especial indígena no depende exclusivamente del elemento étnico, sino que requiere, además, que aquel en cuyo favor se alega el fuero se encuentre culturalmente incorporado a la comunidad de la que hace parte. Sin embargo, acreditados esos elementos culturales, el factor subjetivo, en relación, tanto con el sindicado como con la víctima, puede ser la base para la procedencia del fuero, aún por fuera del ámbito territorial de la respectiva comunidad, si, como lo puso de presente la Corte, la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, pueden determinar la conveniencia de que el indígena*

*sea juzgado y sancionado por las autoridades de su comunidad, de acuerdo con sus normas y procedimientos<sup>78</sup>”.*

Subrayo el penúltimo párrafo, por cuanto es el directamente aplicable a las situaciones de fuero indígena aquí analizadas, e introduce con fuerza este matiz de que no basta la pertenencia étnica, sino que sería necesario acreditar la incorporación cultural. Aun cuando ella se puede obtener mediante diversas estrategias, que van desde las mismas declaraciones de los interesados y las autoridades hasta el dictamen pericial antropológico, no es menos cierto que esta consideración mantiene la visión de la anterior sentencia, de la posibilidad de una mirada externa (como la del Consejo Superior de la Judicatura) a la hora de determinar la colisión de competencias jurisdiccionales, lo que de cualquier forma restringe la autonomía de las comunidades indígenas.

En lo que tiene que ver con el factor territorial, la Corte intenta delimitar el ámbito de aplicación del fuero entre polos que podrían ser las fronteras estrictas de los resguardos o las afirmaciones genéricas de territorio ancestral que hacen las comunidades tradicionales indígenas. En esta tensión, el Alto Tribunal opta por una vía intermedia:

*“Para definir este asunto debe acudirse a criterios que armonicen los elementos que hacen parte del fuero especial indígena. Así, el territorio no podría interpretarse exclusivamente conforme a la pretensión de pertenencia según criterios ancestrales, pero sí vinculado a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo. De este modo, por ejemplo, no puede pretender una autoridad central ejercer la jurisdicción especial sobre una vasta zona geográfica, en la que actúan diversas autoridades nacionales, con base en la sola consideración personal. El reconocimiento de la jurisdicción especial, se repite, está estrechamente vinculado al factor territorial, como elemento definitorio de la capacidad de control social y del ámbito de la autonomía de las comunidades. Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria, no por referencia abstracta a un derecho ancestral o por la mera presencia en el mismo de individuos de determinada etnia, sino por la efectiva presencia de la comunidad, que permita identificar un ámbito territorial como su dominio cultural”.*

---

78 Aun cuando no se relaciona explícitamente en el pronunciamiento, en este punto podría ser interesante confrontar también las tesis de la Sentencia T-728 de 2002, que involucraba entre otros el caso de una indígena acusada de tráfico de narcóticos en paso por un aeropuerto, y que incluso involucró a su hija menor, en donde la Corte consideró que no aplicaba el factor subjetivo atendiendo a las circunstancias y contexto del ilícito, y ratificó la legalidad del juzgamiento por la jurisdicción ordinaria.

En la sentencia T-945 de 2007, con ponencia nuevamente del magistrado Rodrigo Escobar Gil, se estudia la tutela interpuesta por una trabajadora indígena perteneciente a una comunidad arhuaca, quien considera que una IPS indígena (Wintukwa IPS) vulneró sus derechos al mínimo vital y a la estabilidad laboral de la mujer embarazada, al terminar el contrato que tenía, que en su concepto es de naturaleza laboral, sin tener en cuenta su estado de embarazo.

Tras reiterar la jurisprudencia que ha elaborado la Corte sobre el fuero, la Sala de Decisión decide reenviar el asunto a la comunidad para que administre justicia, por considerar que se presentan todos los factores que así lo justifican:

*“Para esta Sala de Revisión se configura el factor personal, por cuanto la entidad demandada y la demandante, hacen parte y se encuentran integradas a la comunidad Arhuaca. En efecto Wintukwa IPSI, es una institución creada por iniciativa de la comunidad indígena para la prestación de servicios de salud a los miembros de la misma comunidad y en la cual desempeñan labores indígenas arhuacos. La señora Mejía hace parte de la comunidad y es esa la razón por la cual las autoridades indígenas solicitaron su colaboración para la conformación de la junta directiva de la entidad y para el desarrollo de actividades que permitieran poner en funcionamiento la misma, lo anterior en el marco de las costumbres y usos que orientan las actuaciones de los miembros de esa comunidad... Encuentra este Tribunal que también se cumple el factor territorial en cuanto el presente conflicto tiene lugar en un territorio de influencia de la comunidad indígena Arhuaca... En lo que tiene que ver con la existencia de una autoridad indígena encargada de administrar justicia al interior de la comunidad, que exteriorice su intención de conocer del conflicto, este requisito se cumple, de acuerdo con comunicación del 20 de marzo de 2007 de Julio Alberto Torres, Cabildo Gobernador Arhuaco, en la que delega a la Comunidad de Simonorwa el conocimiento del caso de la señora Mejía y, en comunicación del 7 de mayo del mismo año, de la Comunidad Simonorwa, en la que esta manifiesta su intención de conocer como autoridad jurisdiccional indígena del conflicto suscitado entre la señora Mejía y Wintukwa IPSI, para decidirlo de acuerdo con las normas, las costumbres y los usos propios de esa comunidad indígena”.*

En lo que respecta a la sentencia T-617 de 2010, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, su importancia radica en que allí se estructuran una especie de cuadros-resumen sobre las reglas dogmáticas que operan actualmente para la Corte en materia de fuero indígena y, al mismo tiempo, se introduce con fuerza el tema del interés prevalente o superior por el menor.

El caso resuelve la tutela interpuesta por el gobernador del Cabildo Indígena de Túquerres contra el Consejo Superior de la Judicatura, al considerar que éste violó los de-

rechos fundamentales a la autonomía y diversidad cultural de su comunidad indígena de Túquerres, y los de un miembro en particular de la misma, acusado del abuso sexual violento de una menor de 14 años (de quien se discutía la pertenencia a su comunidad, pues aun cuando su familia a veces estaba integrada a ella, en ocasiones mantenía una vida “occidental”), al remitir el caso a la jurisdicción ordinaria por considerar que así se cumplía de mejor forma con el interés prevalente de los derechos del menor (a la postre, el acusado resultó absuelto por la justicia ordinaria, al no probarse dentro del proceso penal la fuerza o violencia ejercida por el presunto autor del delito sobre la víctima, elemento estructural del tipo de acceso carnal violento).

La Corte terminará dando la razón al actor, y considerando por ende que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en vía de hecho en la sentencia mediante la cual dirimió el conflicto de competencia. En su extensa motivación, quizás los elementos centrales sean las precisiones que hace la Sala de Decisión en torno a los requisitos *orgánicos* e *institucionales* (además de los subjetivos y territoriales) que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir sobre los componentes del fuero indígena.

Sobre los primeros, los orgánicos, considera el Alto Tribunal que su desarrollo se ha dado en una especie de contrapunteo con el Consejo Superior de la Judicatura, que fue la primera instancia que los invocó<sup>79</sup>, aun cuando al mismo tiempo señala la polisemia e indeterminación que ha acompañado dicha construcción, defectos que pretende disminuir con el presente fallo.

De esta forma, la Corte inicia por establecer el principio de duda:

*“A juicio de la Sala, la definición del elemento objetivo como la naturaleza del objeto o sujeto afectado por una conducta punible o nociva resulta demasiado vaga, pues no especifica qué tipo de objetos, o sujetos afectados, determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena”.*

Un análisis de la manera como ha operado este criterio en la jurisprudencia reciente del Consejo Superior de la Judicatura, indica que es invocado de manera creciente, convirtiendo la jurisdicción especial indígena en excepcional:

*“Una última formulación, cuya relevancia parece aumentar en el Consejo Superior de la Judicatura, presenta el elemento objetivo en función de la gravedad de la conducta. De acuerdo con esta posición, existiría un umbral de nocividad, a partir*

---

79 Se introduce en la jurisprudencia de la Corte en la sentencia T-552 de 2003, más bien de manera adjetiva e hipotética, estableciendo que “el Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, se ha referido a la naturaleza del conflicto, como un factor que puede ser determinante para la valoración que deba hacerse de los demás elementos del fuero”.

*del cual un asunto trasciende los intereses de la comunidad por tratarse de un bien jurídico universal y, por lo tanto, es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena. Esa posición ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a sustraer a la jurisdicción especial indígena del conocimiento de asuntos relativos a tráfico de estupefacientes, secuestro, abuso de menores, y delitos o crímenes de lesa humanidad de manera general... Esa formulación establece un notable énfasis en el carácter excepcional de las jurisdicciones especiales, y parte de premisas adicionales que vale la pena mencionar: (i) el fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes para que, en su ámbito territorial interno, se preserve su cosmovisión o forma de vida; (ii) el campo de aplicación de un fuero especial se centra en los fines que persigue su consagración. (iii) Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad. Por lo tanto [iv - concluye la Sala el argumento], el fuero no procede para delitos de especial gravedad que deben ser reprimidos más allá de consideraciones culturales, especialmente tomando en cuenta que la interpretación de las normas que habilitan la procedencia de las jurisdicciones debe efectuarse de manera restrictiva”.*

Para la Corte, esta comprensión es inconstitucional, pues ignora la importancia que la Carta le ha otorgado al principio de diversidad étnica y a la autonomía de las comunidades indígenas. Lo que no debe llevar a ignorar el factor objetivo, aun cuando sí a precisarlo. En tanto éste hace referencia a la naturaleza del bien jurídico como a la naturaleza del sujeto, se podrían presentar tres escenarios diferenciados. Primero, que el bien jurídico afectado, o su titular, pertenezcan a una comunidad indígena. Segundo, que pertenezcan exclusivamente a la cultura mayoritaria. O, tercero, que concierna a ambas culturas. En el primer y segundo evento la solución sería relativamente evidente. En el tercero, el elemento objetivo no es suficiente para determinar la competencia, y por ende corresponderá al juez verificar todos los elementos y factores que inciden en el caso, a fin de definir la competencia. Y, llegado a este punto, la Corte establece una variable que, a mi juicio, es de capital importancia:

*“Una variante importante del último supuesto es aquella en que el caso reviste especial gravedad para el derecho mayoritario, posibilidad que ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a excluir, de plano, la procedencia de la jurisdicción especial indígena. Para la Sala, ese tipo de decisión no puede establecerse como regla definitiva de competencia, pues acarrea la imposición de los valores de la cultura mayoritaria, dejando de lado la protección a la diversidad étnica. Lo verdaderamente relevante, en casos como los mencionados, es que la aplicación del fuero no derive*



*en impunidad, de manera que el examen del juez debe dirigirse a evaluar con mayor intensidad la vigencia del elemento institucional, pues de este depende, según se ha expuesto, la efectividad de los derechos de la víctima...”.*

Lo que nos lleva, entonces, a la precisión de este factor institucional. Este deriva de dos consideraciones que ya han sido tratadas en esta síntesis. Por un lado, el factor de previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades indígenas, a partir de las costumbres de la comunidad (lo que configuraría una especie de principio de legalidad), y por otro el de la revisión ex post de ella, tal como quedó anotado en las consideraciones de la sentencia T-552/03. A ello, la Corte agrega en este pronunciamiento la experiencia obtenida en el camino recorrido en materia étnica. Constata el Alto Tribunal que, en ejercicio de la revisión de tutela, ha constatado que los pueblos originarios tienen diversas formas y metodologías para acercarse a la verdad: reconstrucción colectiva de la memoria, rituales, formas de resarcimiento y acercamiento entre agresor, víctima y comunidad, entre otras. En últimas, se ha puesto en evidencia una sabiduría que sería ilegítimo e inconstitucional descalificar.

*En ese sentido, un derecho propio debe concebirse como un sistema jurídico particular e independiente, no como una forma incipiente del derecho occidental o mayoritario, así que el juez debería acercarse a este, en principio, con el mismo respeto con el que persigue obtener conocimiento del sistema jurídico de otro país, si bien existen mínimos constitucionales a los que cada derecho propio debe adaptarse, aspecto que solo corresponde verificar al juez competente (en principio, al juez de tutela, mediante un control posterior vía acción de tutela)... La verificación del contenido de los usos y costumbres de cada comunidad, escaparía entonces a una evaluación previa sobre su conformidad con la Constitución. Una verificación de tal entidad, señaló la Corte en la sentencia T-552 de 2003, solo sería procedente ex post...”.*

Posteriormente, la Corte reitera los pasos que llevan a este control (la manifestación positiva de la comunidad sobre su intención de conocer y aplicar sus procedimientos, normas y costumbres tradicionales, y la condición de no renunciar a llevar casos semejantes, sin que medien razones poderosas para ello, en consideración al principio constitucional de igualdad).

En ese contexto, la Corte estima que “en casos que puedan considerarse como de “extrema gravedad” (crímenes de lesa humanidad, violencia sistemática u organizada), o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad, la verificación sobre la vigencia del elemento institucional puede ser más exigente, acudiendo, por ejemplo, a la práctica de pruebas técnicas, pero manteniendo presente que el objeto de esta verificación consiste en asegurarse de que existan autoridades internas competentes para adelantar el juzga-

*miento, usos y costumbres propios que aseguren el principio de legalidad (en términos de previsibilidad y predictibilidad como se explica en el siguiente apartado), y medidas de protección de las víctimas...*". Esta, a su juicio, fue la condición especial que no explicó suficientemente el Consejo Superior de la Judicatura, y por lo tanto incurrió en vía de hecho, pues en principio la competencia debía residir en la comunidad indígena, que había cumplido con los tres requisitos anteriores (subjeto, territorial y orgánico).

En todo caso, si bien este pronunciamiento restituye en buena medida un concepto multicultural del fuero indígena, y de alguna manera intenta cerrar la puerta al carácter excepcional que el mismo iba adquiriendo en el Consejo Superior de la Judicatura cuando estaban en discusión casos considerados por nuestra cultura occidental como graves, está lejos de una comprensión autonómica e intercultural como la que buscaba afirmar el magistrado Carlos Gaviria en el año 1996.

Llegados a este punto, de manera sucinta quisiera considerar los aportes dogmáticos que se establecen en las dos sentencias del 2012 (T001 y T002), las que nos han servido de punto de apoyo para la reelaboración citacional que hemos recorrido.

En la T-001/12 se establecen algunos matices dogmáticos que, aun cuando menores, valdría la pena considerar. En primer lugar, se delinea una diferenciación entre fuero indígena y jurisdicción especial indígena (invocando para ello algunas de las sentencias ya vistas:

*"El **fuero indígena** se definió en la Sentencia T-728 de 2000 como el derecho, "... del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...)". Del mismo modo en la Sentencia T-617 de 2010 se definió el fuero indígena como "... un derecho fundamental del individuo indígena que se estructura a partir de diversos factores, entre los que se encuentran el territorial y el personal; tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo, y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa". Por su parte la **jurisdicción especial indígena** se define como derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal)*

*deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria”.*

La diferenciación es más de orden conceptual, pues para los efectos prácticos en uno y otro caso aplicarían los mismos criterios o factores determinantes, que ponen en acción tanto uno como el otro (en especial, como anotábamos previamente, si se considera cada vez más el fuero como un derecho de carácter individual frente al cual debe responder la jurisdicción especial indígena respetando el principio de igualdad).

En segundo lugar, se propone nuevamente una reconstrucción de los criterios a tener en cuenta en materia de fuero indígena, que tiene algunos matices frente a la que hemos reseñado previamente:

*“En conclusión sobre este punto, para determinar el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena, la Corte ha establecido cuatro criterios. El criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelta en su comunidad; en segundo lugar el criterio territorial, que se refiere a que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; en tercer término el factor personal, que se refiere a que si se trata de un miembro de la comunidad debe ser juzgado por ésta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, es decir, que comparta su propia cosmovisión, criterio que también recibe el nombre de criterio subjetivo. Por último se debe tener en cuenta también el factor institucional, es decir que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predictibilidad de carácter genérico. Estos elementos determinantes para establecer el fuero y la aplicación de la jurisdicción indígena pueden tener algunas excepciones que se deben resolver por parte del juez, ponderando en algunos casos entre los diferentes criterios de aplicación del fuero indígena y escogiendo si se debe aplicar la normatividad nacional o la normatividad de determinada comunidad indígena”.*

Finalmente, y en lo que quizás es el aporte dogmático más sustantivo, en este pronunciamiento la Corte hace explícitos temas que están aún por resolver en materia de fuero, especialmente en lo que atañe a su posible renuncia.

Inicia planteándose tres supuestos distintos en los que podría desenvolverse dicha situación:

*“Por una parte (i) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (ii) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad; y (iii) la sanción por*

*parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen”.*

Posteriormente, analiza cómo algunas de las sentencias ya sintetizadas tienen respuestas parciales a estos supuestos (por ejemplo, en la T349/96 se preguntaba a la comunidad si quería juzgar nuevamente al actor, luego que se tuteló su derecho al considerarse que la cárcel no era la sanción previsible, sino el cepo, y en la SU 510/98 se planteó, también tangencialmente, que el fuero acompañaría a los indígenas, salvo que éstos renuncien a él). Sin embargo, *“en conclusión sobre este punto, se tiene que decir que el tema de la renuncia al fuero indígena desde los tres ámbitos estudiados, no ha sido resuelto de manera puntual por parte de la Corte. Aunque hay que tener cuenta que en el caso de la renuncia al fuero especial indígena por parte de la comunidad, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha establecido la imposibilidad de renuncia del fuero ya que se violarían los principios de juez natural, el ejercicio del derecho del indígena comprometido en el conflicto, los principios de igualdad, debido proceso y acceso a la justicia. Sobre el tema de la renuncia de un miembro de la comunidad al fuero especial o a las prerrogativas de su condición – no obligatoriedad de prestación del servicio militar – ha establecido de manera tangencial que dicha renuncia es posible sobre la base del principio de autonomía. Sin embargo, el tercer supuesto, el de la renuncia al fuero como sanción de una autoridad indígena o de la comunidad, la Corte no ha resuelto todavía un caso concreto, y dicha situación puede ser problemática en la conciliación de las tensiones que se presentan entre los derechos colectivos y los derechos individuales de los miembros de la comunidad que son sometidos a dichos castigos o penas. En dicho supuesto se puede constituir otra limitación a la jurisdicción indígena por la posible violación del principio de identidad cultural del miembro de la comunidad por parte de la colectividad”.*

En lo que respecta a la sentencia T-002 de 2012, que acoge de manera más decidida los cuadros-resumen que construye y anexa la Sala de Decisión en la Sentencia T- 617 de 2010, se estudia nuevamente un caso de abuso sexual de menores indígenas en el que el Consejo Superior de la Judicatura le otorga competencia a la jurisdicción ordinaria, bajo el entendido de que el artículo 44 de la Constitución, que establece el interés prevalente de los menores, así lo exigiría.

Frente a dicha interpretación, la Corte aprovecha para reiterar su jurisprudencia y subrayar como esta interpretación del criterio objetivo es equivocada:

*“En este caso, la Sala observa que el Consejo Superior de la Judicatura centra su análisis en los elementos personal, territorial y objetivo. Más aún, otorga al elemento objetivo una especial importancia sobre los dos primeros, pues si bien comprueba la presencia de los elementos personal y territorial, decide otorgar la competencia del asunto a la jurisdicción ordinaria por estar en juego la integridad sexual de una*

*menor, que es un bien jurídico especialmente importante para el sistema jurídico nacional. Con esto, el Consejo Superior de la Judicatura parece estar estableciendo una suerte de jerarquía entre los elementos de procedencia de la jurisdicción especial indígena, jerarquía en la cual el elemento objetivo prevalece sobre los elementos personal y territorial. La Sala reitera su desacuerdo con el carácter prevalente que el Consejo Superior de la Judicatura otorgó al elemento objetivo, así como con la exclusión del elemento institucional en el análisis de la competencia... Así, la Sala estima que no puede considerarse en abstracto que el artículo 44 de la Constitución, que consagra el carácter prevalente de los derechos de los niños, esté en conflicto con el artículo 246 Superior, ni que dicho conflicto se soluciona mediante la supresión de uno de los dos principios enfrentados. De ahí la necesidad de abordar el análisis de los conflictos entre normas constitucionales en el marco de situaciones específicas, teniendo en cuenta que la eficacia de un principio no puede lograrse de forma absoluta sin limitar otro mandato(s) constitucional(es)... Así, el yerro en el que incurre el Consejo Superior de la Judicatura al interpretar el artículo 246 consiste en suponer que la consecuencia necesaria del ejercicio de la jurisdicción indígena en casos que involucran la integridad sexual de los menores es el irrespeto por los derechos de niños y niñas, lo que constituye, a ojos de esta Sala, una actitud prejuiciosa y discriminatoria frente a los pueblos originarios, así como una desconfianza injustificada sobre sus procedimientos... ”.*

Como se ve de esta reconstrucción, la Corte ha buscado lo que podríamos denominar una coherencia acumulativa, en especial al precisar los cuatro elementos que entrarían en juego para evaluar el fuero indígena. Y, al hacerlo, ha pretendido mantener consistencia con el criterio general de maximizar la autonomía indígena (en ese sentido, profundizaría visiones interculturales). Ello no obstante, en el camino le ha ido dando fuerza al criterio personal, lo que puede derivar en una especie de multiculturalismo asimilacionista, en la medida en que ésta es una figura más propia de la cultura penal occidental, e imponerla a la jurisdicción especial indígena genera no pocos traumas. Finalmente, se resalta que la Corte llama la atención del Consejo de la Judicatura sobre una utilización excesivamente formal del elemento institucional, lo que le sirve a su vez para alertar sobre escenarios sobre los cuales todavía no existe una decisión jurisprudencial.

### **Consulta previa: medio ambiente y participación política**

Desde su consagración, el tema de la obligatoriedad de la consulta previa a las comunidades indígenas (y, como veremos en el siguiente apartado, a las comunidades afrocolombianas), ha ido ganando en precisión, proyección y solidez. En ese sentido, no se encuentra, como en los casos analizados previamente, un debate dogmático relacionado con posiciones distintas de los magistrados.

Ello obedece, quizás, a que estamos en el campo de las protecciones externas, en donde es más fácil obtener el consenso sobre las medidas a adoptar frente a las poblaciones o grupos minoritarios, en especial porque pueden ser consideradas como un todo, y no entran en fricción derechos individuales de las personas pertenecientes a dichas comunidades con los derechos colectivos que se establecen a favor de los colectivos. En otras palabras, se trata de una relación entre colectivo/estado, no entre miembros de la misma comunidad.

Como señalábamos al momento de presentar las ideas centrales del multiculturalismo, generalmente estas protecciones externas refieren al conjunto de reclamaciones en las cuales la comunidad o pueblo concernido le exige de conjunto al estado ciertas posiciones jurídicas en temas afines a decisiones locales o que deban tener a lo local como referente, como autogobierno, participación en los asuntos que les concierne, territorio, identidad cultural, respeto a las tradiciones en materias precisas como educación, medicina o vivienda, etc.

En ese largo camino de 20 años, la Corte ha aceptado la protección de derechos fundamentales como los de propiedad colectiva (T-188 de 1993), subsistencia y prohibición de la desaparición forzada, equiparable al derecho a la vida (T-380 de 1993), integridad étnica y cultural (T-380 de 1993, T-342/94, entre muchas otras) participación (SU-039 de 1997) y consulta previa.

En este escrito no nos proponemos restituir el conjunto de ellas, sino únicamente sintetizar las posiciones del Alto Tribunal en materia de consulta previa, esperando con ello ilustrar el tipo de dogmática general que impulsa este capítulo de las protecciones externas.

Como ya anunciamos, la ruta nos llevará fundamentalmente a una consolidación de dicho concepto, en donde las discusiones centrales se han dado en el punto de considerar la consulta como un mecanismo para el desarrollo de otro derecho fundamental (en ese caso, el de participación) o instituirlo como un derecho fundamental en sí, en precisar los componentes de la consulta, en especificar las materias sobre las cuales debe operar (de una visión restrictiva a las situaciones referidas a medio ambiente se ha ido pasando a una ampliada que la considera casi para cualquier reglamentación administrativa o legislativa que concierna a los grupos étnicos) y en ponderar el grado de obligatoriedad de la misma.

### ***La Consulta Previa en materia ambiental***

Manteniendo la metodología anunciada al comienzo de este capítulo, la sentencia que nos servirá de referencia para reconstruir el nivel citacional dogmático de la Corte Cons-

titucional en esta materia será la T-129 de 2011. Además de preocuparse por restituir de manera cuidadosa la línea jurisprudencial en la materia, además de introducir algunas consideraciones adicionales sobre la Constitución Ecológica (o ambiental) y la Constitución Cultural, este pronunciamiento, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, tiene la virtud de haber concitado un gran número de intervenciones y conceptos de ONG, centros de pensamiento y autoridades públicas.

La ruta que proponemos, entonces, es la de concentrarnos en las sentencias que aluden a consulta previa (aquellas referidas a medio ambiente y cultura son materia de otros estudios igualmente complejos, de los que no podemos dar cuenta por supuesto en este documento), que básicamente son las siguientes: SU-037/97, T-652/98, T-634/99, SU-383/03, T-737/05, T-880/06, T-154/09 y T-769/09 (aun cuando en esta línea se refieren también las sentencia T-428/92, sobre la situación de Cristianía y la carretera del café, que, como ya analizamos previamente dicha sentencia no contiene específicamente un precedente en materia de consulta previa, y se cita más bien ritualmente, quizás por respeto al magistrado ponente, Ciro Angarita, y la sentencia T-955/03, que, como veremos, es la central para la consideración de territorios de comunidades afrodescendientes, mas no así para los temas de consulta previa).

A esta referencia, agregaremos algunas sentencias que la misma Corte ha emitido en materia de consulta previa en materia legislativa, para lo cual consideraremos como sentencia de referencia la C-317 de 2012 (la cual, en esta precisa materia, invoca a su vez las sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011) y haremos menciones a la sentencia C-169 de 2001, que establecía un precedente distinto en esta materia, y que aparentemente la Corte ha ido relegando, aun cuando sin descartar plenamente.

En consecuencia, la primera sentencia que abre esta línea es la SU-039 de 1997, mediante la cual se define parcialmente lo que en la época, dados sus ribetes globalizados y la movilización internacional que había generado, puede denominarse como *la causa u'wa*. El fallo se produce en medio de una profunda discrepancia de posiciones, lo que motiva un Salvamento de Voto de cuatro de los nueve magistrados.

Desde el punto de vista jurídico, los temas en discusión eran dos. El primero, las condiciones o requisitos que debe llenar la consulta previa a las comunidades indígenas, necesaria para la expedición de la licencia ambiental, esta última requerida para explotar recursos naturales en sus territorios.

El segundo problema era el de las competencias: dado que se trata de una actividad administrativa, en caso de que se hayan interpuesto recursos ante dicha jurisdicción, ¿puede apelarse simultáneamente a la tutela como medio para proteger derechos colectivos fundamentales amenazados? El punto era importante por cuanto, como veremos,

en ese mismo momento una acción de nulidad hacía tránsito en el Consejo de Estado. Haremos alusión a este problema de manera tangencial, en lo que respecta a la conexión que pretende establecer la Corte con el tema de consulta previa.

La acción de tutela fue incoada por el Defensor del Pueblo de la época, Jaime Córdoba Triviño (curiosamente, posteriormente magistrado de la Corte Constitucional), en representación de 19 ciudadanos del grupo étnico indígena u'wa, localizado en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, con una población superior a cinco mil personas, para quien se reclama igualmente el reconocimiento como sujeto colectivo portador de derechos fundamentales.

Los hechos que originan la acción se remontan a 1992, año en que la Sociedad Occidental de Colombia, con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en el país, inició ante el Inderena los trámites destinados a obtener la licencia ambiental requerida para adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto Explotación Sísmica Bloque Samoré, que le permitiera constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros en una zona que comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca, Cubará en el departamento de Boyacá, y Toledo en el departamento Norte de Santander, con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro de la cual se encuentra el resguardo indígena de los u'wa.

El Inderena consideró viable el proyecto, excluyendo las reservas naturales de Tamá y El Cocuy. Posteriormente, la Subdirección de Ordenamiento y Evaluación Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente, en concepto técnico No. 090 de julio 19 de 1994, acogió en su totalidad el pronunciamiento del Inderena y consideró viable la ejecución del proyecto, sujeto al cumplimiento de medidas de orden técnico y ambiental, aunque llamando la atención sobre la necesidad de llevar a cabo la consulta previa al grupo indígena u'wa asentado en parte de la zona. El 1 de agosto de ese año, la oficina jurídica del referido Ministerio reiteró la necesidad de realizar, previamente a la decisión sobre la licencia, una consulta a la comunidad indígena tunebo (u'wa), y ésta fue ordenada mediante auto número 237 del 28 de septiembre de 1994.

Para tales efectos, el Ministerio del Medio Ambiente organizó una reunión los días 10 y 11 de enero de 1995, en la ciudad de Arauca, con algunos miembros de la comunidad u'wa, representantes de los ministerios de Minas y Energía y del Interior, Ecopetrol y la Occidental de Colombia.

Del acta de la reunión, sobre la que mucho se ha especulado posteriormente, queda claro:



Uno, desde el principio se anunció que el objeto del encuentro era la realización de la consulta establecida en los artículos 6 y 15 de la Ley 21 de 1991 y en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, para los efectos del trámite de la licencia ambiental.

Dos, la Dirección General de Asuntos Indígenas informó a los miembros de la comunidad presentes sobre el contenido de las normas constitucionales que asignan al estado el deber de proteger la diversidad étnica y cultural. Aludió a las consultas que deben hacerse a dichos pueblos cuando se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Se precisó que dicha consulta no era asimilable a pedir permiso a los indígenas, sino solicitarles una apreciación sobre las posibles afectaciones que pudieran sufrir con un proyecto determinado, de forma tal que se pudiera prever las medidas a implementar.

Tres, diversos funcionarios explicaron aspectos técnicos del proyecto: el representante de Ecopetrol ilustró el contrato de asociación celebrado por Occidental de Colombia Inc., así como el sistema de contratación petrolera. El representante del Ministerio de Minas y Energía expuso su criterio en relación con la política estatal en materia de exploración y explotación de hidrocarburos. El representante del Ministerio del Medio Ambiente explicó el trámite dado hasta ese momento a la solicitud de licencia ambiental, y dejó constancia de que los representantes del pueblo u'wa tenían copia del concepto técnico emitido. Y el geólogo Omar Arias explicó el contenido y alcance del programa sísmico Samoré, detallando la apertura de trochas, actividades de topografía, perforación de huecos cargados con explosivos, detonación y toma de información y limpieza y tapado de la línea de huecos. Sobre este punto, en el acta se consignan diversas preguntas de los asistentes indígenas, especialmente orientadas a determinar los impactos de la obra.

Sobre este último aspecto, es importante señalar que, conforme a la información que se les brindó a los aborígenes, el proyecto no requeriría la apertura de carreteras, se pagarían todos los daños que se produjeran, la exploración duraría entre ocho y diez meses, se respetarían los sitios sagrados, casas y nacaderos de ríos, desviando si era necesario la línea sísmica, y, en caso de hubiese petróleo y se considerara viable la explotación, debería hacerse previamente otra consulta.

Cuatro, los funcionarios dejaron claramente establecido que la consulta no era para decir sí o no al proyecto, dado que la decisión de ejecutarlo o no era del Gobierno, sino para que la comunidad entendiera cómo podría verse afectada por los trabajos que se van a realizar, estudiar cuáles serían las incidencias socio-culturales del mismo y formular soluciones así como los beneficios a que debe acceder la comunidad.

Cinco, uno de los miembros de la comunidad leyó un documento, preparado días antes, durante el Tercer Congreso u'wa (enero 17 de 1995), en el cual se trató este tema y se dejó constancia de lo siguiente:

*“(1). La comunidad u'wa no tenía conocimiento de la existencia del proyecto, no obstante ser los primeros afectados; (2). La OXY no se ha hecho presente en las diferentes reuniones de Asambleas y Congreso llevadas a cabo dentro de las comunidades u'wa; (3). La cosmovisión del pueblo u'wa es muy diferente a la del blanco y es nuestro deber conservarla; (4). Los bienes del mundo físico han sido creados por un ser supremo (Sira-Dios) que es su verdadero dueño. Por lo tanto, estos no pertenecen a ningún hombre y deben ser conservados y administrados según las leyes de la naturaleza, conforme a los mandatos de Dios-Sira; (5). Los u'wa son los guardianes del ecosistema cuya conservación es de interés de la comunidad, sin que interese el provecho personal; (6). Queremos que se tenga en cuenta nuestra forma de concebir el mundo y que se respeten los preceptos normativos nacionales e internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas...” Como consiguiente, desde ese mismo Congreso se había solicitado que “...hasta tanto no se discuta, consulte y apruebe las propuestas que se formulan el día 11 de enero, se pare lo proyectado por la OXY para el futuro”.*

En similar sentido, los representantes indígenas leyeron un documento elaborado el día anterior, 10 de enero, en donde expresan su oposición al proyecto y hacen propuestas como las de modificar el proyecto de estudio sísmico con participación de sus autoridades y garantizando su integridad étnica y cultural, hacer reuniones amplias con organizaciones indígenas de carácter nacional e internacional, como la ONIC, y constituir una comisión intercultural conformada por el Cabildo Mayor del Pueblo u'wa, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y Occidental de Colombia, Inc., para hacer un trabajo de campo conjunto con el propósito de reconocer los terrenos en los cuales va a llevar a cabo el proyecto y en los que se comprometan resguardos o territorios indígenas, que presente su informe en el marco de una segunda reunión amplia de interlocución.

Sin embargo, antes de que se llevara a cabo esta segunda reunión pactada, se expidió por parte del Ministerio del Medio Ambiente la licencia ambiental, mediante resolución No. 110 de 3 de febrero de 1995.

Ello no obstante, la segunda reunión pactada se llevó de todas maneras a cabo, esta vez ya no como de consulta sino como de interlocución, el 21 de febrero de 1995. En ella, los representantes indígenas reiteraron su oposición al proyecto y se cuestionó la expedición de la licencia ambiental antes de que la consulta hubiese terminado. Ello no obstante, en el acta se consignó un párrafo de interpretación equívoca, que anotaba:

*“En conclusión, se determinó que la compañía procederá a dar cumplimiento a esos acuerdos y, con la veeduría del Ministerio de Gobierno, realizará las actividades sísmicas respetando la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, tal como lo disponen la Constitución Nacional y las leyes aplicables a esta materia”.*

Frente a todo lo cual, el accionante considera que se han vulnerado los derechos fundamentales de los individuos y la comunidad, como *“los del artículo 7, derecho a las minorías étnicas; 286, 329 y 357, derecho al territorio; 330, derecho a la autodeterminación; 10, derecho a la lengua; 70, 95-8 y 72, derecho a la cultura étnica; derecho a seguir viviendo, y 40, 79, derecho a la participación social y comunitaria”*. Este mismo actor inició el trámite ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, demandando la declaración de nulidad total de la resolución 110 del 3 de febrero de 1995, mediante la cual se otorgó la licencia ambiental.

El 12 de septiembre de ese año, 1995, el Tribunal Superior de Bogotá accedió a la tutela solicitada, al considerar que no se había surtido la consulta previa, con lo cual se afectaba el derecho fundamental a la vida de los pobladores de la comunidad indígena.

Tres días después, el Consejo de estado negó la suspensión provisional del acto contentivo de la licencia ambiental, al considerar que *“no encuentra que se presente la violación manifiesta que alega el actor en su solicitud de suspensión provisional pues ni del texto de la resolución ni de los citados documentos resulta abiertamente que el estado no esté protegiendo las riquezas culturales y naturales de la Nación, ni que esté autorizando la explotación en desmedro de la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena, ni que se haya omitido la participación de los representantes de las respectivas comunidades”*.

Un punto central deja en discusión el Consejo de Estado: de la participación en la consulta no debe esperarse una expresión de conformidad o asentimiento para la expedición de la licencia. Dicho consentimiento solo podría inferirse del artículo 6o. del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, que es el único que alude expresamente a él, pero esta expresión no podría interpretarse de manera absoluta, so pena de afectar uno de los pilares del estado democrático, como es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí mismas las decisiones que emanan de sus competencias.

Un mes después, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revoca la decisión del Tribunal, al considerar que la competencia para pronunciarse sobre la resolución objeto de la tutela era exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Considera, además, que el derecho fundamental que se haya en discusión es al debido proceso, no a la vida.

La Corte Constitucional, como habíamos insinuado previamente, separa dos problemas jurídicos: el atinente a la violación eventual de derechos fundamentales por no realizarse la consulta previa conforme a derecho y el de la concurrencia de acciones de protección contencioso-administrativas y de tutela.

Previamente, y tras hacer nuevamente diversas consideraciones sobre los derechos indígenas en la Constitución y el carácter especial que tiene la protección estatal tratándose de dichos territorios, para lo cual cita de manera un tanto desordenada sus propias sentencias T-380 de 1993, T-342 del 94 y T-007 de 1995 (satélite de la anterior), sin hacer alusiones a su sentencia T405 de 1993, que podría tener conexión con el tema desde una perspectiva diferente, establece una subregla de carácter dogmático:

*“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”<sup>80</sup>.*

Con tal entidad, dicha participación no puede reducirse simplemente a una intervención administrativa que asegure el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental. Ella busca intereses mayores, cuales son la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las mismas comunidades.

Por ello, en lo que constituye una subregla general que fija las condiciones que debe tener una consulta previa en adelante, *“compорта la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o*

---

80 Derecho que es reforzado por los artículos del Convenio 169 de la OIT.

*menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que **libremente y sin interferencias** extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada. 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. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros”.*

Desde esta perspectiva, la pregunta sobre si la reunión referida de los días 10 y 11 de febrero llenaba los requisitos de una consulta previa, será respondida en forma negativa. Igual, las pretensiones de una de las partes demandadas, la Oxy, en el sentido de haber surtido la misma por haber realizado distintos encuentros con miembros de la comunidad, algunos de ellos incluso con presencia de autoridades públicas, a fin de garantizar una adecuada concertación, respetuosa de los derechos de los aborígenes.

En concepto de la Corte, coincidente con la percepción de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de la misma comunidad u'wa, tal como se percibió en la inspección judicial ordenada por la Corte y llevada a cabo en sus territorios, la consulta previa se inició, pero no se agotó. Y la comunidad había manifestado desde un principio una voluntad de “*oponerse a la ejecución del proyecto de prospección sísmica, debido a los riesgos que éste entraña para su supervivencia como grupo étnico, por los bruscos cambios en su entorno físico y en sus condiciones culturales, económicas y cosmogónicas*”.

En consecuencia, tutela los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad u'wa, y ordena proceder a realizar la consulta en el término de 30 días hábiles.

En cuanto al segundo problema jurídico a dilucidar, correspondiente a la simultaneidad de acciones de amparo de derechos en la jurisdicción contenciosa y constitucional, es necesario anotar que este pronunciamiento es tan solo uno más de los múltiples que han enfrentado a las altas cortes sobre la materia, aun cuando en este evento tomaba

ribetes especiales por la negativa del Consejo de Estado a suspender provisionalmente la Resolución demandada.

Por tal motivo, y para no dar una imagen parcial y descontextualizada de dicha controversia jurídica, que excede en mucho tanto las pretensiones de este escrito como mi propia capacidad de comprensión<sup>81</sup>, restringiré este comentario a la subregla de aplicación pertinente al caso sub iudice:

*“Es viable la tutela como mecanismo transitorio, cuando el interesado dispone de la acción contencioso administrativa y la suspensión provisional es procedente”.*

Las razones que se invocan para ello son tres: el Decreto 2591 de 1991, dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el art. 5 transitorio de la Constitución y análogo a una ley estatutaria, prevé en su artículo 7 que un juez pueda adoptar medidas provisionales, si lo considera necesario y urgente para proteger un derecho fundamental, en cuyo caso suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Y, en el inciso final del art. 8, permite ejercer la tutela como mecanismo transitorio conjuntamente con las acciones contencioso administrativas.

En segundo lugar, la suspensión provisional *“se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos...”*.

No existe una prevalencia de la suspensión provisional sobre la acción de tutela, por lo tanto, sino que operan y tienen funcionalidades diferentes. Por el contrario, sí existiría cierta prevalencia de la tutela sobre la suspensión provisional, *“hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales”*.

---

81 Dado que en esta sentencia, lo que confirma su carácter de Sentencia de Unificación, además de la importancia del tema tratado, se exponen las subreglas de aplicación para los diferentes eventos de colisión de amparos entre la jurisdicción contencioso administrativa y la tutela.

Pero, además, la Corte estima que se requiere una nueva óptica para la aplicación de la suspensión provisional, que debe ser impulsada por la misma jurisdicción contencioso-administrativa o por el legislador. Ello, con miras a suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de trasgresión de los derechos fundamentales, garantizar la aplicación preferente y el efecto integrador de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y darle preferencia al derecho sustancial.

De esta forma, la Corte no solo protege o intenta *blindar* su propia sentencia, sino que estudia los eventuales resultados tanto de la concesión como la denegación de la nulidad impetrada ante el Consejo de Estado, casos ambos en los que según la mayoría se deberá de cualquier forma respetar y amparar el derecho fundamental a la participación en cabeza del grupo étnico.

Además, advierte a la misma comunidad aborígen que la tutela concedida estará vigente mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia en relación con la nulidad de la resolución que otorgó la licencia ambiental, y que la comunidad u'wa deberá demandar dicha nulidad, si es del caso, en los términos del art. 76 de la Ley 99 de 1993.

Sin embargo, esta decisión genera una profunda divergencia entre los magistrados, produciéndose un salvamento de Voto de cuatro de ellos (Hernando Herrera, Vladimiro Naranjo, Fabio Morón y Jaime Vidal, conjuez). Las discrepancias residen en dos consideraciones: Aun cuando se está de acuerdo con la especial protección estatal sobre las comunidades indígenas y sus territorios, estos magistrados piensan que, mediante una ley, debe buscarse la conciliación entre la necesidad de la explotación de los recursos naturales y el respeto de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Y que, en todo caso, *“no está previsto por la ley que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela”*.

En segundo lugar, se considera que la participación de las comunidades indígenas en esta materia cae dentro de lo que sería una participación netamente administrativa, no política. Y que existen abundantes sentencias de esa misma Corporación en las que se establece que *“la acción de tutela es improcedente cuando simultáneamente se ha ejercido la acción Contencioso Administrativa con petición de suspensión provisional que persigue las mismas pretensiones y objetivos de la litis...”*.

De esta forma, para los magistrados disidentes la conclusión evidente es que la competencia en la materia era del Consejo de Estado, y que ella no debía ser afectada *“por las muy bien intencionadas y valiosas finalidades de la acción de tutela, que puede traer en el caso más confusiones que beneficios para el sistema general de la justicia”*.

A pocos días del fallo, el 4 de marzo de ese mismo año, el Consejo de Estado falla de fondo la acción, reiterando su tesis básica de que la Consulta se había surtido adecuadamente y que ella no obligaba al Ejecutivo, sino que se trataba ante todo de un trámite procedimental<sup>82</sup>.

De esta forma, anota:

*“La Sala considera que la interpretación exegetica del art. 330, parágrafo C.N., conduciría a extremos absolutamente irreconocibles con la Constitución Política, como quiera que al expresar su art. 102 que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”, está consagrado el llamado dominio eminente, que es el derecho que tiene el estado, con fundamento en su soberanía, de emplear el territorio para los fines de interés público o social. De otra parte, debe tenerse presente que el art. 332 ibídem dispone la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables. Frente a las anteriores normas y consideraciones, la Sala hace notar que la licencia ambiental otorgada a la Sociedad Occidental de Colombia Inc., que es objeto de la controversia, estuvo precedida de consulta a la comunidad indígena u’wa, tal como se consigna en los considerandos de dicho acto y lo demuestran las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso. La Sala concluye que la licencia otorgada mediante acto acusado no se expidió con violación de las normas constitucionales y legales que se aducen en la demanda en relación con la participación de las comunidades indígenas. La consulta no implica que existiera en términos absolutos un acuerdo o consentimiento de la comunidad indígena en relación con la licencia a otorgarse, sino que la consulta se hiciera con ese objetivo. En ese sentido es explicable que como el resultado de la consulta se llegara a unos “acuerdos y conclusiones” que debieran ejecutarse posteriormente, sin que dicha ejecución fuera necesaria para expedir la licencia, pues dichos “acuerdos y conclusiones” se construyeron en obligaciones de las de las partes intervinientes para el desarrollo de la actividad objeto de la licencia...”*

Tampoco considera el Contencioso Administrativo que la discusión sobre posibles beneficios, perjuicios o indemnizaciones que pudiese sufrir la comunidad guarden relación con los requisitos para la expedición de la licencia ambiental, puesto que se trata de aspectos externos y posteriores al acto de otorgamiento de la misma, y por cuanto existen mecanismos legales ya existentes para lograr tal finalidad si la autoridad correspondiente los niega.

---

82 Cfr. S673, 4 de marzo de 1997, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.



Finalmente, y para pronunciarse frente a la Sentencia de tutela referida, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mantiene su jurisprudencia, en el sentido de que el pronunciamiento que se hace por vía de tutela es sumario, residual y transitorio, así lo produzca la Corte Constitucional, mientras que la sentencia que se produce por parte del juzgador principal u ordinario es más completo y definitivo. Por ello, aun cuando prevé que se puedan presentar contradicciones entre fallos previos de tutela y sus sentencias, éstas sellan definitivamente las controversias:

*“Efectivamente pueden presentarse contradicciones entre el fallo de tutela y la sentencia mediante la cual se decida la acción principal, sin que pueda pensarse que la existencia del mismo objeto, la misma causa y la identidad jurídica de partes pueda llevar a considerar que exista cosa juzgada, que si así fuera lo sería normalmente a favor de la sentencia de tutela por ser primera en el tiempo, dado su trámite preferente y sumario. No. Por el contrario, dado el carácter residual, subsidiario y transitorio de esa acción frente a la principal, es evidente que la Constitución directamente ha querido que predomine la sentencia producida como resultado de la acción principal, lo cual es evidentemente lógico, dado el citado trámite preferencial y sumario de la tutela que se explica por la necesidad de adoptar medidas urgentes y cautelares frente a la presunta vulneración o amenaza de un derecho fundamental, en relación con las causales, no obstante, el juzgador principal tendrá la oportunidad de un análisis más completo, sopesado y tranquilo, contando con los mayores elementos argumentales y probatorios recaudados durante las diferentes etapas del proceso... La Sala considera necesario declarar que el presente fallo resuelve de manera definitiva la controversia judicial planteada por el Defensor del Pueblo, tanto a través de la acción de tutela que fue fallada en revisión por la H. Corte Constitucional mediante la sentencia No. SU-039/97 del 3 de febrero del presente año, como a través de la acción de nulidad que dio lugar al presente proceso, por lo cual debe levantarse la orden de inaplicación de la resolución aquí demandada, confirmada por la citada sentencia de tutela y, en consecuencia, dejar sin efectos las demás disposiciones adoptadas por la misma sentencia”.*

Sin embargo, la intervención de la Corte en este ámbito de las licencias previas ambientales no fue del todo perdida para las comunidades indígenas y afro americanas. El 13 de julio de 1998 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1320, “por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio”.

Mediante sentencia T-652 de 1998, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria, la Corte se pronuncia en relación con la construcción y puesta en funcionamiento de una represa en la zona de Urrá (sobre la cual, como en el caso u’wa, se había producido una importante movilización social local y nacional).

Se trataba de un proyecto hidroeléctrico situado sobre el río Sinú, departamento de Córdoba. Mediante Resoluciones No. 27 (Febrero 20, 1989), No. 142 (Diciembre 18, 1992) y No. 167 (Diciembre 14, 1992), el Gobierno Nacional declaró de utilidad pública e interés social el territorio necesario para la construcción del proyecto, bajo la administración de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca). El proyecto lo inició ISA en 1980, pasó a ser responsabilidad de Corelca en 1982, y en 1992 se creó para manejarlo la Empresa Multipropósito Urrá S.A.

En parte de la zona de influencia se encuentra el Parque Natural de Paramillo y dos resguardos de las comunidades Embera Katíos: el Resguardo de Iwagadó, entre los departamentos de Antioquia y Córdoba, sobre la margen de los ríos Esmeralda y Sinú, con una población de unos 750 habitantes; y el Resguardo de Karagaví, departamento de Córdoba, sobre las márgenes del río Verde, y con una población de 1.549 habitantes.

La historia del conflicto más reciente, desde la perspectiva jurídica, es sintéticamente como sigue: El 13 de abril de 1993, sin que se hubiese adelantado el proceso de consulta previa al pueblo embera-katío, el Inderena le otorgó a Corelca una licencia ambiental (Resolución 0243/93), para la construcción de las obras civiles y la desviación del río Sinú. Sin embargo, quedó pendiente la licencia para la segunda etapa, *de llenado y operación del proyecto*.

El 22 de noviembre de 1994 se suscribió un Acta de Compromiso entre la Empresa Urrá S.A., la comunidad indígena y la ONIC. En ella se establecieron las bases para el proceso de consulta previo a la licencia para la segunda etapa de la obra. De acuerdo con lo pactado, la compensación por el impacto consistiría en la elaboración y ejecución de un plan de desarrollo, luego conocido como el Plan de Etnodesarrollo -2 de octubre de 1995-. Este contiene ocho programas en las áreas de manejo sostenible del hábitat tradicional del pueblo embera-katío en el Parque Nacional del Paramillo (Karagaví), manejo ambiental y socioeconómico del río Verde (Iwagadó), desarrollo pecuario, organización, educación, salud, actividades de género y recreación y cultura.

El 23 de octubre de 1996 se suscribió un convenio entre la Empresa Multipropósito Urrá S.A., el Incora, el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía y el pueblo embera-kKatío, en el que se acordó que a la firma dueña del proyecto le correspondía: cumplir con los compromisos del Plan de Etnodesarrollo para 1996, financiar el Plan de Etnodesarrollo hasta el año 2000 y mejorar sus esfuerzos en el transporte de peces, al igual que revisar y reformular el proyecto de estanques piscícolas. Además, el pueblo Embera exigió, como condición previa a la inundación, el pago del servicio ambiental por el mantenimiento de los bosques y las aguas, y el pago de una participación en los ingresos por la generación eléctrica. Para darle seguimiento a estas condiciones, Urrá S.A. se comprometió a establecer una Comisión Interinstitucional de Concertación, integrada

por el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, Urrá S.A., la Defensoría del Pueblo, la ONIC y el Cabildo Mayor, a la cual le correspondía concertar en el término de un mes las diferentes propuestas que se formulaban desde las comunidades e instituciones competentes.

Sin embargo, posteriormente la Empresa Multipropósito rechazó la obligación de conceder un porcentaje de sus ingresos a la comunidad indígena, proponiendo un pago por servicio ambiental correspondiente al 1% fijado por ley, entre los ocupantes de la cuenca afectada, entre los cuales figuran los Embera.

El 15 de septiembre de 1997 Urrá S.A. solicitó formalmente la ampliación de la licencia ambiental para el llenado y funcionamiento del embalse. Pero el Ministerio del Medio Ambiente, mediante auto número 828 del 11 de noviembre de 1997, le negó la licencia con base en el incumplimiento de varios requisitos previos, entre ellos, el proceso de consulta y concertación con el pueblo embera-katío.

A todas estas, las comunidades indígenas, tradicionalmente dispersas y sin unidad política definida, habían propiciado un proceso de unificación en 1995, del cual emergió un Cabildo Mayor en cabeza de Simón Domicó Majoré. Pero la unión duró poco más de un año, y desde 1996 se presentaron fricciones por la conformación del cabildo. En 1997 la crisis interna estalló, a raíz de la elección de nuevo *Noko Mayor*, y se propuso la conformación de dos cabildos. El 1 de diciembre 1997, el alcalde de Tierralta, mediante Resolución 3789, revocó la Resolución 3239 por medio de la cual había reconocido el nombramiento de Alirio Pedro Domicó como noko mayor del Cabildo de Karagaví y a Simón Domicó como noko mayor del Cabildo de Iwagadó, y citó a una nueva asamblea para decidir definitivamente el conflicto interno.

En adelante, los diferentes grupos indígenas fueron tomando partido, aumentando la confusión sobre el liderazgo político y jurídico del proceso:

*“Las comunidades de Kapupudó, Koredó, Chángarra, Zambudó, Mongaratatadó, y Quiparadó en el río Sinú más la comunidad de Beguidó en el río Esmeralda decidieron conformar su propio Cabildo Mayor el día 13 de diciembre 1997; eligieron a Emiliano Domicó Majoré como noko mayor para un periodo de un año (Cuaderno 7, folios 165-169). El 19 de diciembre 1997, las autoridades del Resguardo de Iwagadó decidieron por su parte, elegir a Nariño de Jesús Domicó como noko mayor por un periodo igual (Cuaderno 7, folios 170-174). El Cabildo de Emiliano Domicó Majoré reconoce el liderazgo de Alirio Pedro Domicó en las comunidades del Río Esmeralda, pero reivindica su preeminencia en las comunidades del Río Sinú. (Cuaderno 8, folios 20-21). Por su parte, Alirio Pedro Domicó sostiene que él es el representante de todas las comunidades situadas en el resguardo Karagaví. (Cuaderno 8, folio 19)”*

Ante ello, Urrá S.A. decidió interrumpir la celebración de contratos bajo el Plan de Etnodesarrollo. Y, como condición previa a la financiación de los proyectos existentes, impuso la resolución del conflicto interno y la acreditación de los representantes de cada resguardo. Esta posición fue parcialmente respaldada por la ONIC, que recomendó a Urrá abstenerse de suscribir acuerdos para evitar defectos de validez. Así mismo, en el caso de los convenios existentes o interacciones necesarias, la ONIC recomendó tratar con los gobernadores de cada comunidad y con el Cabildo Mayor que cada una respaldara.

Ello no obstante, el Cabildo Mayor de Emiliano Domicó Majoré, por medio de oficio del 4 de febrero de 1998, reclamó la porción de las transferencias que le correspondían a las comunidades bajo su mando, y el 5 de marzo 1998 apeló a la Contraloría General de Córdoba para protestar por el bloqueo de desembolsos por parte del alcalde de Tierralta en la ejecución de los contratos celebrados para la prestación de servicios de salud. Lo que originó la primera de las tutelas acumuladas en esta sentencia.

Al plantear la problemática jurídica de fondo que compete resolver, la Corte diferenciará la situación de los derechos fundamentales de la comunidad embera katío, los derechos de algunos grupos minoritarios de dicha etnia y la de aquellos individuos que han abandonado la comunidad por voluntad propia.

En el primer caso, reiterando su jurisprudencia anterior, especialmente la T188 de 1993 en lo relacionado con el derecho a la propiedad colectiva, se recuerda que ésta incluye el derecho a constituir resguardos en cabeza del pueblo indígena. Para identificar lo que es un pueblo indígena, se puede acudir al artículo 1º, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o al artículo 2º del Decreto 2001 de 1988. Y, en consonancia con ambas prescripciones, puede observarse que en el caso bajo análisis se trata de un solo pueblo indígena, el embera katío del Alto Sinú. El problema de los dos resguardos obedece más a razones procedimentales del Incora que a realidades culturales.

De aquí, la Corte derivaría una primera subregla, que podría plantearse de este modo: la protección a la integridad cultural de un pueblo indígena obliga a que las autoridades acumulen las actuaciones administrativas referidas a él.

En el caso bajo estudio, la Corte considera que el Incora no cumplió este precepto, y por eso incurrió en vía de hecho cuando prohió la existencia de dos resguardos, obligando a esta institución a iniciar la reparación de dicha anomalía en las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia.

En lo referido a la consulta previa necesaria para la concesión de la primera licencia otorgada, la Sala recuerda los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial la SU-039/97. Relacionando los requisitos (subreglas) para surtir el derecho fundamental a la participación, sustentados en este último procedimiento, la Corte llega a la conclusión que *“el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo embera-katio del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no solo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y parágrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los embera del departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas”*.

Y, concomitantemente,, ordenará la indemnización frente a los perjuicios, ya irreversibles, causados con la actuación indebida:

*“Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido, la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar...”*

De este último apartado, podría pensarse en la construcción de una subregla que planteara lo siguiente: cuando el estado omite requisitos constitucionales referidos a la protección del derecho fundamental a la diversidad cultural de los pueblos indígenas, y de ello se generan perjuicios para estos últimos, queda obligado a indemnizarlos por su omisión.

Ahora bien, en lo relacionado con el proceso de consulta en curso, que determinará el otorgamiento de la licencia ambiental para el llenado de la represa, la Corte considera que las irregularidades en el reconocimiento de las autoridades del resguardo ha generado una situación excepcional, que obliga a la inaplicación del Decreto 1320 de 1998,

pues ello “resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”<sup>83</sup>.

Por ello, remite a un trámite especial, que consiste en seguir pautas como dar tiempo a los representantes de comunidades indígenas para que elaboren su propia lista de impactos de llenado y funcionamiento, negociar impactos futuros y forma de mitigar los actuales con los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente y negociar los términos de una nueva consulta que cumpla con los criterios establecidos por la Corte.

También, en una aplicación extensiva de argumentos contextuales de la Sentencia T-380/93 se llega a la conclusión de que “en este marco doctrinal, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I... hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan”.

Entonces, para la Corte, si la economía tradicional de subsistencia ya no es posible, la supervivencia de los embera-katío del Alto Sinú solo será viable si se incorpora a la economía de mercado. Por ejemplo, orientando la actividad agraria a la venta de cosechas. Pero ello no les es posible tampoco, pues la legislación sobre protección ambiental les prohíbe hacerlo por la superposición de sus tierras con el parque nacional natural.

Así, “la Sala ordenará entonces al Ministerio del Medio Ambiente y a la Corporación Autónoma Regional del río Sinú y el San Jorge (CVS) que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a iniciar el proceso de concertación tendiente a fijar el régimen especial que en adelante será aplicable al área de terreno en la que están superpuestos el Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos indígenas, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 622 de 1997; pues la protección ecológica del parque nacional no puede hacerse a costa de la desaparición forzada de este pueblo indígena. También se ordenará a la Empresa Multipropósito Urrá s.a. que concurra a ese proceso de concertación para determinar el monto de la financiación a su cargo (que es independiente de la indemnización de la que se trató en la consideración 5.a) de esta providencia), pues como dueña del proyecto, a ella le corresponde asumir el costo del plan destinado a lograr que las prácticas embera tradicionales de recolección y caza, puedan ser reemplazadas en la cultura de este pueblo indígena, por las prácticas productivas (compatibles con la función ecológica de su propiedad colectiva sobre las tierras del resguardo), que le permitan en el futuro vivir dignamente y desarrollarse de manera autónoma”.

---

83 Al respecto, no sobra anotar que esta aseveración no se encuentra sustentada en la sentencia, sino que se da como un hecho.

Nuevamente experimentamos dificultades para desentrañar la subregla que aplica la Corte para esta decisión, dada la construcción de argumentos de carácter excepcional y no de extensión general. Quizás, sería algo del siguiente tenor: si el asentamiento de un resguardo indígena coincide total o parcialmente con áreas de un Parque Nacional que constituya reserva forestal especial, y por razones ajenas a su voluntad los indígenas allí asentados se ven obligados a adoptar mecanismos de mercado para asegurar su subsistencia, las autoridades nacionales y regionales deberán crear, concertadamente con éstos, un régimen especial de explotación de los recursos naturales.

En lo relacionado con las formas de representación política de los indígenas y la institución del cabildo, luego de diversas consideraciones sobre la historia de este último y las particularidades de las comunidades embera-katío, resistentes a una forma de gobierno centralizada, y en donde las autoridades permanentes son las de las familias amplias o ampliadas que residen en forma comunitaria compartiendo un mismo asentamiento ribereño, considera la Corte que todas las autoridades que han intervenido en el conflicto han vulnerado el derecho a la autonomía que tienen los indígenas para darse sus propias formas de gobierno, pues les han impuesto el cabildo como única autoridad representativa.

Recordando la sentencia T-254 de 94, en lo que compete a la mayor autonomía en cuanto mayor conservación de usos y costumbres (que, para la Corte, parece la subregla controlante en este evento), consideran los magistrados que *“ni la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, ni el Ministerio del Interior, ni la Gobernación del departamento de Córdoba, ni la Alcaldía del municipio de Tierralta, ni la Empresa Multipropósito, ni las organizaciones coadyuvantes, ni organización o persona distinta a las comunidades embera-katío listadas arriba, puede decidir cuáles son las autoridades de ese pueblo. La Alcaldía y el Ministerio del Interior, solo están habilitados por la ley para llevar el registro de las decisiones que esas comunidades adopten, y para certificar lo que ellas quieran que figure en sus archivos... Por tanto, se advertirá a la Alcaldía de Tierralta, a la Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior, a la Empresa Multipropósito Urrá s.a., a la Procuraduría Agraria, a la Defensoría del Pueblo, y a las organizaciones privadas intervinientes en este proceso, que se deben abstener de intervenir en los asuntos propios de la autonomía que la Carta Política otorga al pueblo embera-katío del Alto Sinú”*.

Igualmente, en lo relacionado con servicios de salud, la Corte estima que debe dársele aplicación a las sentencias C-282/95 y T-248/97<sup>84</sup>, y en consecuencia, dadas las condiciones de manifiesta debilidad en que se encuentra la comunidad indígena, *“se ordenará a la Alcaldía de Tierralta que, si aún no lo ha hecho, proceda a inscribir a los miem-*

---

84 Que no hacen parte de este estudio, por estar más ligadas a aspectos parciales de la autonomía, como es el caso de la salud o la educación bilingüe.

bro del pueblo embera-katio de ese municipio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y vele porque no solo se les atienda como corresponde, sino que se les entreguen de manera gratuita las medicinas que el médico tratante les recete”. En similar sentido, ordena una vigilancia especial del Ministerio del Medio Ambiente sobre los efectos que pueda producir la putrefacción de la biomasa inundada.

Finalmente, la Corte considera que no puede tutelar los derechos de los emberá que decidieron vender sus posesiones y radicarse en Tierralta, pues conforme se había establecido desde la sentencia T-349/96 se requieren elementos objetivos y subjetivos para la pertenencia a una etnia (querer hacer parte de un grupo que se sabe diferente y tener una cultura). Y, en este caso, esos grupos minoritarios expresamente quisieron dejar de serlo.

No sobra anotar, sin embargo, que los apartes que se citan de esta sentencia, y sobre los cuales pareciera aplicarse una subregla previa, son en realidad *obiter dictum*. Y, además, no se precisa si estos grupos han hecho manifestaciones explícitas renunciando a su pertenencia étnica. Lo único que consta es que no dirigieron por sí mismos peticiones expresas, y que solo mediante agencia oficiosa se quería vincularles con las decisiones que se obtuvieran en el fallo.

Con posterioridad a este fallo, las comunidades afectadas han intentado hacer efectiva la indemnización que se les otorgó, con resultados muy precarios. Tanto así, que debieron nuevamente acudir a la tutela en defensa de sus derechos, esta vez porque tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería como la Corte Suprema de Justicia habían rechazado tramitar el incidente de liquidación de perjuicios (la primera, por considerar que se había presentado de forma extemporánea, y la segunda, en apelación, por estimar que la entidad competente para ello no era el Tribunal era un juzgado contencioso administrativo). Finalmente, la Corte Constitucional, en su fallo T-1009 de 2000, consideró que ambas instancias habían incurrido en vías de hecho que afectaban los derechos al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la justicia, a la participación y a la supervivencia física de las comunidades y reiteró la orden al Tribunal Superior de Montería para que cumpliera lo dispuesto en esta sentencia.

En la tercera sentencia citada de manera dogmática por la Corte en nuestro pronunciamiento que nos sirve de referencia, la T-634/99, se decide la posible afectación a los derechos fundamentales del pueblo arhuaco en que se habría incurrido por la expedición de una ordenanza del departamento del Cesar (la 037 de 1997), mediante la cual se creó el municipio de Pueblo Bello sin tener en cuenta consulta alguna a dicho pueblo, a pesar de que parte del territorio del nuevo municipio había sido reconocido como “territorio indígena” mediante resoluciones 078 de 1983 y 032 de 1996, proferidas por el Incora.



Aun cuando finalmente la Corte no concederá la tutela por considerar que existían otras acciones judiciales (en especial, la acción popular y la contencioso administrativa), y buena parte de la argumentación de esta sentencia se orienta es a explicitar el carácter de fundamental que tiene el derecho al territorio (que no hace parte de los temas desarrollados por esta tesis), sí es importante resaltar dos aspectos de la misma.

El primero, el sustento argumental que hará la Corte del derecho a la consulta previa como derivado del Convenio 169 de la OIT, pero manteniendo la consideración de que ella es un mecanismo para hacerla viable:

*“Lo anterior da sustento a la democracia participativa que entre muchas de sus expresiones está la de permitir tomar parte en consultas populares (art. 40 C.P.). **Un mecanismo específico de esa participación, en lo que tiene que ver con las comunidades indígenas, es la consulta establecida en el Convenio 169 de la OIT.** Este derecho de los indígenas a participar en aspectos que tiene que ver con su población y su territorio se liga al derecho a la identidad como etnia porque tiene relación con la supervivencia cultural, y encuentra su fundamento en las normas de la Constitución antes citadas y en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9° de la Carta Política y en el artículo 1° del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. Y específicamente está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, Convenio que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano (art. 93 C.P.)”.*

El segundo aspecto es que es esa misma connotación, la de considerar la consulta previa como mecanismo para la participación, la que obligará a la Corte a negar la tutela, al considerar que los mecanismos participativos colectivos tienen otra vía jurídica más aplicable: “La Ley 472 de 1998 establece la acción popular para la protección de los derechos e intereses colectivos. El artículo 4° de dicha ley indica cuales son esos derechos e intereses, diciendo la parte final:

*“Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, lo cual significa que el derecho a la consulta de las comunidades indígenas, está protegido por el Convenio 169 de la OIT. Si se considera vulnerado dicho derecho, hoy es objeto de una acción popular, luego, dado el carácter residual de la tutela, no es la tutela la vía adecuada”.*

Como veremos más adelante, la Corte no mantiene por mucho tiempo esta doctrina. Y, en estricto sentido, hubiese sido más claro si la citación dogmática que hace de esta sentencia la Corte se mantuviera en el campo de la ampliación de la consulta previa a aspectos legislativos y administrativos (grupo de sentencias que analizaremos más ade-

lante, y en donde en todo caso esta decisión marcaría un precedente hacia una posición negativa, menos inspirada en cuestiones sustantivas que en procedimentales, al estimar que la acción popular sería la vía más adecuada constitucionalmente para solventar estas controversias de la afectación al derecho fundamental a la participación colectiva).

Como sea, la Corte no nos ofrece matices sobre estas controversias que originan sus propios fallos. Simplemente los ignora, o los hace ver como coincidentes sin serlo. Por ello, sin mucha dificultad, en la sentencia SU-383/03, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, en la que se falla la 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 de 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, por las afectaciones que podrían estar surtiéndose por la fumigación de sus territorios con glifosato (bajo la excusa de combatir cultivos ilícitos), sin haberlos consultado previamente, además de otras posibles afectaciones a derechos fundamentales como la vida, la existencia comunitaria, el medio ambiente sano, el libre desarrollo de la personalidad y el debido proceso, la Corte simplemente reiterará, invocando las sentencias ya vistas, lo que parecería ser una posición ya definida en torno a la procedibilidad de la tutela en materias relativas a la consulta previa:

*“Esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, mediante el mecanismo de la consulta previa, que éste es un derecho fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”<sup>85</sup>.*

Aun cuando la forma de esta citación pudiera resultar anodina, a mi juicio refleja bien la confusión conceptual que acompaña todo el desarrollo de esta sentencia, a pesar de sus profundas citas y de los intentos por dar cuenta exhaustivamente del panorama legislativo, jurisprudencial y constitucional (incluido el bloque de constitucionalidad) que regula la materia.

La primera consideración es que la Corte sí estudia el tema de las acciones populares, e incluso considera que es la vía procedimental para estudiar otras posibles afectaciones colectivas de derechos fundamentales, como los de vida o medio ambiente:

---

85 Para lo cual invoca las sentencias SU-039 de 1997 y T-652 de 1998. La citación que incluye no se referencia, aun cuando debería provenir de uno de estos dos pronunciamientos.

*“En consecuencia no procede por vía de tutela entrar a considerar la protección de los derechos a la vida, integridad física, salud o seguridad de los habitantes de la región amazónica colombiana, entre éstos los pueblos indígenas asentados en la región, en razón de que la consideración de estos asuntos corresponde a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo -artículo 15 de la Ley 472 de 1998-, aunque el quebrantamiento sea denunciado por estos últimos, porque las acciones u omisiones de las autoridades que quebrantan o amenazan con vulnerar los derechos e intereses colectivos se tramitan y deciden como lo dispone el artículo 88 constitucional, sin distingo del sujeto activo de la acción”<sup>86</sup> (salvo, como advierte la misma Corte, cuando se trate de una medida provisional y transitoria para evitar perjuicios que serían irremediables si no se interviene).*

Ahora bien, ¿por qué no consideró el Alto Tribunal en esta oportunidad que frente a la ausencia de consulta previa debía incoarse una acción popular, como parecía sugerirlo la anterior sentencia? Básicamente porque transmuta los derechos protegidos. Inicialmente, estaría en juego el derecho a la integridad cultural, que sí se protege mediante la tutela.

Pero, adicionalmente, porque la consulta previa como tal va adquiriendo el estatus de derecho. Quizás por ello no sea tan casual el galimatías lexicográfico presente en la cita *in comento*, en donde ella es a la vez mecanismo e instrumento tanto para la participación en los asuntos que le conciernan al respectivo pueblo o minoría étnica, como para asegurar la integridad cultural y la subsistencia grupal.

Dada la cantidad de citas de jurisprudencia, convenios internacionales, leyes, decretos e instrumentos de política pública a los que se acude en los considerandos de la sentencia, además de las referencias a los conceptos antropológicos solicitados y la citación de la bibliografía correspondiente a poblaciones indígenas, es difícil restituir en detalle la línea argumental que sigue la Corte para probar cómo la consulta previa (en tanto instrumento) garantiza al mismo tiempo los derechos fundamentales a la integridad cultural y a la participación.

Más bien, lo que emerge con claridad es que la consulta previa se impone en tanto es un requisito previsto en el Convenio 169, aplicable en general a comunidades étnicas tanto indígenas como afrodescendientes (en este sentido, esta sería una de las primeras sentencias en las cuales el reconocimiento a estas últimas se hace explícito). Pero esto no bastaría, pues en sí mismo el Convenio no daría las pautas de en qué casos exigirla y en cuáles no, en ausencia de reglamentación explícita en la materia. Por ello, en esta oportunidad la Corte nos presenta una curiosa interpretación, que poco tiene que ver

---

86 Esta posición genera el Salvamento de Voto del magistrado Jaime Araújo y la Aclaración de Voto de los magistrados Alfredo Beltrán y Clara Inés Vargas.

con la línea argumental dogmática que veníamos tratando en las dos primeras sentencias relacionadas con la materia:

*“Ahora bien, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT prevé que las medidas que se adopten para dar aplicación al instrumento “deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”, previsión que ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como la necesidad de adentrarse en las características de la cultura que se verá involucrada en la decisión, a efectos de determinar su grado de autonomía y así maximizar o minimizar la naturaleza y el alcance tanto de la consulta, como de las medidas<sup>87</sup>.*

*En consecuencia se requiere determinar si las comunidades indígenas de la región amazónica ostentan condiciones sociales, culturales y económicas que les den derecho a ser tratados como pueblos i) por distinguirse de otros sectores de la colectividad nacional, y estar regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones; o ii) por de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista y colonización, y conservar sus propias instituciones sociales económicas culturales y políticas o parte de ellas. También deberá definirse lo atinente a la procedencia de la delimitación de la región, para efectos de la aplicación del instrumento, porque es la conciencia de su identidad indígena o tribal el criterio que determina la aplicación del Convenio 169 de la OIT, y solo tres de los departamentos de la amazonía colombiana –Guainía, Vaupés y Amazonas- se caracterizan por el predominio de la población indígena...”.*

Es gracias a superar esta especie de test (de conservación, origen tribal y concepto de región) que finalmente la tutela se concede. Pero, al hacerlo, también se considera una fórmula procedimental distinta a la que ha popularizado el Alto Tribunal (consulta previa, libre e informada, como veremos con mayor detalle más adelante), estableciendo dos fases de la consulta y un procedimiento para garantizar el principio de actividad de buena fe de los funcionarios que deben tanto surtirla como considerarla (sobre la que se había manifestado en sentencias anteriores, más como criterio), que se reflejan en la parte decisoria del pronunciamiento. La conjunción de estos dos elementos (test y procedimiento) están orientados por el mismo principio dogmático: el análisis previo de cada consulta es particular (hay que cumplir los requisitos), y la manera de llevarla a cabo también es particular, derivado de las condiciones de cada pueblo involucrado.

Para la muestra, este botón:

---

87 Para lo cual cita, entre otras, las sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997 y C-169 de 2001.

*“Tercero.- El procedimiento de consulta deberá iniciarse y culminar en el plazo de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de esta decisión. Las entidades antes nombradas deberán someter a consideración de las autoridades de los pueblos indígenas y de las organizaciones que los representan, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de esta providencia, entre otros temas, i) el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, ii) el ámbito territorial de las mismas, y iii) la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial respectivo la erradicación de los cultivos ilícitos ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre y cuando que uno y otros garanticen en forma efectiva y eficiente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan. Cuarto.- Las autoridades a las que se refiere la presente decisión, deberán, en la adopción de las medidas pertinentes, como resultado de las consultas a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana, considerar y ponderar la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, así como la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, el interés general de la nación colombiana y las potestades inherentes al estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y dentro de ella planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos”.*

En la T-737/05, igualmente con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, y también en un caso que involucra decisiones administrativas diferentes a las provenientes de recursos naturales, se ratifica esta línea argumentativa de la Corte. En dicha oportunidad, se estudiaba el conflicto derivado de una reunificación de comunidades indígenas del pueblo Yanacona (Cabildo Villamaría, de la vereda de Anamú y Yanacona de Mocoa), al cual se opusieron 39 familias que fueron reconocidas en otro cabildo por parte de la Alcaldía de Mocoa, sin consultar al pleno de las comunidades yanaconas. Al tutelar los derechos de la mayoría y obligar a la consulta como una medida previa a la determinación final de la conformación del cabildo, la Sala ratifica tanto el sentido de la consulta, que no es solamente para efectos relacionados con explotación de recursos naturales, como el procedimiento para llevarla a cabo planteados en la sentencia anterior:

*“En consecuencia, la protección constitucional y la ratificación por parte del estado colombiano de instrumentos jurídicos de carácter internacional que velan por la integridad de los pueblos indígenas, pretende antes que nada, asegurar que estos últimos preserven de manera autónoma e independiente, la vigencia de su cultura, su estructura social y económica según su propia visión del mundo, en claro respeto a su derecho a la diferencia. Por ello, estos pueblos, tienen garantizado el respeto de su cultura y su permanencia hacia el futuro. De esta manera, la importancia del*

*Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aun cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena”.*

Y más adelante, insiste en lo relacionado con el doble procedimiento de consulta, como una manera de asegurar “*la permanencia en el tiempo de la multiculturalidad que se señala en la Carta Política*”:

*“Por esta razón los procesos de consulta previa que se hagan a los pueblos indígenas y la forma en que dicha consulta se habrá de hacer, deberá igualmente ser consultada de forma anticipada con estos pueblos indígenas en cumplimiento de lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT”.*

En el año 2006, con el pronunciamiento contenido en la sentencia T-880, y nuevamente ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, se mantiene la misma estructura argumentativa, esta vez para tutelar el derecho a la diversidad étnica del pueblo Motilón Barí, afectado por una exploración petrolera efectuada por Ecopetrol sin la adecuada consulta previa. El caso concreto presentaba algunas particularidades interesantes en lo que hace a otras controversias, dado que se discutía un concepto del Ministerio del Interior y de Justicia, quien a través de la Dirección General de Asuntos Indígenas había certificado que en la zona no existía población indígena por cuanto no coincidía con una delimitación específica de resguardo (después de que Ecopetrol disminuyó la zona de exploración a una región conocida como Álamos I, desechando las tareas en un bloque más amplio en donde la presencia indígena era indiscutible), excusa bajo la cual se ampararon las restantes entidades públicas para no proceder o continuar con la consulta (si bien existió ambivalencia, pues Ecopetrol en algún momento inicial reconoció dicha presencia, aun cuando no continuó con el procedimiento de consulta alegando inasistencia de las autoridades indígenas), y además la jurisdicción de lo contencioso administrativo estudiaba una nulidad contra la resolución que otorgaba la licencia ambiental, sin haber concedido la suspensión provisional de la misma. Por lo tanto, la sentencia buscaba, como en el caso de los u'wa, enviar una señal tanto al Consejo de estado como a los ministerios concernidos sobre el valor de la consulta, aun cuando en esta oportunidad siguiendo la línea de la obligatoriedad del Convenio 169, no tanto de los requisitos del derecho fundamental colectivo a la participación.

En razón a lo anterior, la Sala termina conminando a la misma Dirección de Etnias (antes de Asuntos Indígenas) del Ministerio del Interior y de Justicia en un sentido proclive a la consulta en los casos de territorios frecuentados por comunidades indígenas, aun si los datos censales o los mapas geográficos no dan cuenta de ello: *“Quiere decir que, con miras a preservar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, tal como lo prevé el artículo 7° de la Carta Política los procesos de consulta previa, previstos en el Convenio 169 de la OIT, tendrán que comprender todas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales directamente, en particular los relacionados con “el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, con el fin de salvaguardar plenamente sus derechos, así “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.*

Y, en relación con el segundo aspecto, si bien la Sala reconoce que el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander negó la protección por improcedente, aduciendo que la presunción de legalidad de que gozaba la Resolución 0624 de 2005 solo podría ser desvirtuada por juez competente, considera que ello no es óbice para que los derechos fundamentales de los accionantes sean restablecidos, dado la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia resolvió, sin adelantar la consulta de rigor, desconocer la influencia de actividades exploratorias en su territorio ancestral, Ecopetrol S.A. pasó también por alto la consulta previa en la elaboración de Estudios de Impacto y Manejo Ambiental sobre una zona tradicionalmente ocupada por comunidades indígenas y el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial tramitó y otorgó licencia ambiental para adelantar actividades exploratorias, con clara vulneración del derecho de las comunidades indígenas allí asentadas. En razón a ello, ordena la suspensión del proceso hasta tanto no se realice la consulta previa.

Durante el año de 2009 se producen dos nuevas sentencias en materia de consulta previa, ambas reseñadas en nuestro pronunciamiento de referencia: la T-154/09 y la T-769/09. La inicial, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, es la primera que niega una tutela relacionada directamente con una obra de infraestructura ubicada en territorio indígena, fundamentalmente por considerar que esta tutela no se presentó en tiempo (principio de inmediatez), no tanto porque no se debiera proceder a la consulta como tal.

El caso involucró a los Cabildos Gobernadores de resguardos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, en relación con una presa del cercado y un distrito de riego del río Ranchería. Si bien se procedió a cinco reuniones de consulta, ella no había contemplado a todas las comunidades indígenas de la zona, ni se habían tenido en consideración algunas de las peticiones de los participantes en ellas. Si bien la Corte reitera la jurisprudencia básica sobre consulta (invocando ante todo la sentencia SU-039 de 1997, y sin

ninguna mención a las tres últimas sentencias analizadas), la razón central para aplicar el principio de inmediatez y negar las pretensiones de los actores es que habían transcurrido más de tres años desde que se expidió la Resolución que otorgaba licencia, y proceder al estudio de la tutela implicaría suplantar la jurisdicción contencioso administrativa.

En la segunda, la T-769/09, también con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, la Corte sí procederá al amparo, tras considerar que al otorgar una concesión minera a la compañía Muriel Mining Corporation, para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles, en los departamentos de Antioquia y Chocó, no se cumplió adecuadamente con el proceso de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes residentes en la zona.

Para nuestro estudio, más allá de las particularidades del caso, lo interesante es que la jurisprudencia que reitera la Corte no guarda mucha relación con la línea argumentativa que venimos presentando, correspondiente a sentencias de tutela, sino que se inspira fundamentalmente en las sentencias de control de constitucionalidad que desarrollaremos a continuación (razón por la cual, en este apartado, no presentaremos las citas que invoca el Alto Tribunal, pues trataremos de restituir la construcción dogmática de cada una de ellas).

Pero, en lo concerniente a sus efectos, sobre todo invocando de manera más estricta la literalidad del Convenio 169 y la utilización del mismo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte irá mucho más allá de lo fallado hasta el momento, e incorporará el consentimiento previo de las comunidades étnicas consultadas cuando del proyecto se deriven efectos estructurales:

*“Frente a lo anterior, esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del estado no solo consultar a dichas comunidades, **sino también obtener su consentimiento libre**, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos **las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes**, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.*

De esta forma, la decisión no solo tutela los derechos de las comunidades afectadas por ausencia de consulta, sino que considera que, cuando ésta se realice, será vinculante



por los efectos trascendentales que el proyecto minero generará en la vida cotidiana de ellas.

La argumentación previa que se utiliza en esta sentencia, y que posteriormente se repetirá en otro pronunciamiento del cual también fue ponente el magistrado Nilson Pinilla Pinilla (T-1045A de 2010), concerniente a la consulta de comunidades afrodescendientes, mantiene en primer plano la Sentencia de la Corte Interamericana del caso Saramaka vs. Surinam de 28 de noviembre de 2007, en donde se estableció una regla de carácter vinculante para la consulta:

*“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, **el estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones**”.*

Y también trae a colación esta sentencia este otro aparte del pronunciamiento de la Corte Interamericana, puntualizando la regla anterior:

*“Es más significativo aún mencionar que el estado reconoció, asimismo, que el ‘nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión’. La Corte coincide con el estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”.*

También invoca el magistrado Pinilla el estudio que realizó el relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, en donde éste termina recomendando también la necesidad del consentimiento en algunos casos de consulta previa:

*“Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria,*

*los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia... En consecuencia, es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.*

Con lo cual, podríamos cerrar este primer apartado con una especie de perplejidad, pues en últimas habríamos asistido a dos tipos de sustentaciones distintas en torno a la consulta previa. Por una parte, en sus primeros pronunciamientos, la Corte habría insistido más en un desarrollo de los componentes o núcleo básico del derecho a la participación, de los que habría derivado que el mecanismo mediante el cual éste se viabiliza, la consulta previa, tenía que llenar ciertos requisitos (como el de ser precisamente previa, libre e informada), y la actuación posterior de la autoridad, en todo caso, debería estar exenta de arbitrariedad (aun en el caso en que no se atuviera a la consulta). En un segundo momento, con la actividad del magistrado Tafur, se habría dado un giro hacia un fundamento más anclado en la diversidad étnica (sin abandonar en todo caso la idea de mecanismo para la participación), viabilizado a través de un seguimiento al Convenio 169 de la OIT (y, últimamente, en las sentencias de la Corte Interamericana que lo desarrollan) y procedimentalmente previsto en dos fases: una de consulta a los pueblos concernidos sobre la manera de hacer la consulta, y posteriormente otro en que se realizaría la consulta como tal, a veces bajo la óptica de una especie de test de los consultados sobre su carácter de pueblo (para determinar si les son aplicables las normas del Convenio) y su grado de conservación de costumbres y ancestros (para determinar la maximización de la autonomía).

No es que estas dos visiones sean incompatibles, por supuesto. Pero lo que llama la atención es que, a pesar de que estén sustentadas en principios y lógicas distintas, la Corte insista en que se trata de reiterar su jurisprudencia en la materia, como si existiera total coincidencia. Máxime cuando, como se observa en los pronunciamientos del año 2009, entran con fuerza los argumentos esgrimidos en las sentencias de control de constitucionalidad, sobre los cuales la jurisprudencia anterior había mantenido una especie de división de campos o precedentes aplicables.

### **Consulta Previa en materia legislativa**

Veamos, entonces, este conjunto de sentencias que hacen parte de este segundo grupo de pronunciamientos concernidos con la consulta previa, esta vez principalmente en materia de conformación legislativa:

El primero de ellos, que de alguna forma daría inicio a esta línea jurisprudencial si de ello se tratara, es la sentencia C-169 de 2001 que, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria, realiza el análisis previo de constitucionalidad de los proyectos de Ley 025/99

Senado y 217/99 Cámara, por los cuales “se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”.

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

Para los efectos propios de este trabajo, en los proyectos de ley se consideraba la creación de una circunscripción nacional especial en la Cámara de Representantes para asegurar la participación de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior. En desarrollo de ella, se preveía la distribución de cinco curules distribuidas así: dos para las comunidades negras, una para las comunidades indígenas, una para las minorías políticas y una para los colombianos residentes en el exterior.

Dado que se trata de control de constitucionalidad previo, no había propiamente intervinientes. Por ello, entre las intervenciones ciudadanas, cabe destacar la correspondiente a la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, a cuyo parecer el proyecto violaba lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes -ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1.991-, por omitir el deber de “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...”. Tratado que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, es de aplicación prevalente en el país. Sobre el mismo punto, los intervinientes traen a colación el Decreto 1397 de 1.996, que versa sobre la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, y cuyo artículo 12 otorga a la Mesa de Concertación la función de “concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con los pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario. La concertación se hará respetando los usos y costumbres de cada pueblo”.

En este orden de ideas, afirman que el proyecto de ley bajo revisión, “al tener como objeto la reglamentación del artículo 176, y al hacer mención como lo hace del número, los requisitos y las condiciones en que los pueblos indígenas podemos acceder a tener una representación política en la Cámara de Representantes, indudablemente se constituye en una posible medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas de Colombia”. Por lo mismo, está cobijado por el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., luego era necesario agotar el mecanismo de la consulta previa, lo cual no se hizo en ningún momento.

Consideran que “*si bien en el caso de los pueblos indígenas la norma tiene el texto del artículo 171 de la Constitución Política, no quiere decir eso que se puede obviar la consulta previa, pues nueve (9) años después de promulgada la Constitución Política, los pueblos indígenas ya tenemos varias experiencias de lo que ha sido la participación política en el Congreso de la República, lo cual nos permite aportar nuevos elementos para una ley que reglamentaría nuestra participación en la Cámara*”. Por otra parte, afirman que “*el hecho de que en el Congreso que ha discutido este proyecto de ley, haya congresistas indígenas no significa que la consulta previa esté surtida, pues ellos cumplen un papel de representación política, que no suple la vocería de los pueblos y organizaciones indígenas*”.

En otra de las intervenciones, la Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, Marcela Bravo Gallo, también cuestiona la constitucionalidad del proyecto de ley por cuanto es lesivo del principio de igualdad, “*ya que los pueblos indígenas de Colombia se encuentran ubicados en aproximadamente 27 departamentos, y en la mayoría de los casos la presencia indígena en algunas regiones del país es mayoritaria frente a la población de otros grupos étnicos, lo cual significa que la representación de los pueblos indígenas en la composición de la Cámara de Representantes sería inequitativa*”.

Así las cosas, una de los primeros interrogantes jurídicos que desentraña la Corte es si, además del trámite de ley estatutaria que correspondía, debió procederse a realizar una consulta previa a los grupos étnicos nacionales, pues con el establecimiento de la circunscripción especial se afecta sensiblemente la vida política de tales comunidades.

En este sentido, se tratará de articular el artículo 6 del Convenio 169, ya citado, con el artículo 34 del mismo tratado, que estipula:

*“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”.*

Estima la Corte que “*los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias*”.

Ahora bien, como hemos visto previamente, la única consulta previa que dispuso explícitamente el constituyente fue la relacionada con la explotación de recursos naturales

en territorio indígena (art. 330 CN), la que entre otras razones llevó a la Corte a considerar el derecho a la participación colectiva como fundamental en estos casos (sentencia SU039/ 97).

Por lo tanto, *“lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura”*.

Ello no obstante, la Corte se cubre la espalda sobre lo que es su posición política al respecto: no es que considere que la consulta no fuese oportuna o conveniente, o que de haberse realizado no contara con pleno respaldo en el ordenamiento superior. Incluso, llega a instar al legislador para que en el futuro se ocupe de esta materia<sup>88</sup>.

*“Sin embargo, mal haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos 153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente en casos como el presente, en los que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del legislador en la materia (cf. art. 150-1, C.P.)”*.

Salvado este escollo procedimental, y tras ponderar de distintas formas la importancia de una adecuada participación política para la democracia y la vida cotidiana de las

---

88 Ello, sin embargo, no obsta para que, en un futuro, el legislador se ocupe de regular la materia, con toda la amplitud que permite el Convenio 169 de la O.I.T. -para efectuar lo cual, de hecho, se le urge, dada la importancia del tema-; en consecuencia, deberá entenderse que lo dicho en este fallo sobre la obligatoriedad de la consulta previa en los casos de medidas distintas a las previstas por el parágrafo del artículo 330 Superior y por las disposiciones legales vigentes, solo se debe aplicar *en ausencia de una regulación integral de la materia por parte del Congreso*.

comunidades, amén del vínculo que existe entre democracia participativa y pluralismo, se estima que el proyecto de ley contribuye en principio a los objetivos constitucionales previstos en el artículo 176.

Al revisar la discrecionalidad del legislador al determinar la distribución de las curules y la presencia de una eventual violación a la igualdad, tras un detallado análisis de la situación de los grupos étnicos afroamericanos y raizales, así como de los matices conceptuales de lo que significa grupos étnicos y tribales a la luz del Convenio 169 de la OIT, considera la Corte que la doble representación de las comunidades negras en la Cámara *“es una medida de diferenciación que haya una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T.”*

Al respecto, por lo tanto, considera la Corte que no es de recibo la argumentación de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que sí consideraba vulnerado el derecho a la igualdad de los pueblos indígenas por tener una mayor presencia territorial en la geografía nacional, no solo por cuanto está mal planteado el asunto, sino porque *“de la misma manera que los indígenas, las comunidades negras -así no se hayan constituido formalmente en tanto tales- se encuentran diseminadas a todo lo ancho del territorio colombiano, y en ciertos departamentos superan en número a los indígenas”*.

En lo concerniente al electorado, la Corte defiende el que sea todo el electorado potencial, y no el residente en determinados territorios, el que pueda participar en dicha elección. Ello por cuanto *“es importante señalar que, de conformidad con el artículo primero del proyecto, esta es una circunscripción especial de alcance nacional. Ello implica que ha sido creada y organizada, no en función de un territorio determinado, sino de ciertos grupos sociales cuya participación se busca fomentar, y que se encuentran distribuidos por todo el país, o, como en el caso de los colombianos residentes en el exterior, por todo el globo. La cualificación de nacional, conlleva también que esta circunscripción se encuentra abierta a la participación de todo el electorado; es decir, que cualquier colombiano, pertenezca o no a alguno de los cuatro grupos que contempla la norma, puede votar por los candidatos que se postulen a través de ella, a diferencia de lo que ocurre en la circunscripción territorial ordinaria de la Cámara de Representantes, por la cual solo podrán votar los habitantes del territorio correspondiente”*.

Además, considera la Corte que no sería extensiva una limitación del derecho fundamental a la participación que se encuentra en el voto ordinario a la Cámara, que obedece a una lógica territorial, ya que debe seguirse el principio de maximización de los derechos fundamentales. Así, mientras las normas que afecten derechos deben tener interpretación restrictiva, los que los reconocen deben tener la interpretación más amplia posible.

Finalmente, sobre los requisitos que se impone a los postulantes o candidatos de las comunidades indígenas, la Corte considera no solo que son idénticos a los establecidos en el artículo 171 de la Constitución, mediante la cual se crea la circunscripción especial indígena para el Senado, son consistentes con un criterio de igualdad, “puesto que no sería justificable la imposición de condiciones diferentes para los senadores y los representantes indígenas, siendo que ambos actúan en pro de las comunidades aborígenes del país y, para esos efectos, no existe una diferencia significativa entre las dos cámaras legislativas”.

Ello no obstante, y teniendo en cuenta argumentos de razonabilidad histórica, tampoco se viola la igualdad cuando los requisitos que se exigen de los postulantes a curules por las comunidades negras son menores, dada su débil conformación organizativa.

Por las anteriores consideraciones, la Corte declarará exequibles el conjunto de normas que reglamentan el artículo 176 de la Carta, en lo que se refiere a comunidades indígenas y afrodescendientes.

Como se sigue de este pronunciamiento, no es casualidad que dicho precedente no sea invocado muy a menudo en la dogmática de la Corte, sobre todo teniendo en cuenta el curso de acción que adoptará en posteriores sentencias. Sin embargo, es necesario anotar también que la Corte ha mantenido vivo este precedente, y lo que ha hecho es tratar de distinguir escenarios, para justificar la progresiva obligatoriedad de la consulta previa en materia legislativa, así no se haya producido aún el resultado legislativo que el magistrado Gaviria visualizaba en esta ponencia.

El primero de los pronunciamientos dogmáticamente invocado por nuestra sentencia de referencia (C317 de 2012) es la C-030 de 2008, mediante el cual se falló la acción pública de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006, mejor conocida como Ley Forestal. El cargo general para buscar la declaratoria de inexecutable era la ausencia de consulta previa a las comunidades indígenas y pueblos afrodescendientes, lo cual constituiría una violación del artículo 6º del Convenio 169 y de los artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución Política.

La primera consideración que abocará la Corte es si se está ante un vicio de procedimiento, por haberse omitido la consulta previa. Sin embargo, como vimos previamente, en materia legislativa ésta no había sido desarrollada mediante una ley que la reglamentara. Por ello, para el Alto Tribunal, el precedente adoptado en la C-169 de 2001 es plenamente aplicable, y procedimentalmente no podría exigirse tal conducta. De esta manera, *“sería, entonces, la ley orgánica, en armonía con la Constitución y sin desnaturalizar el alcance del compromiso adquirido por virtud de lo dispuesto en el artículo 6º del Convenio 169, la que establecería los casos en los que procede la consulta, la oportunidad y los procedimientos para llevarla a cabo. Se configuraría así, un procedimiento legislativo especial, aplicable, desde*

*la fase de la iniciativa legislativa, en el evento de medidas legislativas que sean susceptibles de afectar de manera directa a los pueblos indígenas y tribales y cuyo incumplimiento daría lugar a un vicio de procedimiento en la formación de la ley. El procedimiento especial previsto para adelantar la consulta se convertiría así en una garantía institucional del derecho que tienen las comunidades a que la misma se haga efectiva”.*

El punto subsiguiente es, entonces, cómo pronunciarse frente a la omisión legislativa (a siete años de la conminación a que se reglamentara el punto). En ese escenario, la Corte considera que *“sería forzoso concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia, la omisión de la consulta afecta la materialidad misma de la ley, porque, independientemente del sentido y alcance de sus disposiciones, existe una carencia en las mismas, porque no son portadoras del valor que les conferiría el hecho de haber sido consultadas con las comunidades afectadas de manera previa a su adopción”.*

Lo que la llevaría, consecuentemente, a fijar las reglas procedimentales mínimas, desde la perspectiva constitucional, que orienten el deber de consulta en materia legislativa. Reglas no previstas ni en la Constitución ni en la ley, y que fue lo que se rechazó por la Corte en la sentencia C-169 de 2001. ¿Cómo sale de este lío el Alto Tribunal? No lo hace cambiando el precedente ya establecido, que le conduciría al mismo tiempo a reconocer algún tipo de error valorativo previo. Más bien, aplica la conocida táctica de la *distinción*, como ya hemos mencionado. Su idea es que como *“los cargos en esta oportunidad se dirigen a poner de presente una omisión que se habría producido antes de que se iniciara el trámite legislativo propiamente dicho, y que tal omisión se proyectaría sobre el contenido mismo de la ley, encuentra la Corte que cabe hacer un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, sin que haya lugar a aplicar el término de caducidad predicable en relación con los cargos por vicios de procedimiento”.*

Abierta esta puerta, la Corte puede ahora sí poner de presente tanto las obligaciones que le impone al estado el Convenio 169, especialmente en materia de consulta, como la amplia jurisprudencia que ha emitido sobre ésta el mismo Tribunal. Para lo que interesa resaltar ahora, menciona algunas sentencias en las que ha adoptado reglas sobre consulta en materia legislativa, tratándose de asuntos relacionados con recursos naturales. Por ejemplo, frente al Código de Minas, donde en sentencia C-418 de 2002 había dispuesto la exequibilidad parcial de un artículo que establecía la delimitación de las zonas mineras en territorios indígenas, *“...bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991. También en materia minera, la Corte invoca su sentencia C-891 de 2002, donde insiste en la necesidad de consultar a poblaciones indígenas y a otros grupos étnicos sobre la exploración y explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios. Y en lo relacionado*



*con recursos naturales en general, la C-620 de 2003, según la cual, a pesar de que el concepto de consulta debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias, éste tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, y por ello no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas. O, finalmente, la sentencia C-208 de 2007, mediante la cual se buscaba la declaratoria de inexequibilidad parcial del Estatuto de Profesionalización Docente (decreto 1278 de 2002) por no haberse consultado lo correspondiente a formación étnica. El Alto Tribunal aceptó parcialmente los cargos, al declarar una exequibilidad condicionada (“siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias”), al considerar no tanto que se faltó al deber de consulta previa, sino que se incurrió en una omisión legislativa relativa, consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas. Con dicha omisión, se desconocieron los derechos fundamentales de las comunidades indígenas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. De igual manera, se desconoció el derecho de los grupos indígenas a que los programas y los servicios de educación a ellos destinados se desarrollen con su participación y cooperación, siendo éste el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional”.*

Como se observa de esta reconstrucción dogmática, por lo tanto, si bien la Corte admite haber avanzado con algunos precedentes en materia de consulta en materia legislativa, especialmente tratándose de asuntos relativos a recursos naturales, no ha producido un conjunto de reglas o criterios unívocos desde los cuales afrontar este reto, en ausencia de desarrollo normativo más preciso. Esa es la tarea que se asume en esta sentencia.

En ese orden de ideas, el primer criterio es la afectación directa:

*“En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio*

*169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley”.*

Lo que lleva, entonces, a la pregunta de cuándo se producen afectaciones directas, cuando por sí mismas las leyes tienen carácter general y abstracto, y solo se particularizan al momento de su aplicación. Frente a esto, la Corte adopta un criterio explicativo:

*“Hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.*

El segundo criterio general alude a la especificidad:

*“Lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos... Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales”.*

Adicionalmente, la Corte propone seguir con un criterio de flexibilidad aspectos tales como la oportunidad, tiempo y lugar de la consulta, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Lo cual no quiere decir que estos aspectos queden librados a la discrecionalidad de las autoridades, sino que deben ser resultado de un proceso de comunicación en el que se valoren dichas condiciones.

Igual criterio de flexibilidad debe seguirse frente a la pregunta de quién es el responsable de organizar la consulta. Pues si bien, *prima facie*, el Convenio establece una obligación en cabeza del gobierno, dicha aseveración debe ponderarse a la luz de las diferentes instancias y autoridades que tienen iniciativa legislativa, a fin de establecer responsabilidades precisas en cada caso.

Finalmente, frente a la omisión de la consulta, debe tenerse también un margen de actividad, pues no siempre se sigue automáticamente de ello la inconstitucionalidad de una determinada iniciativa legislativa:

*“Sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas”<sup>89</sup>.*

No sobra advertir, por último, que la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley forestal proviene precisamente de la aplicación de dichos criterios:

*“Si bien es cierto que, como se ha señalado, existe un margen de flexibilidad en torno a la manera como debe hacerse efectiva la consulta, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre la materia y que, inclusive, la exigencia de que la consulta sea previa, en materia de medidas legislativas no es absoluta en relación con el momento de presentación del proyecto de ley, no es menos cierto que un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos”.*

---

89 Aplicando este criterio, la Corte, mediante sentencia C-461/08, declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo correspondiente al segundo período del presidente Álvaro Uribe, en el entendido que “se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.”

Una profundización de esta forma de argumentación la encontramos en la sentencia C-175 de 2009, mediante la cual se falla la acción pública de inconstitucionalidad incoada contra la Ley 1152 de 2007, o Estatuto de Desarrollo Rural, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

Nuevamente, el cargo es el de que para el trámite legislativo del Estatuto no se tuvo en cuenta la consulta con los pueblos indígenas o afrodescendientes, a pesar de haberse desarrollado algunos foros informativos, organizados por uno de los senadores indígenas.

En términos generales, por ello, la Corte seguirá los criterios dogmáticos previamente explicitados. Pero con algunas precisiones importantes. La primera, aun cuando el Alto Tribunal mantiene la eficacia de la medida en el terreno de la participación democrática, enfatiza más claramente el carácter autónomo de la consulta previa en tanto derecho fundamental:

*“Esta comprobación, sumada al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Así, la Corte ha consolidado un precedente sobre los requisitos de aplicación y protección, contenido, alcance y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta, doctrina que ha sido sistematizada recientemente por este Tribunal en las sentencias C-030/08 y C-461/08...”*

En segundo lugar, tras reiterar los criterios de aplicabilidad y flexibilidad de la consulta ya analizados en la sentencia anterior, la Corte enfatiza en los resultados y consecuencias de la consulta:

*“De esta manera, decisiones anteriores de este Tribunal han previsto que el deber de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales no constituye un poder de veto en contra de la implementación de medidas legislativas por parte del estado. La protección del derecho fundamental a la consulta, entonces, se circunscribe al ejercicio de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación. Sin embargo, cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa. Con todo, esa política deberá contar con los instrumentos necesarios para salvaguardar los derechos e intereses relacionados con la identidad diferenciada de dichos pueblos, a fin de preservar la diversidad étnica y cultural protegida por la Constitución”*

En tercer lugar, si bien mantiene cierta flexibilidad sobre las consecuencias de la omisión de la consulta<sup>90</sup>, igualmente establece una especie de prelación por la inconstitucionalidad de la medida:

*“Se tiene que la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva prima facie a la inexecutablez de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales”.*

A partir de todo lo anterior, y a modo de recapitulación, la Corte reitera ocho reglas o criterios a tener en cuenta en la consulta previa en materia legislativa, que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- La consulta es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes.
- Esta resulta jurídicamente exigible cuando las medidas afecten de manera directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.
- Ella tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente. En tal sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y tribales.

---

90 Citando la C461/08, la Corte recuerda los criterios adoptados para la determinación de las consecuencias de la omisión del deber de consulta previa: Esta *“debe valorarse teniendo en cuenta (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. El análisis de estos factores permitirá a la Corte adoptar decisiones que involucren la declaratoria de inexecutablez total o parcial de la disposición, o el condicionamiento de la misma, a fin de establecer mecanismos que mantengan el precepto dentro del ordenamiento y que, a su vez, otorguen eficacia al derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades tradicionales”.*

- Constituyendo ante todo un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa.
- Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. De ello se sigue que debe estar dirigido a que las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso, y se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales.
- Debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos. El mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.
- El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo.
- Finalmente, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnímoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo.

Con base en la aplicación de dichas reglas, la Corte declarará inexecutable el Estatuto de Desarrollo Rural<sup>91</sup>. Ello no obstante, dicha decisión generará dos salvamentos de voto

---

91 *“Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias*

parciales (magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Sierra Porto) y un salvamento de voto (magistrada (e) Cristina Pardo Schlesinger). Los primeros, por considerar que con la omisión de la consulta se había incurrido en un vicio de forma, no sustancial, y que por ende se podía redimir. La segunda, al considerar que no era cierto que la Corte tuviese un precedente firme en materia de inexecutable de la norma cuando se presentaba la omisión después de iniciado el trámite legislativo, pues en casos como el del Plan Nacional de Desarrollo, ya mencionado, se condicionó la executable a una actuación posterior a la del Congreso, y en cabeza del Gobierno.

De los argumentos de los dos primeros magistrados, que en cierta forma manifiestan un desacuerdo con la manera como la mayoría del Alto Tribunal ha venido sustanciando una materia que, como la consulta previa, de suyo debería ser procedimental, a pesar de la importancia que reviste, quisiera sintetizar estos argumentos, que dan cuenta de la disparidad de criterios que sobre el tema todavía subsisten en la Corte:

- *Es clara la posibilidad que en nuestro sistema jurídico los vicios de forma se saneen o convaliden en desarrollo del procedimiento legislativo.*
- *La Consulta previa, en cuanto vicio de forma, es susceptible de esta posibilidad de convalidación o saneamiento.*
- *Resulta imposible determinar de antemano las consecuencias que la realización de la Consulta previa tendrá para el trámite congresual de un proyecto de ley y, por lo tanto, para principios como la unidad de materia, la consecutividad y la identidad relativa.*
- *El argumento esgrimido en la sentencia C-175 de 2009 –la afectación sine qua non de principios del procedimiento legislativo– desconoce la riqueza empírica que puede presentarse en desarrollo de éste.*
- *Este argumento de la sentencia C-175 de 2009 resulta contradictorio con otro, también en ella sostenido, en el sentido de avalar la realización de consultas previas una vez iniciado el trámite legislativo cuando se trate de proyectos de ley presentados por sujetos distintos del Gobierno. Las dos razones expuestas en el mismo discurso son muestra clara de ausencia de coherencia interna en el texto de la sentencia.*

---

*en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente... la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente”.*

- La regla establecida por la Corte interpreta de forma demasiado restrictiva la exigencia del art. 6º del Convenio 169 de la OIT, pues dicha norma solo exige que la consulta se haga con anterioridad a la promulgación del cuerpo normativo que afecte directamente a las comunidades indígenas o tribales, careciendo de fundamento suficiente una limitación absoluta.

- Lo anterior no significa que automáticamente la realización de la misma pueda darse de forma válida en cualquier etapa del procedimiento legislativo; lo que se resalta y se acentúa es que deberá analizarse en cada caso si la realización de la Consulta luego de iniciado el trámite legislativo vulneró alguno de los principios constitucionales que se concretan por medio del procedimiento legislativo o si, por el contrario, la misma no afectó ninguno de los aspectos sustanciales involucrados en el mismo; evaluación cuya realización no puede, legítimamente, negarse de forma general y a priori”.

Finalmente, en lo que atañe a este nivel de citación dogmática que se deriva de nuestra sentencia de referencia, en pronunciamiento C-366 de 2011, y ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, se define la constitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, reformatoria del Código de Minas, nuevamente bajo el mismo cargo de falta o ausencia de consulta previa con los requisitos debidos.

Tras reiterar la jurisprudencia ya analizada, y subrayar a la relación intrínseca que existe entre la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas, y el aprovechamiento de los recursos mineros en los territorios que ocupan (asunto que ya había sido evidenciado en las sentencias C-418/02 y T769/09, referidas anteriormente), la Corte procede a declarar la inexecutable de dicha ley, aun cuando difiere los efectos de la misma a dos años.

Quizás por esa última condición no salva su voto el magistrado Nilson Pinilla Pinilla, aun cuando sí lo hace el magistrado Humberto Sierra Porto<sup>92</sup>, y el ponente, Luis Ernesto Vargas Silva. El primero, al considerar que “la declaratoria de efectos diferidos de un fallo de

92 Al considerar que “la declaratoria de efectos diferidos de un fallo de inexecutable es una figura de carácter excepcional, aplicable en determinadas situaciones extremas, cuando los efectos concretos de la decisión de inconstitucionalidad resultan ser evidentemente contrarios a valores, principios o derechos constitucionales. En este orden de ideas, siendo una excepción, la declaratoria de efectos diferidos de un fallo de inexecutable debe estar precedida de una argumentación jurídica muy sólida, que justifique la inaplicación de la regla general. Lo anterior por cuanto resulta prima facie injustificado que una norma legal, cuya contradicción con la Constitución ha sido constatada por la Corte, siga produciendo efectos en el ordenamiento jurídico, así sea de manera temporal... En el caso concreto, la Corte constató que, del análisis de las pruebas sobre el procedimiento legislativo recaudadas en este proceso, se comprobó que (i) la presentación del proyecto de ley ante el Congreso no estuvo precedida de ningún trámite de consulta con autoridades representativas de las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) los escenarios de participación ciudadana



*inexequibilidad es una figura de carácter excepcional, aplicable en determinadas situaciones extremas, cuando los efectos concretos de la decisión de inconstitucionalidad resultan ser evidentemente contrarios a valores, principios o derechos constitucionales. En este orden de ideas, siendo una excepción, la declaratoria de efectos diferidos de un fallo de inexequibilidad debe estar precedida de una argumentación jurídica muy sólida, que justifique la inaplicación de la regla general. Lo anterior por cuanto resulta prima facie injustificado que una norma legal, cuya contradicción con la Constitución ha sido constatada por la Corte, siga produciendo efectos en el ordenamiento jurídico, así sea de manera temporal... En el caso concreto, la Corte constató que, del análisis de las pruebas sobre el procedimiento legislativo recaudadas en este proceso, se comprobó que (i) la presentación del proyecto de ley ante el Congreso no estuvo precedida de ningún trámite de consulta con autoridades representativas de las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) los escenarios de participación ciudadana durante el trámite no contaron con espacios particulares para la consulta a tales comunidades. Por tales razones, esta Corporación decidió declarar inexequible 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas". Pues bien, de haberse seguido la jurisprudencia sentada por la propia Corte, de la cual me he apartado en varias ocasiones, según la cual la ausencia de consulta previa a las minorías étnicas comporta un vicio de procedimiento insubsanable, la consecuencia lógica hubiera sido la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010. No se entiende, en consecuencia, que esta Corporación haya venido sosteniendo el carácter insubsanable de un determinado vicio de procedimiento, y ahora, sin justificación alguna, inaplique sus anteriores pronunciamientos".*

El segundo, al considerar que "esta decisión se muestra en extremo problemática, en tanto (i) las razones que tuvo en cuenta la Corte para adoptarla son contradictorias e insuficientes; (ii) contradice la jurisprudencia estable y reiterada de esta Corporación, en materia de la posibilidad excepcional de declarar la inexequibilidad diferida; y (iii) la regla fijada por la mayoría en esta sentencia erosiona el control de constitucionalidad y los efectos de la cosa juzgada constitucional".

---

*durante el trámite no contaron con espacios particulares para la consulta a tales comunidades. Por tales razones, esta Corporación decidió declarar inexequible 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas". Pues bien, de haberse seguido la jurisprudencia sentada por la propia Corte, de la cual me he apartado en varias ocasiones, según la cual la ausencia de consulta previa a las minorías étnicas comporta un vicio de procedimiento insubsanable, la consecuencia lógica hubiera sido la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010. No se entiende, en consecuencia, que esta Corporación haya venido sosteniendo el carácter insubsanable de un determinado vicio de procedimiento, y ahora, sin justificación alguna, inaplique sus anteriores pronunciamientos".*

### **Una dogmática unificada**

Todo este conjunto dogmático nos permite, finalmente, regresar a nuestras sentencias de referencia, con miras a determinar la aplicación del mismo a los casos más recientes fallados por la Corte.

En la segunda de ellas, la C-317 de 2012, la acción pública de inconstitucionalidad se dirige contra el acto legislativo 05 de 2011, mediante el cual se modificó el régimen de regalías. Con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, la Corte declarará exequible el acto legislativo frente al cargo de ausencia de consulta previa, fundamentándose en los siguientes argumentos:

*“La Sala considera que el Acto Legislativo 05 de 2011 no es una medida legislativa que en sí misma conlleve una afectación directa, específica y particular de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, en atención a dos razones fundamentales: (i) el nivel de generalidad de las regulaciones que allí se consagran, que no constituyen un régimen constitucional integral del sistema de regalías; y –especialmente– (ii) la remisión a una ley de desarrollo que habrá de precisar en detalle los distintos aspectos constitutivos del régimen nacional de regalías. Esta ley de desarrollo, en criterio de la Corte, necesaria y obligatoriamente tendrá que ser objeto de consulta previa con la plenitud de las garantías constitucionales e internacionales aplicables, en tanto contenga disposiciones que afecten directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes. La nueva ley no podrá contener medidas regresivas respecto de los niveles de protección de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas que actualmente se disponen en las leyes previas. Además, en la asignación de los recursos correspondientes a los fondos de compensación y desarrollo, necesariamente deberán tenerse en cuenta a las comunidades ancestrales. Estas dispondrán de una participación directa en los recursos provenientes de tales fondos”.*

En relación con la primera, la T-129 de 2011, sería importante anotar que la profusa gama de citas, que ha inspirado esta recopilación, no solo tiene por objeto reiterar la jurisprudencia sobre el tema, como lo hacen casi todas las anteriores citadas aquí, ampliándolo a todas las comunidades étnicas, sino proponer también una reorganización de la cual el punto más complicado parece ser una especie de condicionalidad sobre la regla de la vinculatoriedad de la consulta cuando se trate de una obra o proyecto que afecte estructuralmente las comunidades, reemplazándola por una especie de búsqueda del consentimiento y, solo después, aplicación de un principio más ambiguo que la Corte denomina *pro homine*. Veamos estos dos elementos:

Sobre la ampliación de la consulta a otros grupos étnicos, la Corte explicará:

*“Si bien el precedente que se entra a relacionar (en virtud del caso sometido a revisión), ha sido mayoritariamente aplicado a comunidades indígenas, las reglas jurisprudenciales también son aplicables por analogía a todos los pueblos étnicos que existen en la Nación, tales como la población negra, afrocolombiana, raizal, palenquera e incluso los gitanos (ROM)”.*

Y, más adelante, reitera la misma consideración:

*“Si bien la metodología de análisis y la solución de los casos concretos ha variado conforme a las exigencias propias de cada asunto, desde el principio se advierte que la Corte le ha dado el tratamiento a la consulta previa de un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas”.*

No queda claro de la anterior aseveración, como trataremos de resaltar más adelante, si dicha consideración se extiende a que todos estos grupos serían cobijados bajo el Convenio 169 (y, por ende, se consideran como tribales, dado que difícilmente se les podría catalogar de originarios o indígenas), o si la Corte ha decidido extender los efectos de la consulta (que, como vimos, inicialmente estaba circunscrita por razones constitucionales a pueblos indígenas y materias concernientes a recursos naturales) a todas las agrupaciones étnicas, estén o no cobijadas bajo el manto del Convenio 169, y en materias que cubren aspectos como actuaciones administrativas o legislativas que les afecten.

En cuanto a lo segundo, en principio la Corte mantiene una lectura similar a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

*“Como se observa, el consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas. Ello se apoyó en pronunciamientos del Relator Especial de la ONU para la protección de derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, al igual que de distintos organismos y organizaciones internacionales que han señalado la necesidad de adicionar a la mera consulta el consentimiento previo, libre e informado. Así, los estados y las entidades obligadas e interesadas en la protección de los derechos indígenas deberán buscar el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión que tengan impacto en sus territorios”.*

Pero, al momento de proponer la síntesis de criterios o reglas en los cuales se reitera su jurisprudencia, no contempla explícitamente la regla del carácter vinculante. Esta

es la nueva versión de ella, que cito integralmente por la importancia que reviste para nuestra indagación:

*“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:*

*(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.*

*(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.*

*(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.*

*(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.*

*(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.*

*(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no solo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.*

*(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.*

*(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o*

*vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.*

*En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.*

*(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.*

*(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.*

*(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.*

*Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional”.*

En aplicación de ellas, en la parte resolutive de la sentencia se tutelará el derecho a la consulta de las comunidades indígenas afectadas, y se ordenará suspender la ejecución de las obras de la carretera denominada Unguía- Acandí o Titumate- Balboa- San Miguel- Acandí, en el sector K26-00 al K34-700 en el municipio de Acandí, en lo que tenga que ver con el territorio de las comunidades concernidas, y suspender todas las actividades de

prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas embera katío Chidima-Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas, en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

Cuando ya el panorama parecía clarificado, y por ende el precedente en materia de consulta previa de medidas legislativas podía considerarse relativamente pacífico, en la sentencia C-253 de 2013, con ponencia de Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional vuelve a agitar el avispero.

Se tratan aquí los cargos que introduce un ciudadano, en general, en contra de la utilización de la expresión *comunidades negras* en materia legislativa, por considerarla peyorativa, racista, alentar la xenofobia y otras formas de intolerancia.

Coincidiendo con la mayoría de los intervinientes, la Corte estimará que el contexto integral en el cual se utiliza la misma alude más bien a una resignificación del término, utilizado incluso en la misma Constitución, en su artículo 55 Transitorio, invocado por diversos actores tanto en el debate de la Asamblea Nacional Constituyente como en la posterior construcción social de la Ley 70, aludido en diversos instrumentos e informes internacionales e incluso objeto de la definición de algunos grupos de activistas.

Para ello, a su vez, recrea lo que han sido sus posiciones generales en torno a las comunidades negras, coincidiendo en términos generales con la recopilación que hemos propuesto previamente<sup>93</sup>.

Pero el punto no es tan fácil de resolver a la hora de pronunciarse en torno a si este conjunto normativo que ha hecho alusión al término *comunidad negra* ha violado el deber de consulta previa. Lo interesante de esta línea argumentativa es que el Alto Tribunal hace una reconstrucción distinta de la línea de precedentes, que le permite fijar un precedente distinto en la materia, aparentemente en cumplimiento de los mismos pronunciamientos previos.

---

93 Quizás la única sentencia no estudiada previamente de dicha citación sea la C605 de 2012, mal citada como C605 de 2013, en la cual se estudian cargos sobre posible discriminación contra la población con incapacidades o diferencias auditivas de la Ley 982 de 2005, al excluir lenguajes diferentes al de señas como objeto de protección de dicha comunidad. El tema sale a colación al considerar el actor que la comunidad de sordos es equiparable, en su diversidad y multiculturalidad, a las de los indígenas (y la Corte lleva el parangón hasta las comunidades afrodescendientes). El Alto Tribunal enfrenta el tema más bien bajo la óptica de grupos minoritarios que son objeto de exclusión, pero igual recuerda algo de su jurisprudencia en relación con las diferencias lingüísticas, protegidas, de indígenas, afrodescendientes y raizales.

Inicia entonces dicha reconstrucción reconociendo (por fin, de nuevo) el engavetado precedente de la sentencia C-169 de 2001, que había considerado que la consulta previa solo era exigible en materia de explotación de recursos naturales, mientras se expedía una legislación que desarrollara el Convenio 169 de la OIT. Según la nueva interpretación de los magistrados, si bien después de esa fecha se emiten sentencias en las que prosperan los cargos de inexequibilidad por falta de consulta previa en materia legislativa (casi todos ellos ya relacionados, y centrados en temas que en una interpretación amplia podrían considerarse relacionados con el ambiente, salvo el caso del Estatuto Docente, Sentencia C-207 de 2007) solo hasta el año 2008, con la sentencia C-030 (previamente analizada, y referida a la Ley Forestal) se estructura realmente el parámetro de control constitucional<sup>94</sup>, lo cual es bastante discutible, pues, como lo aseveramos previamente, a nuestro juicio es mucho más consistente la reconstrucción del precedente que la Corte realiza en su sentencia C-175 de 2009, a partir de la cual precisa ocho, y no tres, pasos a tener en cuenta en dicha materia.

Ello no obstante, hasta aquí no habría mayor problema. Salvo que la Corte decide ir más lejos en su intervención y, al observar que tal requisito, con las formalidades procedimentales que implica, no existe como tal en la Constitución ni en las leyes relativas a la formación de las leyes ordinarias o estatutarias, y que el Convenio 169 de la OIT solo fija principios generales al respecto, solo le es exigible al legislador la obligación de cumplir con dicha obligación a partir de la sentencia C030 de 2008. Y ello por cuanto “*resulta desproporcionado e irrazonable el que un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico como la consulta previa, pueda ser exigible para medidas legislativas posteriores al establecimiento de reglas procedimentales en esta materia por vía jurisprudencial y de interpretación del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone la imposibilidad de juzgar o reprochar las actuaciones del Congreso con base en un parámetro de control de constitucionalidad, fundamentado en reglas inexistentes en el momento de tramitar una ley o acto legislativo. Sin embargo, consolidado el precedente en el 2008 el legislador ciertamente no puede ignorar la existencia de este parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y debe ir más allá incorporándolo en la Ley orgánica del Congreso o a través de una ley estatutaria...*”.

En su argumentación la Corte evidencia que su interés es salvaguardar los principios de seguridad jurídica y legalidad. Más aún, los cargos de la demanda daban cierto pie para dicha salvaguarda, pues de prosperar la tesis del actor entraban en entredicho todos los

---

94 “*Habiendo repasado el precedente jurisprudencial sobre la exigibilidad de la consulta previa en el caso de medidas legislativas que afecten directa y específicamente a los grupos étnicos, la Corte concluye que en la sentencia C030 de 2008 la que re-conceptualiza la línea jurisprudencial y avanza en el establecimiento de los requisitos y características de la consulta. Esto es, se erige en el precedente principal en esta materia, ya que consolida el parámetro de control que consiste en la realización de la consulta previa en el proceso de formación de las leyes, como garantía de la realización del derecho de dichas comunidades de participar en las decisiones que las afecten directamente*”.

actos legislativos referidos a comunidades negras o afrodescendientes expedidos con base en la actual Constitución sin el lleno del requisito de la consulta previa.

Pero es igualmente cierto que dicho pronunciamiento afecta otras acciones constitucionales en curso, de iniciativa de las organizaciones sociales étnicas, en contra de medidas o iniciativas legislativas que ciertamente no les benefician, como el caso del Código Minero y su posible reforma. Por ello, no es del todo sorprendente que este fallo haya producido indignación y rechazo en dicho medio. Por ejemplo, la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, los Procesos de Comunidades negras PCN, la Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombianas CNOA y la Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados AFRODES, al considerar que este nuevo precedente constitucional carece de nivel y rigor argumentativo, va en detrimento del principio de progresividad y viola el principio de armonización de la legislación nacional con los estándares internacionales, adelantan en este mismo momento una campaña nacional por la inaplicación de dicha sentencia e invitan a pronunciamientos similares de todas las organizaciones defensoras de los derechos humanos ante la Corte Constitucional.

Como se observa, entonces, finalmente la Corte decanta las diversas versiones dogmáticas sobre consulta previa (faltaría ver si en la siguiente sentencia los magistrados proponen otra síntesis diferente de los criterios y reglas aplicables para ella), que parecen aplicar tanto en materia de recursos naturales como de otros temas que afecten a las comunidades étnicas, y que van desde actuaciones administrativas hasta iniciativas legislativas.

Más allá de las consecuencias dogmáticas de aplicar los entendimientos tempranos del Alto Tribunal (por ejemplo, la consideración de la consulta como mecanismo del derecho fundamental a la participación) o los más consolidados (donde la consulta adquiere estatus propio de derecho fundamental), con las consiguientes preguntas sobre cuál entonces sería, por ejemplo, su núcleo básico, y cómo se ponderaría frente a otros principios (pues, en apariencia, por tratarse de reglas más bien procedimentales de obligatorio cumplimiento, no parecería dar lugar a ponderación o balanceo, sino simplemente a una aplicación al estilo de las reglas: se cumple, no se cumple), cabrían unas palabras sobre la evaluación de si estamos frente a políticas multiculturales o interculturales.

En general, podría pensarse que buena parte de la historia argumentativa de la Corte en esta materia cae bajo el marco del multiculturalismo, en tanto la consulta no se considere como vinculante sino simplemente como un criterio discrecional de la administración pública para obtener la voz de minorías concernidas.

Ahora bien, en la medida en que aumentan los condicionantes de la Corte hacia la forma de hacer la consulta y cómo proceder en caso de ser negativa (por ejemplo, conminar a una acción administrativa libre de arbitrariedad), se atenúan los efectos meramente



asimilacionistas de la medida. Y, cuando se le vincula adicionalmente al respeto de la diversidad étnica (no solamente a mecanismo democrático de participación), se llegaría a un multiculturalismo mucho más respetuoso de la diversidad.

Sin embargo, a mi juicio, el paso hacia la interculturalidad estaría en los efectos vinculantes de la consulta, en tanto deja de considerar a las comunidades o pueblos como minorías y las asume como culturalmente diversas, pero equiparables como grupo a las mayorías representadas en las acciones administrativas o legislativas.

Como vimos, la Corte está en estos momentos en ese filo. Dio un paso decidido hacia el carácter vinculante, sin otras consideraciones que la afectación. Pero, a un año de esa sentencia (T769/2009), ya la Corte morigera su posición y establece más bien un principio de búsqueda de consentimiento, y si éste *objetivamente* no se produce (no solo porque las comunidades no quieran, sino porque objetivamente todos los efectos le son negativos), se establecería por parte de la autoridad un principio de actuación *pro homine* (en la versión anterior, si los efectos eran estructuralmente dañinos y la comunidad no quería, la autoridad simplemente no podía actuar). Con lo que, a mi modo de ver, se regresa rápidamente al terreno del multiculturalismo, en donde la mayoría hegemónica es la que controla los efectos de la diversidad hacia las minorías étnicas.

### **Población afrocolombiana y protección constitucional**

Frente al complejo entramado jurisprudencial presente en materia indígena, del cual, como anunciamos, solo hemos ilustrado algunas tendencias, el desarrollo de la protección constitucional establecida por vía jurisprudencial hacia la población afrocolombiana es sustancialmente menor, como trataremos de mostrar en este apartado.

Como señalamos al hablar de los rasgos básicos de la Constitución Multicultural, en buena medida esta carencia se justifica en el mismo diseño de la Carta, en la cual solo aludiría directamente al tema un artículo transitorio (el 55), mientras que otras posibles fuentes de derechos especiales en función de dicha pertenencia étnica tendrían que derivarse de artículos más generales que protegen o prohíben la diversidad étnica, como es el caso del séptimo y octavo de la CN.

En este orden de ideas, el escaso desarrollo jurisprudencial podría explicarse en este diseño normativo diferencial, y en el tipo de posiciones jurídicas que se derivan de la Ley 70 de 1993, que si bien aparece como el estatuto protector de la población afrocolombiana, a su vez instituye un marco jurídico distinto al que cubre a los pueblos indígenas en Colombia. Veamos con un poco de mayor detalle este punto.

Desde la delimitación del objeto de la ley, nos enteramos de que ésta apunta en dos direcciones. La primera, hacia lo rural. Más específicamente, las tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico. La razón, como explicábamos previamente, es que ese era el cometido primigenio otorgado por los constituyentes, expresado en el artículo 55 transitorio: resolver los problemas de justicia social que implicaba la falta de titulación en ellas. Y por extensión, en otras zonas de características similares (es decir, zonas rurales, con baldíos ocupados por dicha población).

Con una característica adicional: se busca reconocer a las comunidades negras, que han venido ocupando dichos baldíos de acuerdo con prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva. Es decir, no se trata de una ley de formalización genérica de baldíos, sino que es mucho más específica: supone que esta ocupación tiene esos dos elementos (ser grupal, responder a formas tradicionales colectivas de producción, que suponen así mismo un uso colectivo del suelo), lo que posibilita que su titulación se haga de manera colectiva<sup>95</sup>.

La segunda dirección apunta en general a “*establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana*”.

Nótese, de este enunciado, cómo el paradigma al que se le apunta no es necesariamente el del fortalecimiento de la diversidad, sino el de la igualdad de oportunidades. Por supuesto, el segundo cometido podría lograrse mediante el primero. Pero, en todo caso, no es un objetivo en sí el del fortalecimiento de la identidad cultural per se, sino como medio o instrumento para resolver problemas de inequidad de dicha población frente al conjunto de la sociedad colombiana<sup>96</sup>.

Posteriormente, al enumerar en su artículo 3 los principios rectores de la ley, se mantiene una especie de dualidad: reconoce y protege la diversidad cultural y étnica, al tiempo que también el derecho a la igualdad de todas las culturas. Si bien la diferencia parece

---

95 Dice la norma: “*Ocupación colectiva. Es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción.*

*Prácticas tradicionales de producción. Son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades negras para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo auto sostenible*”.

96 Este énfasis no estaba en el texto original del artículo 55 transitorio, que tan solo hablaba de la necesidad de establecer “*mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social*”.

meramente nominal, este segundo enunciado es distinto al anterior, pues entraría más en el camino de la interculturalidad, la horizontalidad entre las culturas, y no tanto en el cometido de la igualdad por marginalidad, invisibilidad o racismo, como podría pensarse del primero.

Un tercer elemento central a considerar es la definición de *comunidad negra*, que era el tema en boga en la época para nombrar dicha identidad, y que fue fruto de un complejo consenso al interior de la Comisión Especial encargada de la redacción del proyecto. Al final, esta es la redacción que recoge el artículo 2 de la ley: “*Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos*”.

No es necesaria mucha discusión para postular que esta definición comporta más elementos de comunidades rurales que urbanas, que no solo son las que están en esa relación campo-poblado (no se menciona a las ciudades) y que además conservan conciencia de identidad (no necesariamente afrocolombiana, pues de ella solo se requiere la ascendencia), generalmente proveniente de una cultura propia y de mantener tradiciones y costumbres en esa relación de distancia frente a lo urbano. O, en otras palabras, si quitáramos la referencia a lo afro, esta definición podría reflejar bastante bien la realidad de las comunidades campesinas.

A partir de estos elementos básicos se despliega el articulado en las dos direcciones especificadas. En la lógica de la formalización y titulación colectiva, el diseño responde entonces a una fórmula que podríamos sintetizar de la siguiente manera: la adjudicación de baldíos se hará de forma colectiva, bajo el nombre de “tierras de las comunidades negras”. Para recibir la titulación es requisito que los ocupantes se organicen en un Consejo Comunitario, que tendrá su representante legal. Es éste el órgano interno de administración, y como tal podrá repartir áreas, velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, preservar la identidad cultural, garantizar el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación. La parte de la *tierra de la comunidad negra* destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable.

La adjudicación no podrá recaer sobre bienes de uso público, áreas urbanas de los municipios, recursos naturales renovables y no renovables (salvo bosques y suelos)<sup>97</sup>, tie-

---

97 “*Las prácticas tradicionales que se ejerzan sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios o la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra se consideran usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso*”.

rras de resguardos indígenas, subsuelo, áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional y áreas del sistema de Parques Nacionales.

En relación con los recursos mineros, la ley prevé una especie de prelación a favor de las comunidades negras, siempre y cuando la explotación se haga de manera tal que proteja sus especiales características culturales y económicas (arts. 26 y 27).

Nótese cómo, por tanto, si bien el uso colectivo de la tierra y la conservación de identidad cultural y tradiciones son elemento crucial para la adjudicación, ello no se refleja directamente en el reconocimiento institucional a dichas comunidades. Por el contrario, probadas éstas y procediendo a la titulación, ellas deben adoptar una forma institucional en principio ajena (los Consejos Comunitarios), cuyas funciones y prerrogativas están delimitados por la ley y su reglamentación.

Por ello, por ejemplo, no existe como tal un reconocimiento al derecho propio que pudiesen portar las comunidades negras (bajo la forma, por ejemplo, de justicia comunitaria, o de derecho ancestral), como sí es el caso en los pueblos indígenas, sino que se le asignan funciones de control de la convivencia, mediante fórmulas de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como podría ser también el caso de las juntas de acción comunal (que tienen institucionalmente, también, la figura de la conciliación o la amigable composición).

En lo que atañe a la segunda dirección, la protección cultural y social de las comunidades negras de todo el país, la ley desarrolla una serie de principios generales en diversas materias como la educación (donde se reconoce el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales, arts. 32 y ss.), la organización identitaria (art. 42), la participación en los asuntos que les conciernen (arts. 44 y 45), el desarrollo económico y social (arts. 46 y ss.), el fomento productivo y la asistencia técnica y crediticia y la inversión social. De igual forma, se compromete a adoptar medidas contra el racismo, la intimidación, la segregación o la discriminación de dichas comunidades (art. 33).

Del conjunto de medidas, resulta entonces previsible que la actividad jurisprudencial de la Corte se despliegue únicamente en el terreno de las protecciones externas, especialmente para garantizar derechos colectivos como los del territorio, la participación, la consulta previa o la etnoeducación. En el área de las restricciones internas, en tanto no hay un reconocimiento explícito del derecho propio en la ley (o en el texto constitucional), lo que se traduce en ausencia de una jurisdicción especial afrocolombiana o de comunidades negras, no sería posible en principio para la Corte generar un cuerpo jurisprudencial, por ausencia de materia: no se producirían decisiones sobre las cuales actuar, tanto por la vía de tutela como por la vía de colisión de competencias jurisdiccionales.

Por supuesto, por lo menos en parte este vacío puede ser llenado por el bloque de constitucionalidad, en especial por la aplicación del Convenio 169. Sobre todo, como veremos en detalle más adelante, por cuanto la misma Corte ha prohijado el entendimiento mediante el cual las comunidades negras o afrodescendientes caen bajo su égida, bajo la comprensión de que se trata de pueblos tribales<sup>98</sup>.

Y, en ese sentido, existen por lo menos tres artículos del Convenio que podrían dar pie a un desarrollo de derecho propio o de procedimientos especiales en materia penal. El artículo 8, numeral primero, estipula que *“al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”*. Y el segundo, que *“dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”*.

A su vez, el artículo 9 establece que *“en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*. Amén de otras medidas que están destinadas a que cuando sean juzgados, las autoridades y tribunales tengan en cuenta sus costumbres, o que cuando se les impongan sanciones penales se tengan en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, y se dé preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Este conjunto normativo, que es más o menos de común aplicación en el caso de pueblos indígenas, como quedó descrito previamente, es absolutamente ignorado en el caso de las comunidades afrocolombianas. En el fondo, aun cuando no se diga de manera tan contundente, por la misma concepción de las autoridades públicas y jueces, que no consideran en este punto que estén frente a comunidades tribales, y su uso ha sido tan solo una estrategia para garantizar la extensión de los derechos asociados a protecciones externas, especialmente el de la consulta previa, como quedó afirmado anteriormente y se explicitará inmediatamente.

Planteado así el contexto, podríamos ahora sí pasar revista rápidamente a los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional que han tenido como objeto los

---

98 El artículo primero del Convenio especifica que éste se aplica, entre otros, a “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, siempre y cuando mantengan conciencia de su identidad.

derechos de las comunidades negras o de la población afrocolombiana. Sin embargo, es necesario proceder con una advertencia metodológica: si bien vamos a tratar de mantener el mismo esquema aplicado en materia de poblaciones indígenas, de apelar a las citaciones internas de sentencias recientes con miras a evaluar la dogmática, más que los precedentes concretos, que reitera el Alto Tribunal, en este caso el bajo nivel de remisiones internas dificultará la labor. Por ello, trataremos de restituir el siguiente camino. Mediante una sentencia del año 2012, buscaremos una presentación del tema del derecho colectivo a la participación. Muy rápidamente, éste nos llevará al de la consulta previa, y en ese evento, que acabamos de sintetizar en el apartado anterior, y en donde como vimos la Corte termina integrando a todas las comunidades étnicas, simplemente estableceremos los lazos comunicantes, especialmente desde el precedente en el cual dicho Tribunal empezó a tramitar casos de comunidades negras. Finalmente, resaltaremos un pronunciamiento específico sobre el tema de la territorialidad de comunidades negras, que ha sido posteriormente citado reiterativamente por la Corte, aun en los casos en que están en debate otros derechos.

En la sentencia T-823 de 2012, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte decide sobre la tutela interpuesta por el representante legal del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de La Plata Bahía Málaga, contra la Gobernación del Valle del Cauca, en atención a que dicho despacho no ha procedido a convocar a sesión pública para la elección de los representantes de los Consejos Comunitarios del departamento tanto en la Comisión Consultiva Departamental como en la Comisión Consultiva de Alto Nivel (en quienes residiría la representación de las comunidades negras para efectos de la consulta previa).

La elección, a juicio del actor, se hace necesaria por cuanto los miembros de las actuales comisiones consultivas departamentales y distrital de Bogotá fueron elegidos el último trimestre de 2008 y, como su periodo institucional es de tres años, éste se encuentra vencido desde el 1 de noviembre de 2011.

Para la Gobernación, dicha obligación recae en el Ministerio del Interior y de Justicia, hoy Ministerio del Interior, que reglamenta y estructura la Consultiva Departamental en Colombia, de conformidad con lo establecido en el Decreto 3770 de 2008. Máxime si, en razón al pronunciamiento del Consejo de Estado mediante sentencia 530 del 5 de agosto de 2010, las directrices para llevar a cabo dicha elección han variado. Finalmente, aduce que en los gobernadores solo recae la responsabilidad de convocar.

No sobra acotar que en dicha sentencia, con ponencia del magistrado Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, el Consejo de Estado declaró la nulidad de algunos apartes del Decreto 2248 de 1995, especialmente en lo que tenía que ver con la conformación de las Consultivas tanto Departamentales como Regionales, así como de la de Alto Nivel (nacional),

al considerar que de ellas no podían hacer parte las organizaciones de base (negras o afrocolombianas) por expresa manifestación de la Ley 70 de 1993. Para la fecha, el Ministerio del Interior no había ajustado el nuevo procedimiento a seguir, y había solicitado a los gobernadores abstenerse de convocar a elecciones, hasta tanto no encontrase “una solución que brinde legalidad y legitimidad a las instancias de representación de estas comunidades”. Posteriormente, dicho ministerio expidió la Resolución No. 121, del 30 de enero de 2011, mediante la cual pretendía subsanar la omisión y responder a lo dispuesto por el Consejo de Estado, básicamente disponiendo una forma de elección de la Comisión Consultiva Nacional de Alto Nivel a través de la representación de los Consejos Departamentales y Regionales con titulación colectiva en el país.

La Corte parte del reconocimiento que en la jurisprudencia se ha hecho a las comunidades afrodescendientes como pueblos tribales, a la luz del Convenio 169:

*“Teniendo en cuenta estas disposiciones, la jurisprudencia ha resaltado que las comunidades afrocolombianas son un grupo culturalmente diferenciado titular de derechos grupales especiales y que puede clasificarse como “pueblo tribal” para efectos de la aplicación del Convenio. La Corte ha rechazado que criterios raciales, espaciales –ubicación geográfica- o jurídico formales –existencia de una organización legalmente reconocida- sean criterios determinantes de la existencia de las comunidades negras como grupo étnico diferenciado. Para la Corporación, siguiendo el Convenio 169 de la OIT, los factores que ayudan en mayor medida a la identificación de “los pueblos tribales” –como las comunidades negras- son, en primer lugar, uno objetivo relacionado con la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo y que lo diferencian de los demás sectores sociales; y uno subjetivo que hace referencia a la existencia de una identidad grupal que lleva a sus integrantes a asumirse como miembros de la colectividad. En este orden de ideas, la Corte ha resaltado que el concepto de comunidad negra es mucho más amplio que el contemplado por la Ley 70 de 1993; este último es solo aplicable a los supuestos previstos en la disposición y, en todo caso, no es condición de acceso a otras medidas de protección”.*

Desde perspectiva, la Sala ratifica la idea de que estas comunidades son titulares de diversos derechos colectivos, como a la propiedad colectiva sobre sus territorios, a la participación, a la educación, a la salud, al medio ambiente sano, a la protección de la biodiversidad y a determinar el modelo de desarrollo que desean seguir, entre otros (en este recuento no se plantean explícitamente ni el derecho a la subsistencia o a la vida, ni el derecho al derecho propio, como en el caso indígena).

Para esta postura, la Corte acude a la reiteración de la posición adoptada en la T-422 de 1996 que, como veremos un poco más adelante, abrió la puerta a esta interpretación a raíz de un caso de población negra de la ciudad de Santa Marta.

También se invoca la jurisprudencia correspondiente a la consulta previa, sobre la cual quizás la única diferencia frente a lo que hemos venido anotando previamente es la combinación entre los dispositivos de la Ley 70 y la dogmática constitucional en la materia. En efecto, recordando la C-882 de 2011, la Sala pone de manifiesto cómo diversos artículos establecen dicha obligación:

*“Para el caso de las comunidades afrocolombianas y en desarrollo de los mandatos constitucionales de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, la Ley 70 prevé la realización de consultas en cuatro eventos: (i) para la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades afrodescendientes que desarrollen prácticas tradicionales (artículo 22); (ii) para la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (artículo 38); (iii) para la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (artículo 58); y (iv) para el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley”.*

Ahora bien, dado que el tema que interesa de fondo es más el de las formas de participación, la Corte invocará la dogmática desarrollada en la sentencia C366 de 2011 (genérica para poblaciones étnicas), en la que, como se verá, se establecen dos formas distintas de participación: una general, de ejercicio de la ciudadanía, y otra específica, frente a los asuntos que les afecten directamente.

Con base en estos criterios, la Sala entra a analizar el caso concreto. Inicia por llamarle fuertemente la atención al Ministerio del Interior y de Justicia, no a la Gobernación del Valle:

*“Llama la atención de esta Sala el hecho de que el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, una vez conoció el pronunciamiento del Consejo de Estado, no hubiera procedido a iniciar un proceso de concertación con todas las comunidades que vieron afectado su derecho a la autonomía, en particular, su contenido del derecho a la participación general y a tomar parte en las decisiones políticas que les atañen. Por el contrario, el Ministerio decidió seguir efectuando todos los procesos de participación, incluyendo el específico de la consulta previa, con personas que no representaban a la comunidad afrocolombiana. Más aún, observa con sorpresa la Sala que el Ministerio dejó transcurrir algo más de un año después de la solicitud elevada por la Gobernación del Valle del Cauca, ante el vencimiento del periodo institucional de*



*los representantes, sin brindar una solución de fondo. Dicho silencio acentuó día tras día la vulneración del derecho a la libre determinación de las comunidades negras en cuanto les impidió ejercer su derecho a la participación en las decisiones que las afectan directa e indirectamente, así como a participar en todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones sobre políticas y programas que les conciernen”.*

Pero, quizás lo más sustancioso es que la respuesta que finalmente dio el Ministerio es absolutamente inconstitucional, a juicio de la Corte. Aquí, hace una interpretación extensiva del pronunciamiento del Consejo de Estado, pues si bien reconoce que las organizaciones de base no tienen entidad ni constitucional ni legal, y por ello es correcta la nulidad del acto que disponía que a través de ellos se conformara la representación étnica en las diferentes Comisiones Consultivas, la representación de las comunidades negras o afrodescendientes debe corresponderse con la realidad nacional, y ésta excede en mucho la de los Consejos Comunitarios a los cuales se les ha titulado de manera colectiva, pues excluye a las comunidades negras que se encuentran en proceso de titulación, las que se encuentran asentadas en predios que no tienen la naturaleza de baldíos, aquellas en situación de desplazamiento y las que se encuentran en el área urbana.

En este sentido, *“la vulneración continúa en tanto el nuevo mecanismo creado por el ministerio tampoco representa a todas las comunidades negras del país, se diseñó al margen de sus opiniones y lo más grave, tomará decisiones sobre asuntos que conciernen directamente a todas las comunidades con vocación definitiva”.*

De aquí que la Sala decida aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a la resolución del ministerio, en tanto *“se evidencia que (i) las comunidades afro nunca han sido representadas verdaderamente en las comisiones consultivas a nivel nacional y departamental, puesto que sus delegados han sido elegidos por las organizaciones de base, figura que no es órgano de representación de las comunidades afrocolombianas, en los términos del fallo del Consejo de Estado; (ii) el Ministerio del Interior no dispuso lo necesario para adecuar la normativa sobre la forma de elección de los delegados de las comunidades negras ante las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel, de acuerdo con lo dispuesto por el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y su omisión permitió que los representantes designados por las organizaciones de base continuaran tomando decisiones en nombre de dichas comunidades; (iii) el nuevo mecanismo de participación de las comunidades negras creado por el Ministerio del Interior, se diseñó sin tener en cuenta las opiniones de las comunidades a favor de las cuales se creó, tampoco incluyó un enfoque diferencial, y sus decisiones tendrán vocación de permanencia, pese a que no es una verdadera instancia de representación; y (iv) a la fecha no existen directrices claras sobre la forma como se deben elegir los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultiva de alto nivel y departamental. Estos hechos ponen en evidencia la vulneración de los derechos de la comunidad accionante por parte del*

*Ministerio del Interior*”. A su vez, lo conmina a que expida nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas de Alto Nivel y departamentales, en un término no superior a seis meses.

Desde esta perspectiva, proponemos ahora sí revisar las dos sentencias sobre las que más se apoya dogmáticamente la Corte al adoptar esta decisión. En la T-422 de 1996, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se revisa la composición de la Junta Distrital de Educación (JUDI) de Distrito de Santa Marta, determinada por el alcalde de la época mediante Resolución 507 de 1995, en lo que atañe a un cupo que le debería corresponder a las comunidades negras, si las hubiere. Un representante del movimiento Cimarrón solicita su nombramiento al Alcalde en representación de ellas, pero durante meses su petición es ignorada, y finalmente el departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital de Santa Marta conceptúa que en la ciudad no existen grupos raciales de características negras en la forma en que lo dispone la ley.

Al tutelar tanto el derecho del accionante como de las comunidades negras de la ciudad, la Corte fija su criterio interpretativo en relación con la Ley 70 y con el artículo 55 Transitorio:

*“No obstante que en relación con la población negra, la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ese origen no pueda ser objeto de medidas de protección general que puedan adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la C.P. En este caso, el concepto de “comunidad negra”, no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el artículo 55 transitorio de la Carta. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de una especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural”.*

Una medida de este orden promocional sería la que está presente en el artículo 160 de la Ley 115 de 1994, que al regular lo correspondiente a las juntas distritales de educación, introdujo esta medida dirigida a favorecer a la comunidad negra. En ella, el uso del criterio racial solo tiene el propósito de introducir una admisible diferenciación positiva, dadas las características de marginalidad de dicha población.

Desde esta perspectiva, por lo tanto, para la Corte lo que entra en juego en este evento es un problema de igualdad, y no tanto de diversidad:

*“Obsérvese que las acciones de afirmación positiva, a diferencia de las medidas legislativas que se originan en el mandato del artículo 55 transitorio de la Constitución Política y de otras del mismo género, no se orientan a preservar la singularidad cultural de un grupo humano. En aquellas el dato socio-económico pone de presente una situación de debilidad manifiesta o de asimetría en relación con el resto de la sociedad. En este sentido, la ley se propone integrar dicho grupo humano a la sociedad de una manera más plena. De ahí que la función de la norma sea la de suprimir barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, sin eliminar - desde luego -, los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad”.*

Nótese, sin embargo, cómo esta interpretación, con el paso del tiempo, le sirve a la Corte para justificar medidas de diversidad (no tanto de igualdad), en la medida en que desde este pronunciamiento hay una especie de *licencia* para una protección a las comunidades negras que vaya mucho más allá de las limitantes del tenor literal de las normas constitucionales y legales, ya analizadas previamente.

En la sentencia C-366 de 2011, a su vez, en donde, como vimos, se determina la inconstitucionalidad de la reforma al Código de Minas por omisión de consulta previa, resaltaría la regla general de participación, que más bien se despliega en dos especies distintas:

*“Según el precedente analizado, de las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La primera, de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad... El segundo ámbito de participación es el relativo la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que en estos eventos debe surtirse un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada”.*

No obstante toda esta retórica, es importante anotar que la viabilización de la participación de las comunidades afrocolombianas en temas que les conciernen, por ejemplo

mediante consulta previa, es relativamente reciente. Y esta ha venido especialmente de comunidades específicas, como las de las cuencas del río Atrato. En esa misma región, situaciones como la de tala de maderas (T380 de 1993), en donde los actores eran las comunidades indígenas pero era evidente la presencia también de comunidades afrodescendientes, éstas no fueron ni mencionadas explícitamente ni tuteladas.

Sólo hasta el año de 2003, al tutelar los derechos de la comunidad negra del río Cacarica en la sentencia T-955, la Corte avanza decididamente en este camino del reconocimiento de la consulta previa a esta población. La acción es interpuesta por el Consejo Comunitario Mayor Cuenca Río Cacarica en contra del Ministerio del Medio Ambiente –hoy de Ambiente y Desarrollo Sostenible–, de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCO y de Maderas del Darién S.A., nuevamente por la explotación maderera indiscriminada en la zona, esta vez afectando sus territorios, por más de una década.

Al tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, la Corte, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, hace una síntesis de sus posiciones en relación con los derechos de la población afrodescendiente.

En primer lugar, el Alto Tribunal recuerda la protección constitucional de las comunidades negras, como las de las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico, que constituyen una cultura propia generada en procesos únicos de adaptación, asociados a prácticas extendidas de producción, fundadas en el parentesco. Si bien habría una mención específica a la misma en los artículos 1°, 7°, 58 y 55 T. de la Carta Política, el carácter reconocido a las mismas, en su calidad de tribales tal como lo dispone el Convenio 169, harían aplicables disposiciones que únicamente nombren a los pueblos indígenas (como los artículos 5°, 13, 16, 63, 68, 70, 72, 79 y 176), en razón al principio de igualdad.

En este punto, la Corte incluso va más lejos, y hace extensivo el principio a todas las culturas (sin precisar lo que entiende por ellas, *“porque el mismo ordenamiento reconoce en igualdad de condiciones a todas las culturas existentes en el territorio nacional, y propende igualmente por su conservación, investigación, difusión, y desarrollo”*).

En segundo lugar, se establece una conexión entre protección a la diversidad y derecho a la sobrevivencia, como en el caso de los pueblos indígenas: *“en este sentido procede recordar que de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el*

*carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del estado social de derecho acogido en la Carta”.*

Desde esta perspectiva, y haciendo extensivos los principios contenidos en el Convenio 169, a Colombia, como estado parte, le corresponde una especial protección a la relación que establecen estos pueblos con la tierra y su territorio, entendido éste como “*lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera*” (artículo 13). De donde se siguen obligaciones subsidiarias como las de delimitar sus propiedades y posesiones, salvaguardar su derechos a utilizar los territorios ancestrales utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales (artículo 14).

Ubicada en este punto, la Sala quiere evitar una interpretación restrictiva, según la cual el territorio de las comunidades negras iniciaría con el título colectivo, con lo que perdería totalmente fuerza el concepto de territorios ancestrales o tradicionales. Por ello, interpreta que el derecho de estas comunidades a su territorio colectivo no nace con la Ley 70, sino un poco más atrás: con la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, “*sobre Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes*”, considerado el antecedente más cercano del Convenio 169.

Aun cuando nunca se desarrolló (a pesar de la insistencia de las organizaciones afrocolombianas), esta normatividad fue definitiva a la hora en que los constituyentes consideraran la necesidad de incluir una norma expresa, sobre los derechos constitucionales fundamentales de estas comunidades, asociados con su derecho territorial. Además, “*por la falta de desarrollo no se podría argüir inexistencia del derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva, ante la claridad de su reconocimiento*”.

Lo anterior, le permite concluir “*que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, y de acuerdo con las limitaciones legales... Es decir que desde el año de 1967, en los términos de la Ley 31, a las comunidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques, esto último, por ministerio de la ley o previa autorización de la autoridad ambiental, en los términos del Código de Recursos Naturales*”.

Es en este contexto que debe interpretarse el artículo 6° de la Ley 70 de 1993 (ya comentado), que excluye de la titulación colectiva los bienes de uso público, las áreas urbanas, las tierras de resguardo y de propiedad particular, el subsuelo, las áreas reservadas para la seguridad nacional y defensa nacional, y el sistema de Parques Nacionales y los recursos naturales renovables y no renovables, salvo *“los suelos y los bosques”*. La inclusión de estos últimos constituye un reconocimiento a la función social y ecológica que ellos cumplen en dicha propiedad, y por ello debe ser objeto de especial protección del estado. De tal manera que una interpretación integral de su derecho colectivo apunta a que son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques. Adicionalmente, las autoridades, en especial las ambientales, están en el deber de apoyar a las comunidades negras en las acciones que emprendan para impedir el uso de la tierra y la explotación de sus recursos naturales por personas ajenas, y sancionar a quienes se aprovechen de los productos de los suelos y bosques de sus territorios colectivos<sup>99</sup>.

Finalmente, es importante considerar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-169 de 2001 (que analizamos a propósito de las circunscripciones electorales para la Cámara de Representantes), precisó el carácter de este reconocimiento, que no se puede fundamentar en el color de la piel o la raza sino en la caracterización en tanto comunidad o grupo étnico:

*“Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su “raza”, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de “raza negra” y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no solo es un hecho reconocido que la categoría “raza” ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta solo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos “raciales”. Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes. Por último, es conveniente*

99 Como dato anecdótico, es interesante observar que entre los argumentos doctrinales que la Corte utiliza para llegar a esta interpretación se encuentra la obra de Kymlicka, en especial su texto *Ciudadanía Multicultural*.

*puntualizar que, para los efectos del proyecto bajo revisión, el término “comunidades negras”, como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas “comunidades negras”, para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no solo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron trasplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero); por lo mismo, no pueden ser razonablemente excluidas de la participación en la Cámara de Representantes por esta circunscripción”.*

Como se observa, no existe un consistente desarrollo de los derechos étnicos relacionados con comunidades negras, aun cuando sí se reitera una y otra vez su procedencia y pertinencia. Como en el caso indígena, la Corte tiende a llenar sus propios vacíos e inconsistencia con afirmaciones generales, desde donde da la impresión de completud o integralidad.

Ello no obstante, y solamente a título indicativo, podrían señalarse diversos aspectos que todavía no han sido del todo dilucidados. El primero, todo lo concerniente a derecho propio, que sería imperativo si efectivamente se trata a estas comunidades como pueblos tribales, detentadores de tradiciones institucionales y formas propias de tramitación de conflictos.

Pero en este mismo punto no hay total claridad. Si bien la Corte ha utilizado reiterativamente, como puerta de entrada para garantizar sus derechos, esta idea de que las comunidades negras cumplen con las características previstas en el Convenio 169 para ser consideradas como tribales y ser objeto, por lo tanto, de todas sus disposiciones, no es menos cierto que la analogía tiene muchos problemas cuando se aplica a población afrodescendiente de raigambre urbana.

Llegado a este punto, la Corte usualmente olvida su caracterización de tribal, y le apunta a una extensión de la protección que cubra a toda la diversidad cultural. Ello no obstante, no sustenta una teoría o conceptualización de lo que está entendiendo en ese caso por cultura (tanto en términos genéricos como étnicos), lo que lleva a preguntarse si esta protección, entonces, también se extendería a formas culturales como las particularidades regionales (lo paisa, lo costeño, lo pastuso, etc.), lo juvenil (las culturas del hip hop, del rap, del heavy metal, etc.) y así sucesivamente.

El punto no es menor, pues, a nuestro juicio, debería ser el que sustente adecuadamente, por ejemplo, qué materias son objeto de consulta previa (las poblaciones tribales e indígenas protegidas por el Convenio 169, o todas las culturas, por extensión del principio de igualdad).

Ahora bien, en términos de nuestra caracterización en tanto dogmática afín al multiculturalismo o la interculturalidad, creemos que se evidencia mucho más un matiz multicultural, incluso sin tanta prevención frente a la integración, en tanto no se percibe tan claramente la diferencia cultural de las comunidades afrodescendientes, y más bien se subrayan sus características de marginalidad, discriminación o inequidad.

En otras palabras, en este campo no parece percibirse la cultura occidental como un peligro invasor frente a los ancestros de africanía, y por ende no hay tanto interés (o complejo de culpa) en mantener esa especie de retórica sobre la horizontalidad de culturas.

### **Los raizales y el archipiélago de San Andrés**

Siguiendo el sentido del último párrafo de la citación recién comentada de la Corte Constitucional, a falta de mención especial deberá entenderse que la mención a comunidades negras incluye a los raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Esta mención ha sido explícita, en términos generales, cuando se habla del derecho fundamental a la consulta previa. Menos, cuando se trata de otros de los derechos étnicos abordados o mencionados en este trabajo.

De cualquier forma, como también habíamos planteado previamente, el diseño constitucional por lo menos sí incluyó una mención especial a los nativos o raizales del archipiélago, así como previó una forma de participación institucional de éstos. Dice así el segundo párrafo del artículo 310 de la Constitución nacional:

*“Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del archipiélago. Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas”.*

A su vez, el artículo 42 transitorio estableció un procedimiento para regular lo concerniente a densidad de población en el archipiélago:



*“Mientras el Congreso expide las leyes de que trata el artículo 310 de la Constitución, el Gobierno adoptará por decreto, las reglamentaciones necesarias para controlar la densidad de población del departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en procura de los fines expresados en el mismo artículo”. Como acontece en la mayoría de temas étnicos ya resaltados, hasta el presente esta omisión legislativa sigue presente en lo que atañe a la población raizal o nativa.*

En desarrollo del ya mencionado artículo 42 TN, el Gobierno efectivamente dictó el decreto 2762 de 1991, mediante el cual *“se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”*. Aun cuando el decreto les da la categoría permanente de residentes, entre otros, tanto a los nacidos en el archipiélago como a los hijos de éstos (y por ende les otorga los derechos concomitantes a domiciliarse, estudiar, trabajar, establecer actividades comerciales y sufragar en el mismo), no estableció como tal un estatuto de protección adicional para ellos (a dichos beneficios también adhieren otros residentes, como los que tuviesen más de tres años de residencia en las islas).

Este decreto fue demandado, entre otros cargos por el de la posible violación a la igualdad (otros colombianos no tendrían iguales posibilidades de residenciarse en las islas). Al resolver la acción pública de inconstitucionalidad, sentencia C-530 de 1993, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte estudia genéricamente la situación de la población nativa, que constituye para la época el 45,39% de la general. Siguiendo las definiciones generales de los artículos 7 y 8 de la Constitución Nacional, varias veces mencionadas en este trabajo, el Alto Tribunal reconoce que *“la cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad”*. Así mismo, establece que existe una conexión fáctica entre la precariedad del entorno, que genera la sobrepoblación, y la situación de estas comunidades. Inicialmente, por cuanto es evidente que, debido a la migración, han dejado de ser la mayoría de habitantes en el propio archipiélago, lo que compromete la conservación del patrimonio cultural nativo (que, además, es patrimonio de la nación). Además, por cuanto ellas serían las que se afectarían más por el deterioro del hábitat natural.

Ello no obstante, el sentido de protección que adoptará la Corte es genérico, en relación con todos los residentes. Tras la consideración de fondo, cual es que la superpoblación afecta la posibilidad de vida digna de éstos<sup>100</sup>, practica un detallado test de igualdad que concluye que lo que el decreto desarrolla es una política constitucional de diferenciación, y no de discriminación.

---

100 La Corte hace estas afirmaciones, que aplicarían ya para esta segunda década del siglo XXI: *“De continuarse el incremento poblacional que viene presentándose en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, antes del siglo XXI se verá*

Ello, por cuanto para el Tribunal “*es claro que el incremento poblacional desmesurado ejerce una presión sobre los recursos naturales de las islas, en la medida en que la demanda de los mismos es superior a la oferta, desencadenándose así un proceso irreversible de deterioro del ecosistema. Tal proceso disminuye la calidad de vida de la población actual pero sobre todo compromete seriamente la supervivencia de las generaciones futuras. En otras palabras, el ecosistema -frágil, por esencia-, no es patrimonio exclusivo de la población actual. Se tiene el deber constitucional de proteger el medio ambiente (art. 95.8) para legar a las generaciones futuras un mundo vivible y vivible es con cierta calidad de vida*”.

En este orden de ideas, el decreto, y las restricciones que introduce, “*respetar situaciones consolidadas tanto de raizales como de no raizales ya residentes en el departamento archipiélago y en general es una norma que limita los derechos de las personas que en el futuro deseen tanto ingresar como residir para ejercer determinados derechos en las islas, de suerte que no se afectan los derechos de ningún colombiano*”.

En el año 1994, se demandan diversas normas que establece la Ley 47 de 1993, mediante la cual “*se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*”.

Para el actor, se viola la Constitución al establecer que para ser gobernador del archipiélago se requiere haber nacido en el territorio del departamento o ser residente del departamento conforme a sus normas de control de densidad poblacional y tener domicilio en el mismo por más de diez (10) años cumplidos con anterioridad a la fecha de elección (artículo 14). También, la delegación de funciones que en otros departamentos corresponde a los Consejos o Asambleas en diferentes Juntas (para la protección de los recursos naturales y ambientales del departamento, departamental de pesca y acuicultura). Finalmente, las normas que establecen que los idiomas oficiales en las islas serán el castellano y “*el inglés comúnmente hablado por las comunidades nativas del archipiélago*” (artículo 44) y que, por tanto, los empleados públicos que ejerzan sus funciones dentro del territorio del departamento archipiélago, en funciones que tengan relación directa con el público, deberán hablar los idiomas castellano e inglés Artículo 45, la mención al inglés de este artículo es genérica).

---

*comprometida de manera letal e irreversible la supervivencia de la especie humana. En efecto, antes del fin de la centuria, por simple proyección de las cifras actuales sobre incremento poblacional, San Andrés tendría más de 100.000 habitantes, asentados en solo 27 de los 70 Km2 que tiene el archipiélago en su conjunto, lo cual haría inviable la supervivencia del hombre. Es más, si, por vía de hipótesis, la población actual no aumentase -lo que los economistas llaman ceteris paribus-, la vida también se vería amenazada, como quiera que los altos índices de consumo de los escasos recursos naturales terminarían necesaria y fatalmente por acabar con éstos. En efecto, según se vio, los servicios públicos básicos o indispensables para la vida -acueducto, alcantarillado, tratamiento de basuras, energía, etc.-, se irán agotando hasta llegar a la terminación del suministro del servicio”.*

Para el demandante, “*las diversas etnias y razas que habitan en San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no constituyen un grupo étnico específico; por tanto, la ley no puede establecer el inglés como la lengua de los habitantes de dicho territorio, porque el dialecto que ellos emplean es una mezcla de varios idiomas (inglés y lenguas del África), dialecto que el actor califica de “sui generis”, el cual carece de estructura gramatical, y dista mucho del idioma inglés. Razón por la que no se le puede reconocer como idioma oficial de dicho territorio*”.

En la sentencia C-086 de 1994 la Corte resuelve la constitucionalidad de los artículos demandados a ley, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía. Se presenta, eso sí, un salvamento parcial de voto del magistrado Eduardo Cifuentes, al considerar desproporcionado el término de residencia de diez años exigido para ser candidato a Gobernador, pues a su juicio triplica el que se exigió a los residentes para poder sufragar y elegir (tres años de residencia, cuando no eran nativos de las islas).

Aun cuando nuevamente no es el eje central de la discusión el de los derechos de los raizales del archipiélago, la Corte hace algunas consideraciones en relación con su característica étnica y el derecho a la diversidad que les asiste:

*“La población “raizal” de San Andrés y Providencia es un grupo étnico perfectamente definido, como lo evidencian su aspecto físico, sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al Protestantismo. Negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales, es razón baladí, pues bien sabido es que no existen razas puras... En lo relativo a los empleados públicos, es apenas normal que éstos deban, al menos, hablar el idioma del territorio en que actúan. Lo que sí violaría la Constitución, sería obligar a los isleños a abandonar su lengua, que es parte de su herencia cultural”.*

Tampoco se avanza mucho en cuanto al reconocimiento de los derechos étnicos de la población raizal en una de las pocas acciones que, por vía de tutela, iniciaron éstos tratando de restituir algún tipo de derechos colectivos patrimoniales. En la sentencia T-115 de 1995, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Corte decide la acción iniciada por la agrupación Sons of the Soil (S.O.S.) Foundation, a nombre del derecho fundamental de la comunidad raizal de San Andrés y Providencia a preservar su integridad étnica, cultural y social, el cual podría vulnerarse por el Ministerio de Desarrollo Económico y la Corporación Nacional de Turismo al disponer el remate de los terrenos donde se encontraba ubicado el hotel *El Isleño*.

La historia de la construcción del hotel refleja bastante bien la política continental del país de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado hacia el archipiélago. Tras las muy comentadas visitas del general Rojas Pinilla al archipiélago, que tuvieron como resultado un cambio de enfoque desde el eje central hacia esta lejana periferia, alentado ahora por

las promesas de la industria del turismo, se hacía necesario proceder a la adecuación de infraestructura. Pero no eran muchos los terrenos propicios para proceder a ello, dado el carácter de propiedad privada con la cual se ocupaba la parte central de San Andrés, incluidas algunas de sus playas (que, tradicionalmente, eran propiedad de los pescadores nativos). Por ello, se procedió a la expropiación de terrenos, en un lugar conocido como Sprat Bight:

*“Las pruebas que obran en el expediente, dan cuenta de los usos tradicionales del suelo en el área conocida como Sprat Bight: lugar de reposo de los antepasados y del culto que allí se les rendía, sitio de reunión social de la comunidad después del servicio religioso dominical, pista para las carreras de caballos -el deporte tradicional de los isleños-, patio de recreo de los estudiantes del colegio anglicano y residencia de algunas familias. Como se desprende de los testimonios de los antiguos propietarios nativos Delia James de Whitaker, Jedidiah Hooker James, Ralston James Watson, Antonio James Bernard, etc., tales prácticas comunitarias y familiares fueron truncadas en la década de los cincuenta, por la expropiación traumática que adelantó en esa zona el Gobierno del general Rojas Pinilla, el posterior traslado del cementerio y la construcción del hotel El Isleño, las canchas de tenis, la base militar, la sede de Protuisslas, etc. Los declarantes y el demandante concuerdan en que los isleños aprendieron a vivir con los cambios que introdujo en el archipiélago esa intervención del Gobierno, consolándose con la promesa de que los terrenos expropiados se conservarían como propiedad pública y sus frutos se dedicarían a mejorar la calidad de vida de los nativos”.*

Esta promesa no solo no se mantuvo, sino que la industria del turismo fue desplazando poco a poco a los nativos, raizales, hacia zonas más alejadas como la loma de San Luis. A su vez, la transformación de la infraestructura hotelera y sus condiciones de competitividad presionaban cada vez más hacia la venta del hotel, considerado el vestigio de un modelo obsoleto de intervención pública.

La Sala reconoce esta historia. También, reitera sus posiciones jurisprudenciales:

*“La Corte conoce y considera la situación de la comunidad raizal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y es plenamente consciente de la protección especial que requiere para su supervivencia como conglomerado culturalmente diferenciado, frente a las presiones de una sobrepoblación de inmigrantes que ya la convirtió en grupo minoritario dentro de su territorio ancestral, y a la destrucción progresiva de su ecosistema. Así consta en las sentencias C-530 de 1993 (11 de noviembre, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero) y C-086 de 1994 (3 de marzo, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía)”.*

Más aún, también considera tanto la potestad constitucional para establecer medidas especiales en lo concerniente a ventas de inmuebles en el archipiélago, con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas, como la omisión legislativa que se ha dado en dicho campo.

Ello no obstante, a la Sala no le parece justificado prohibir la venta del hotel El Isleño y sus áreas aledañas hasta que lo haga, porque:

*“Primero, en el artículo 53 de la Ley 47 de 1993, el legislador aclaró que: “los bienes que conforman el patrimonio cultural del departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pueden ser de propiedad pública o privada”; segundo, aún sin expedirse esa regulación sobre condiciones especiales para la enajenación de inmuebles, la escritura de constitución de Protuisslas y las demás normas vigentes son suficientes, en este caso, para proteger los intereses de la comunidad raizal; y tercero, es perfectamente posible -como se consideró en el cabildo abierto-, que el departamento adquiriera las cuotas de la Corporación Nacional de Turismo y decida vender los bienes inmuebles objeto del conflicto, antes de que el legislador ejerza la facultad en comento”.*

Unos años más tarde, vule a estudiarse la constitucionalidad de la Ley 47 de 1993, esta vez por la forma como se concibió la educación bilingüe en San Andrés. A juicio del accionante, *“la ley hizo extensivo el carácter oficial del “inglés” en todo el territorio del archipiélago, cuando está probado que la población nativa se concentra en ciertas zonas del departamento. No podía, entonces, el legislador hacer dicho reconocimiento sin previamente establecer el territorio propio de los raizales del departamento”.* Además, al imponer el inglés se excedió el legislador, pues los raizales lo que hablan es el *patois*.

Con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la sentencia C-053 de 1999 la Corte declarará la exequibilidad de los artículos demandados. En las consideraciones que tuvo para ello, ratificará las posiciones dogmáticas adoptadas en las sentencias precedentes (es decir, las características generales definitorias de la población raizal), y quizás solo aumentará esta consideración, referida al territorio:

*“La Corte admitió que el territorio propio de la comunidad nativa del archipiélago lo constituyen las islas, cayos e islotes comprendidos dentro de dicha entidad territorial. El eventual repliegue de la población raizal en ciertas zonas de las islas no es más que el síntoma de la necesidad de brindar una real protección a los derechos culturales de los raizales”.* Sin embargo, se extenderá más en argumentar por qué, *al entenderse una lengua como oficial en determinado territorio, de allí se sigue una obligación constitucional de impartir la educación teniéndola en cuenta.*

Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional referidas al tema de San Andrés van a desarrollar, en buena medida, posiciones en relación con habitantes no raizales del archipiélago que, o bien buscarán, mediante distintos procedimientos, obtener la residencia, o bien tratarán de que las normas de restricción de residencia no afecten otros derechos, como los de reunificación familiar, derechos de las parejas y similares.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-445 de 1995 la Corte decidirá el caso de dos menores que consideran afectado su derecho a la educación por cuanto su madre, que habitaba en la isla sin el pleno de requisitos para lograr la residencia y había sido conminada a abandonarla, encontraba cada vez más dificultades para matricularlas en colegios locales. La Corte tutelaré parcialmente sus derechos (para que terminen los años escolares), pero prevendrá a su madre para que *“se abstenga de seguir usando a sus hijas menores y sus derechos constitucionales, con el fin de violar la ley que regula la residencia en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, so pena de las sanciones contempladas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato”*.

En sentencia T-650 de 2002 se resuelve el caso de una peticionaria, residente y nativa del archipiélago, que actúa en nombre propio y en el de su hija, dado que al padre de la menor, y con quien ella tiene una unión marital de hecho, se le niega la residencia. Según la Occre, la razón de la negativa estribó en las deficientes condiciones de la vivienda común, tras la visita que practicó a la misma, decisión que al momento de presentar la tutela estaba pendiente de una apelación. La Sala, teniendo en cuenta su jurisprudencia sobre reunificación familiar, concederá la tutela y conminará a la Gobernación para que en las 48 horas siguientes a la notificación resuelva la apelación interpuesta.

En la providencia T-725 de 2004 se decide un caso de negativa a la concesión de tarjeta de residencia al compañero permanente de otro hombre, residente no raizal en el archipiélago, quienes hacían pareja en la isla de San Andrés por más de tres años. La justificación de la Occre para tal proceder fue que *“para todos los efectos civiles se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular (Ley 54 de 1990)”*.

La Sala, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, procederá a conceder la tutela, pero no por violación de los derechos asimilados a las parejas homosexuales, sino por considerar que el peticionario cumplía los requisitos para obtener la residencia, salvo que se hubieran invocado otras razones distintas para negársela:

*“Tal como se ha señalado, la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica y por consiguiente, no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la*

*familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales. No quiere lo anterior decir que el régimen de control poblacional del departamento archipiélago desconozca la posibilidad de que un residente decida establecer una unión estable de carácter homosexual con un no residente, sino que, en tal caso, el acceso al derecho de residencia para este último pasa por vías distintas de las que se han previsto para la protección de la familia. En el presente caso, en el expediente administrativo consta que el señor ZZ llevaba residiendo en el archipiélago más de tres años, así como que mantenía una relación de pareja estable con el residente XX, quien, a su vez, acreditaba las condiciones de solvencia económica que le permitían atender los requerimientos de la pareja. En ese contexto, estarían dados los presupuestos del literal b) del artículo 3° del Decreto 2762 de 1991 para que el señor ZZ pudiese adquirir su derecho de residencia definitiva en el archipiélago, si la Occre no tenía motivos fundados para decidir lo contrario”.*

El magistrado (E) Rodrigo Uprimny Yepes consigna un extenso salvamento de voto en el que difiere sustantivamente de esta interpretación constitucional de la protección a la familia, en donde aparecería que la única tutelada es la heterosexual:

*“En el presente caso, los peticionarios son una pareja homosexual, habían residido en unión permanente por más de tres años en San Andrés, y por ello consideraban que tenían derecho a que la Occre concediera el derecho de residencia a ZZ, conforme al derecho perfecto y automático previsto en el artículo 3°, literal a, del decreto. La Corte niega esa solicitud, pero considera que eventualmente ZZ puede obtener el derecho de residencia conforme al literal b) del mismo artículo 3° del decreto 2762, puesto que ha residido por más de tres años en el archipiélago, y por ello ordena a la Occre estudiar el caso como si fuera una solicitud individual de ZZ. Pero esa protección judicial es precaria y discriminatoria; es precaria, por cuanto la concesión de la residencia en este evento requiere no solo que ZZ cumpla con otros requisitos, como tener solvencia económica (lo cual parece ocurrir en este caso), sino que además depende de la apreciación discrecional de la Occre, la cual debe juzgar si el establecimiento definitivo de ZZ en el archipiélago resulta o no conveniente. Por consiguiente, si ZZ es de escasos recursos, o la Occre no juzga conveniente su establecimiento en la isla, entonces XX y ZZ no tendrán derecho a tener vida de pareja en la isla. La protección puede no solo entonces tornarse ilusoria sino que además es discriminatoria, pues si XX y ZZ hubieran sido una pareja heterosexual, las autoridades del archipiélago hubieran estado obligadas a conceder la residencia permanente a ZZ. La discriminación por razón de la opción sexual es entonces evidente; por ello la presente decisión es errada pues desconoce la doctrina elaborada por esta Corte, según la cual, las personas no pueden ser tratadas de manera distinta por razón de su opción sexual, ya que dicho trato desconoce los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad”.*

En el año 2009, este mismo académico, Uprimny Yepes, en conjunto con otros ciudadanos, demanda la inconstitucionalidad de varias normas que, a juicio de los accionantes, eran discriminatorias de las parejas homosexuales, en especial las del decreto 2762 de 1991, artículos 2 y 3, referidas a la obtención de residencia en San Andrés (para el caso, de las parejas que convivían en unión libre). En Sentencia C-029 la Corte revisará el precedente consignado en la T-725 de 2004, por las siguientes consideraciones: En la presente oportunidad, y teniendo en cuenta los recientes desarrollos jurisprudenciales sobre la materia, la Corte se aparta de ese precedente, por las siguientes consideraciones:

*“Para la Corte, en ese contexto, la situación de las parejas homosexuales es asimilable a la de las parejas heterosexuales y no existe razón alguna que explique la diferencia de trato entre unas y otras. Esto es, de las disposiciones acusadas no se desprende ninguna razón que justifique o explique la razón por la cual, al paso que el integrante de una pareja heterosexual pueda obtener el derecho de residencia para su compañero o compañera, no ocurra lo propio cuando se trate de una pareja homosexual. La misma consideración cabe para el beneficio previsto en el parágrafo del artículo 2º del Decreto 2762 de 1991. Encuentra la Corte que la diferencia de trato que se deriva de las disposiciones acusadas no solo carece de razón que la justifique o la explique, sino que termina afectando de manera grave las opciones vitales de quienes decidan conformar parejas homosexuales, porque al privarles del derecho de residencia, desconoce la realidad que ellas conforman y las somete a la eventualidad de conseguir el reconocimiento de dicho derecho con base en un criterio distinto. Las medidas constituyen así un tratamiento discriminatorio con base en la orientación sexual de las personas proscrito por la Constitución. Así, como quiera que las disposiciones acusadas establece una diferenciación de trato que no atiende a una protección especial en razón a criterio de diferenciación que resulte válido, la exclusión de las parejas homosexuales resulta contraria a la Constitución. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de las disposiciones acusadas, en el entendido de que las expresiones “unión singular, permanente y continua”, “compañera permanente” y “unión permanente” contenidas en los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991 incluyen, en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo”.*

Como se sabe, apenas unos años más tarde la Corte profundizará esta comprensión, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra diversas normas del Código Civil y de las leyes 294 de 1996 y 1361 de 2009, en la sentencia C-577 de 2011.

Como se advierte fácilmente, entonces, si bien la Corte ha admitido en diversas oportunidades la existencia de una población étnicamente determinada, cuya diversidad debe ser protegida constitucionalmente, más allá de las controversias sobre el carácter del inglés tanto para la educación pública como para ocupar cargos en la administración del depar-



tamento (donde podría seguirse discutiendo si el patois es meramente un dialecto defensivo, una lengua, o una forma corriente y nativa de hablar el inglés) no existen como tal normas que garanticen o especifiquen particularmente dicha protección. Por ello, vuelven a tener cabida las interpretaciones genéricas, según las cuales la misma protección que se les ha brindado a las comunidades negras o en general a las poblaciones étnicas le son aplicables.

Más allá de que esto pueda llegar a ser cierto (sería interesante ver la manera como se aplicaría esta dogmática general a casos específicos), lo cierto es que dista mucho de las reclamaciones de los raizales en términos de derechos. Solamente como método ilustrativo, quisiéramos entonces terminar este apartado sintetizando uno de los diversos Estatutos Raizales que ha agitado la organización AMEN-SD (archipiélago Movement for Ethnic/ Native Self-Determination)<sup>101</sup>, que da cuenta de estas peticiones.

El artículo primero define así al pueblo raizal: “*Es la etnia angloafricana tradicionalmente asentada en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con lengua, cultura, historia y ancestro propios*”. Comparte esa identidad cultural con los pueblos angloafricanos de otras islas y países de Centroamérica y del Caribe (artículo 12). Y en su artículo segundo se establece que “*el criole es la lengua y la cultura afroinglesas y caribeñas del pueblo raizal*”. Y, dada la ascendencia protestante en las islas, se pone en cabeza de la Universidad Cristiana la promoción e investigación de la identidad cultural del pueblo raizal (artículo 8).

El principio que orienta todo el Estatuto es la vida digna del raizal. Esta “*es prioritaria para todas las autoridades en todas sus políticas, decisiones y acciones en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La primacía de la vida digna del raizal no se supedita a la satisfacción de la misma para individuos o grupos no raizales en dicho territorio*” (artículo 9).

Sobre ese concepto de territorio propio, se ratifica el derecho del pueblo raizal a un territorio en el archipiélago, destinado al uso y beneficio exclusivo del pueblo raizal para asegurar su supervivencia, vida propia, el pleno y libre desarrollo de su cultura y sus mejores intereses (artículos 10 y 24). Este comprende “*las islas de Santa Catalina, Providencia, la parte de San Andrés por fuera de la zona actual zona urbana de North End, zonas dentro de*

---

101 La versión que aquí se comenta fue consultada en internet, de su página oficial, en 2010, aun cuando corresponde a un documento de 2007. En el presente, no se encuentra en la página oficial de la organización <http://www.amen-sd.org/> (quizás por cuanto la Organización adelanta en el momento un movimiento para proponer un nuevo Estatuto raizal, tras el fallo de la Haya de 2012). Ello no obstante, se cita en extenso por el interés que reviste. Además, por cuanto supone un posicionamiento distinto a la Declaración de Autodeterminación que la Fundación Sons of the Soil había hecho en abril de 2002 (ver [http://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/1d/1dc52203-f619-4fcc-b3a6-0be644a0dfe1.pdf](http://www.urosario.edu.co/urosario_files/1d/1dc52203-f619-4fcc-b3a6-0be644a0dfe1.pdf)).

*North End incluyendo las que se vayan adquiriendo el Instituto de Tierras, y el mar territorial del archipiélago incluyendo todos sus cayos, islotes y bancos”.*

El Estatuto establece la creación de un Instituto de Tierras, hacia el cual pueda canalizarse la propiedad colectiva de los raizales. En ausencia de experiencias concretas en este campo, pues para lo pertinente los raizales se comportan de una forma idéntica al conjunto mayoritario de la población colombiana, se dispone que a dicho Instituto llegarán los bienes inmuebles destinados a usos que beneficien a la colectividad raizal (artículos 10, 28, 29, 30). En especial, los que vendan los mismos raizales, que en el territorio propio solo podrían hacerlo a otros raizales o al Instituto, las ventas que hagan los no raizales en territorio propio (sometidas a los mismos requisitos) y los inmuebles de entidades públicas que hayan dejado de prestar su servicio original y se encuentren en territorio raizal (artículo 31). También se establecen reglas para evitar la prescripción adquisitiva de no raizales (“ningún raizal podrá perder posesión de un terreno como consecuencia de haberlo arrendado”, parágrafo 2, artículo 31).

A su vez, existen normas que le dan piso a formas tradicionales privadas de ocupación de predios que en la legislación continental serían considerados como baldíos o de uso público, como las zonas costeras:

*“El estado reconoce la propiedad de los raizales sobre sus tierras costeras o playeras en el archipiélago. A partir de la vigencia de la presente ley, los demás terrenos costeros son propiedad colectiva del pueblo raizal y serán administradas por el Instituto de Tierras” (artículo 34).*

Otras materias también tienen profusas reglamentaciones. Por ejemplo, en materia de autodeterminación y gobierno se plantea la creación de un Consejo Raizal (integrado por trece miembros: seis de San Andrés, cinco de Providencia y uno de Santa Catalina), encargado de representar al pueblo raizal ante todas las instancias públicas o privadas municipales, departamentales, nacionales e internacionales en todo asunto de interés del y para el pueblo raizal (artículo 14) y una Corporación para el Desarrollo del Raizal, como “una corporación regional, con autonomía administrativa y patrimonio propio, y cuya finalidad será proteger la identidad cultural de la comunidad raizal, planificar y apoyar el proceso de su desarrollo económico y social, y asegurar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que la protegen” (artículos 15 a 17).

Se propone el establecimiento de un sistema de educación propio para el pueblo raizal (artículos 17 a 21), así como requisitos idiomáticos (de hablar criole o inglés) para servidores públicos, taxistas, conductores de bus, funcionarios de banco y en general operarios que presten servicios de atención al público. Igualmente, normas para la construcción que respeten las tradiciones arquitectónicas y estéticas isleñas, el establecimiento

de zonas de conservación urbana y ambiental, así como el establecimiento de tributos que los hagan efectivos.

Finalmente, en lo que a este resumen concierne, es interesante detallar las normas correspondientes a consulta previa y vigencia de las leyes nacionales, que difieren un poco de lo analizado en su momento en torno a comunidades étnicas:

*“Los siguientes actos, decisiones y medidas del gobierno serán consultados y concertados con el pueblo raizal antes de que puedan realizarse o tener efecto legal: 1. Los tratados y convenios que se celebren con otras naciones sobre el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina o su mar territorial. 2. Los proyectos de ley que afecten al archipiélago o al pueblo raizal. 3. Los proyectos de ordenanza de la Asamblea Departamental del archipiélago y de acuerdo de cualquiera de sus municipios. 4. Los proyectos de desarrollo, inversión o de construcción en el archipiélago. 5. Todo uso o explotación de la tierra, el subsuelo, el mar o los recursos naturales del archipiélago.*

*Particularmente serán concertados con el pueblo raizal el Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones para el archipiélago, el Plan Departamental de Desarrollo y de Inversiones, el Plan de Ordenamiento Territorial del archipiélago o cualquiera de sus islas, el Plan de Ordenamiento Ambiental del archipiélago o cualquiera de sus islas o municipios y los códigos de construcción para el archipiélago o cualquiera de sus islas o municipios.*

*La instancia de consulta previa, de negociación y de concertación con el pueblo raizal es el Consejo Raizal, que si lo estime conveniente podrá disponer que el pueblo raizal sea consultado directamente, conforme a procedimientos establecidos por el mismo Consejo Raizal. El diez por ciento (10%) de los raizales del archipiélago también podrá exigir la consulta directa sobre cuestiones que atañen a todo el archipiélago. Y el diez por ciento (10%) de los raizales de cualquier municipio o isla del archipiélago también podrá exigir la consulta directa sobre cuestiones que atañen al respectivo municipio o isla” (artículo 53).*

Y, a renglón seguido, se establece:

*“Cualquier ley, decreto o resolución podrá ser vetada por el Consejo Raizal para que quede sin vigencia en el archipiélago hasta tanto haya una concertación sobre su modificación entre el Consejo Raizal y el Gobierno Nacional” (artículo 54).*

Por supuesto, se trata meramente de una propuesta. Y, en todo caso, el éxito de anteriores intentos de llevar estos temas al Congreso han fracasado, por falta de interés de los parlamentarios en desarrollar temas como éste. Sin embargo, también es posible que

el movimiento insular que se ha iniciado con el fallo de la Corte de La Haya, que como anotábamos en el Capítulo Primero ha llevado hasta a la idea de promover un referendo entre los raizales en donde se definan cuestiones como la autonomía, la anexión a otro estado o la continuidad en el estado colombiano bajo un régimen político muy diferente, propicien un estudio más detallado y serio de instrumentos como el Estatuto que acabamos de reseñar.

De este fallo, en todo caso, es importante resaltar la inexistencia de la población raizal. En uno de los aspectos centrales de debate, cual fue el de la determinación de si los cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Alburquerque y Este-Sudeste hacían parte o no del archipiélago, Nicaragua mantuvo su tesis de que la respuesta era negativa pues el mentado archipiélago era meramente una construcción administrativa colombiana sin sustento jurídico, y Colombia intentó derivar su existencia de la Real Orden de 1803, cuando el mismo fue colocado bajo la jurisdicción del Virreinato de Santa Fé (Nueva Granada), el cual ejerció dicha jurisdicción de manera efectiva hasta la independencia, incluidos los referidos elementos marítimos. La Corte examinó los elementos de *uti possidetis iuri* y los *effectivités*, y dictaminó que en ninguno de los elementos de prueba existía certeza de si efectivamente el archipiélago los incluía o no.

Lo curioso es que al examinar los *effectivités*, es decir, los actos que a título de soberano cada una de las partes realizó sobre el territorio en disputa antes de la reclamación, Colombia no aportó ninguna prueba sobre lo que hoy parece estar en boca de todos: el innegable hecho de que desde hace más de un siglo existía una consolidada pesca artesanal en la zona, realizada por la población raizal como extensión natural de su propio territorio. Por el contrario, lo que invocó fue mucho más general, y planteada en términos de individuos que tienen una determinada actividad regulada por el estado:

*{Colombia} “ha promulgado leyes y decretos respecto de pesquería, actividades económicas, inmigración, operaciones de búsqueda y rescate, obras públicas y cuestiones ambientales respecto del archipiélago; que ha aplicado su legislación penal sobre el archipiélago entero; que, desde a partir de la segunda mitad del siglo XIX, ha realizado actividades de vigilancia y control sobre el archipiélago entero; que ha autorizado a terceros la búsqueda de yacimientos de petróleo en las áreas marítimas del archipiélago; y que ha llevado a cabo investigaciones científicas con el ánimo de preservar y hacer uso responsable de las riquezas naturales del archipiélago de San Andrés. Colombia observa que las obras públicas fueron construidas y son mantenidas por el Gobierno Colombiano en los cayos del archipiélago, incluyendo faros, instalaciones militares, destacamentos de la marina, instalaciones para ser usadas por los pescadores e instalaciones para estaciones radiales...”*

La invisibilización estructural de la población raizal en la argumentación y defensa del territorio marítimo del archipiélago de San Andrés no es únicamente el efecto de un error táctico, de una mala contratación o una asesoría deficiente. Es simplemente el resultado de una política pública persistente sobre el archipiélago, que lo ha colonizado implacablemente para el comercio y el turismo, y a cambio no ha desarrollado ni siquiera un sistema de formación pública superior mediante la cual los isleños puedan competir en igualdad de condiciones frente a los continentales, para regir el destino de su propio territorio.

# CONCLUSIONES

Esta tesis propuso una evaluación de la dogmática de la Corte Constitucional en relación con los llamados derechos étnicos, que quizás más específicamente deban denominarse derechos especiales en función de la pertenencia étnica, concernientes a poblaciones indígenas, afrodescendientes y raizales, desde dos perspectivas conceptuales que muy genéricamente hemos denominado como multiculturalismo e interculturalidad.

En el primer capítulo se propuso una revisión del estado del arte de los estudios sobre derechos étnicos en Colombia. Frente a una idea que se esboza de manera un tanto ingenua, en el sentido de que los derechos étnicos nacieron con la Constitución de 1991, mostramos cómo los análisis históricos demuestran la pervivencia de formas de control interno de pueblos indígenas y afrodescendientes, que hoy podríamos llamar derecho propio, desde los albores del traumático proceso de conquista y colonización española.

Esta pervivencia de formas de derecho autóctonas fue funcional a la estrategia de dominación colonial, al hacerse parte activa de las formas jerarquizadas de racialización mediante las cuales ella operó, y posteriormente se trasladó a la estructura republicana que promulgó un mestizaje feliz sin afectar de fondo la dominación racial y la marginalización e invisibilización de las minorías étnicas que sobrevivieron al genocidio, la esclavitud, las guerras y la explotación indiscriminada.

Posteriormente, mostramos cómo en materia de poblaciones indígenas existe un cuerpo de estudios relativamente amplio y especializado en el ámbito de los derechos étnicos. Aun cuando éste guarda alguna relación con análisis más amplios del mundo indígena, ha establecido líneas propias de indagación y posturas y propuestas muy específicas para este campo, que le permiten diferenciarse tanto de los análisis de corte más antropológico, como de aquellos centrados o bien en descripciones o análisis de derecho propio (como son los registros de instituciones de control social, establecidos por fami-

lias, grupos, comunidades y pueblos originarios o reindigenizados), o bien en relaciones de pluralismo jurídico que se establecen entre éstos y el llamado derecho occidental.

Este amplio conjunto de análisis y propuestas lo sintetizamos desde tres lógicas o posibles líneas. Una primera, que busca una especie de traducción de las formas de derecho propio indígena en lo que serían las ramas o especialidades del derecho occidental u ordinario. Una segunda, que se interroga intensamente sobre la capacidad que tiene el derecho llamado occidental, así sea en clave constitucional, para dialogar e integrar la complejidad y diversidad que representan las formas de derecho propio de nuestras comunidades originarias. Y, finalmente, una serie de investigaciones que se han centrado más precisamente en los dispositivos constitucionales y reglas decisorias que ha venido produciendo la Corte Constitucional. Sin embargo, como lo anunciamos en el mismo texto, las fronteras entre estas tres posibles vertientes son difusas, se entrecruzan continuamente y, además, existe un nutrido conjunto de análisis intermedios que exploran temas colaterales al de los derechos étnicos, como los de ambiente, justicia comunitaria, mestizaje y participación política, entre otros.

A renglón seguido, pasamos revista a los estudios concernientes a derechos étnicos de poblaciones o comunidades afrodescendientes. Aquí constatamos una reducción sustantiva tanto en el número como en la profundidad de los mismos. De hecho, la ausencia de un reconocimiento explícito a las formas de derecho propio que ellas puedan encarnar parece haber condicionado estos estudios a aspectos como los de reparaciones derivadas de la trata esclavista, acciones afirmativas, lucha contra la discriminación o derechos territoriales. Frente a ello, y como una estrategia para visibilizar de todas maneras el fortalecimiento de una comunidad académica que emerge poco a poco, reseñamos diversos focos actuales de investigación más amplios, concernientes a la población afrocolombiana en su conjunto.

Finalmente, relacionamos los estudios que se ocupan de derechos étnicos correspondientes a la población que habitaba el archipiélago de San Andrés, Santa Catalina y Providencia al momento del nacimiento de la República, y que hoy denominamos comúnmente como raizales. Aquí resaltamos cómo la carencia es muchísimo mayor. Aun cuando casi todo escrito sobre el archipiélago da cuenta de la existencia de dicha población, los análisis sobre sus derechos han sido casi nulos, y se restringen a describir las demandas de diferentes grupos de activistas que, desde la década de los años 80 del siglo pasado, propugnan por un Estatuto Raizal.

El segundo capítulo buscó restablecer un marco teórico adecuado para la comprensión de corrientes de pensamiento tales como el multiculturalismo y la interculturalidad. Para ello, y en buena parte de los autores referidos, especialmente de las corrientes multiculturales, apelan a ideas de justicia para fundamentar sus propias tesis, inicialmente

sinetizamos muy rápido dos comprensiones que nos parecen indicativas de los debates contemporáneos sobre esta materia. Por una parte, el paso de una justicia concebida como equidad a una justicia producto del consenso entrecruzado, que dejaron como legado pensadores del talante de John Rawls y Ronald Dworkin. Por la otra, la idea de justicia posible o imperfecta, que actualmente esgrime el premio nobel de economía Amartya Sen.

Posteriormente, y de la mano del pensamiento del canadiense Will Kymlicka, restituímos las ideas centrales de lo que hoy ha dado en llamarse multiculturalismo. Vimos, así, cómo estas tesis pasaron de considerarse una forma soterrada de comunitarismo a hacer parte central del debate liberal. Ello, en parte, gracias a la elaborada argumentación que demostró cómo los derechos especiales en función de la pertenencia étnica son consistentes con la tríada básica que sustenta el pensamiento liberal actual (dignidad humana, libertad e igualdad). Además, están en el corazón mismo de los procesos de construcción nacional de los estados pluriétnicos y plurinacionales, que son prácticamente todos en el concierto mundial. Y, como anota su colega Charles Taylor, constituyen una herramienta eficaz para combatir la falta de reconocimiento hacia las minorías marginalizadas e invisibilizadas por las culturas mayoritarias.

A su vez, de las diversas críticas esbozadas desde el mismo campo liberal, o teorías complementarias a dicho ideario, rescatamos ideas que pueden reforzar los mismos planteamientos multiculturales, como la de que no puede restringirse a un simple dispositivo de conservación de las especies, como señala Jurgen Habermas, ni plantear meramente una ciudadanía deliberativa sin tener en cuenta factores objetivos de discriminación, tal como alerta Nancy Fraser.

Posteriormente, nos ocupamos de restituir algunas ideas básicas de corrientes como las del nuevo derecho, el neoconstitucionalismo o la emergencia de un derecho internacional de los derechos humanos de carácter más sustantivo, que de muchas maneras informan la interpretación constitucional en Colombia. De dicho recorrido queda claro cómo los derechos étnicos, tomados en su conjunto, hacen parte de las demandas de integralidad y justiciabilidad de los derechos fundamentales, aun cuando no es posible extraer de estas teorías reglas más precisas sobre cómo decidir casos más difíciles, donde entren en pugna derechos individuales y colectivos, o principios de unidad nacional frente a demandas de diversidad étnica y cultural.

Finalmente, hicimos un recorrido por el planteamiento de las teorías decoloniales o poscoloniales, y el lugar que en ellas ocupa hoy en día la demanda por la interculturalidad como proyecto epistémico alternativo. Vimos, así, desplazar el campo de análisis de los derechos étnicos, de la posible consistencia con las democracias liberales (que ocupa



al multiculturalismo) hacia la búsqueda de una reconstrucción de derechos en clave de horizontalidad cultural y respeto efectivo a la diversidad.

En el tercer capítulo se planteó una reconstrucción dogmática de las sentencias de la Corte Constitucional, a partir de una metodología que calificamos como de reiteración. Apelando a decisiones recientes del Alto Tribunal, nos concentramos en las citas de carácter conceptual, y a través de ellas fuimos reconstruyendo las formas de argumentación que se han utilizado históricamente, así como la manera en que éstas se van integrando a sentencias posteriores bajo la forma de dogmática consolidada.

Para ello, seguimos un orden de carácter poblacional, iniciando por la jurisprudencia que atañe a poblaciones indígenas, afrodescendientes y raizales. Adicionalmente, para el primer caso, adoptamos la diferenciación genérica que propone el multiculturalismo entre restricciones internas y protecciones externas, como una forma de ordenar el recorrido de análisis jurisprudencial. Las primeras, como quedó anotado, corresponden a medidas que toman los mismos colectivos étnicos en referencia a los individuos de su propia comunidad, y que éstos consideran que son violatorios de sus derechos fundamentales personales. Las segundas aluden, más bien, al conjunto de medidas que una determinada población o comunidad demanda de las mayorías culturales o nacionales, en protección de su específica diversidad.

De esta manera, pasamos revista en la primera línea de análisis a aspectos relacionados con el derecho a la diversidad étnica y cultural, debido proceso y fuero especial indígena. En el primer evento, resaltamos cómo la sustentación de la diversidad étnica tiende a utilizar fórmulas genéricas y rimbombantes, provenientes de corrientes de pensamiento que se plantean a veces como antagónicas (como es el caso del multiculturalismo o la interculturalidad, que algunos magistrados utilizan indiscriminadamente), y que son de difícil concreción o particularización.

En lo concerniente a debido proceso, resaltamos cómo coexisten tres dogmáticas diferentes bajo un enunciado general de unidad o coherencia. La primera, propugna por una comprensión más literal de los derechos fundamentales, que le dan sentido a la acción pública, en consonancia con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte en dichas materias. La segunda invoca una comprensión autonómica de estos derechos, fijando límites muy precisos a la actividad de las autoridades indígenas: prohibición de la pena de muerte, tortura y esclavitud, y establecimiento de principios mínimos de legalidad orientados bajo el criterio de la previsibilidad como antídoto a la arbitrariedad. La tercera condiciona esta autonomía al respeto de los núcleos esenciales de los derechos fundamentales, especialmente el de la dignidad humana, aun cuando analizados desde una perspectiva o punto de vista interno.

En lo que atañe al fuero, se observó cómo la Corte ha ido ampliando los escenarios en que éste aplica, considerando variables como la pertenencia cultural, el territorio, la institucionalidad que se posea para el juzgamiento y el apareamiento de criterios objetivos como la gravedad de los delitos cometidos o las personas involucradas en ellos como víctimas (menores, mujeres, etc.). En este camino, ha pasado de una comprensión colectiva del fuero, en cabeza de las propias comunidades, hacia una visión más personal y afín con la teoría penal dominante en occidente, que apunta a la idea de juez natural.

Para el estudio de las protecciones externas acudimos al ejemplo de la consulta previa, que nos parece el más indicativo y actual del curso argumentativo que ha seguido la Corte. Resaltamos, de esta manera, un mayor grado de coherencia y acuerdo internos, reflejado en el establecimiento de criterios compartidos sobre lo que debe esperarse de una consulta, las materias que deben someterse a la misma y los procedimientos que deben seguirse.

Ello no obstante, igualmente señalamos cómo muchas veces las reiteradas síntesis que se hacen de la jurisprudencia sirven para que los magistrados ponentes introduzcan nuevos matices o elementos no concordados, o morigeren el alcance de criterios en apariencia ya adoptados. Además, resalta la confusión y las consecuencias que han existido en el paso de concebir la consulta previa como un mecanismo para la participación a un derecho fundamental en sí mismo. Y, del mismo modo, se anuncia la gran controversia por venir, de la cual ya existen hitos tras la adopción de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el consentimiento necesario, cuando se trate de proyectos o medidas que afecten estructuralmente a las comunidades étnicas.

En materia de población afrodescendiente se reseña la escasa producción jurisprudencial, así como la ausencia de una línea de análisis en materia de derechos propios. Igualmente, se destaca la forma como la Corte ha ido integrando los efectos de sus sentencias en materia indígena hacia dicha población, en atención a su inclusión interpretativa en el Convenio 169 de la OIT, en calidad de comunidades tribales.

Finalmente, se destaca la dispersa y más bien retórica jurisprudencia que cubre a la población raizal del archipiélago de san Andrés, donde difícilmente logran determinarse formas concretas de hacer realidad los derechos étnicos. Para resaltar esta carencia, se hace una comparación genérica con las propuestas de uno de los Estatutos Raizales propuestos desde organizaciones autóctonas.

Tras este recorrido, y guardando consonancia con lo propuesto en las preguntas de investigación que orientaron esta indagación, así como intentando responder adecuadamente a las hipótesis de trabajo, orientaremos las conclusiones en dos sentidos complementarios. Inicialmente, esbozaremos algunas tesis correspondientes a la valoración de la

dogmática de la Corte Constitucional en materia de derechos étnicos. A partir de ellas, haremos una serie de recomendaciones, de corte dogmático, sobre la manera de enfrentar de forma más coherente y diferenciada el sustrato teórico de los derechos étnicos en Colombia.

Durante el texto hemos consignado, en buena medida, comentarios conclusivos que fueron evaluando los distintos acápite tratados. De esta forma, sobre algunos de ellos solamente insistiremos en este apartado final, bien para darles más fuerza, bien para conectarlos con otras observaciones evaluativas.

En lo posible, estructuraremos todos ellos en la forma de tesis, sin que con ello nos aferremos a una síntesis rígida de enunciados. Por el contrario, parte de las observaciones que nos veremos obligados a aceptar es que nos encontramos en medio de un proceso complejo, asentado en terrenos movedizos, donde la flexibilidad y el ensayo y error han sido muchas veces la mejor herramienta para ir avanzando.

Teniendo en cuenta el carácter de una tesis doctoral, en estas conclusiones se agrupan los enunciados que podrían considerarse como propios del autor. En este sentido, en las tesis correspondientes a la valoración de la dogmática de la jurisprudencia de la Corte Constitucional enfatizaremos nuestra particular manera de agrupar y calificar los argumentos del Alto Tribunal. Estos, como se ha indicado previamente, tienen la pretensión de ser unívocos, consistentes y reiterados en el tiempo. Ello no obstante, nuestro análisis ha insistido en las inconsistencias de dicha pretensión, y por ende han subrayado los rasgos diferenciadores. Estas apreciaciones son las que motivan la segunda línea propia de análisis, centrada en tesis exploratorias para una reconstrucción dogmática más articulada con las realidades poblacionales étnicas.

### **La idea de coherencia**

El primer rasgo común a señalar es el intento de la Corte Constitucional para mostrar que su jurisprudencia en materia étnica es consistente, acumulativa y reiterada.

En otras palabras, la Corte está interesada en proyectar una imagen según la cual sobre este tema no solo no hay fisuras, sino que se ha ido ganando progresivamente en fortaleza conceptual, de manera tal que lo que encuentra la ciudadanía es un conjunto armónico de principios y reglas mediante los cuales se podría decidir cualquier caso relacionado con las poblaciones concernidas.

Esta pretensión ha sido muy útil para desarrollar efectivamente unos precedentes que hoy en día estatuyen formas de derechos colectivos (como los de consulta previa, participación o diversidad étnica, sintetizados en este escrito), así como para dar vida al derecho

propio de los pueblos originarios. Como se señaló, fue gracias a esta visión progresista y visionaria que ha recaído sobre la Corte buena parte del desarrollo normativo de los derechos étnicos, que en el diseño constitucional debía estar en cabeza del poder legislativo.

Igualmente, esta tarea está necesariamente signada por la fragmentación, pues la forma propia de pronunciarse un Tribunal de esta índole, mediante sentencias de control constitucional y protección de derechos fundamentales, no permite afrontar una tarea como la descrita de manera técnica y sistemática.

No obstante lo anotado, y como vimos con mayor detalle en los diferentes campos de análisis, la jurisprudencia está lejos de ser unívoca. Existen diversas tensiones que evidencian disyuntivas sobre las cuales los magistrados aún no se pronuncian uniformemente.

En principio, podría señalarse aquella que enfrenta la actitud frente a las restricciones internas, de aquella que se ocupa de las protecciones externas. La primera, si se quiere, en donde emerge una actitud más cautelosa, precavida. La diferencia puede llegar a asustar. Entonces, el discurso mayoritario se mueve hacia un lugar cómodo y conocido: el del respeto por los derechos fundamentales, por la Constitución y las leyes, por la humanidad. Cualquiera de estos campos que pueda ser reconducido simbólicamente a las certezas de una determinada cultura.

Sin embargo, también es oportuno señalarlo, la que hemos denominado posición cómoda ha sido reiterativamente alentada por determinados magistrados a tomar partido por posturas que lleven a un mayor respeto intercultural, o por lo menos en donde quede explícito que si se toma en forma absolutamente literal el articulado que condiciona la jurisdicción especial indígena (y, por extensión, la étnica) al respeto de la Constitución y las leyes, poco quedará de la diversidad que se dice querer proteger y prohijar.

En la otra, la de las protecciones externas, hemos resaltado cómo los debates sustantivos son menos evidentes, y por el contrario se ha avanzado en la que aparentemente es un buen estatuto de protección. Sin embargo, igualmente emerge fácilmente el paternalismo. Sobre todo, cuando éste no es decisivo en la afectación de nuestros propios bienes y posiciones. Bien nos podemos dar el lujo de ampliar nuestro círculo de protección hasta donde están esas poblaciones vulnerables, marginales, que nos miran con expectación.

Pero esos no son las dos únicas dicotomías que enfrenta la dogmática constitucional en su conjunto. También están las que provienen de las poblaciones. Como vimos, el discurso oficial tiende hacia la igualdad de trato, siempre que se trata de anunciar la complejidad. Con esto, aparentemente, queda cubierto todo el campo étnico.

No se ha realmente avanzado en las similitudes y diferenciaciones en torno a indígenas, afrodescendientes (urbanos y rurales) y raizales. Lo que nos parece crucial, pues continuamente se toma como igual lo que materialmente se evidencia como diferente. Y, como se observó, no es un tema fácil, desde el cual resulte sencillo dilucidar los criterios que lo permitirían. Entonces se acude, nuevamente, a los enunciados de carácter general: el respeto a la diversidad, el valor de la diferencia.

### **La tribalización de los derechos**

El segundo rasgo significativo del análisis es la manera como la diferencia de lo indígena termina permeando de fondo el discurso dogmático. Posiblemente, y en ello solo acentuamos la experiencia latinoamericana, por cuanto en nuestro medio estas comunidades han sido el motor dinámico de los derechos étnicos.

Es a partir de sus acciones y reivindicaciones que se estructura el conjunto constitucional de derechos diferenciados en función de la pertenencia étnica, y es esa diferenciación la que le alegra reconocer a la mayoría. Como resaltamos en el trabajo, desde el anuncio constituyente hasta las más recientes sentencias se ha considerado un deber o una deuda pendiente este reconocimiento.

Posteriormente, cuando se amplió el ámbito de aplicación de este conjunto de posiciones jurídicas, se hizo a través de la evidente tribalización de dichas poblaciones. Y el camino más corto fue el de la aplicación extensiva del Convenio 169 de la OIT.

De esta forma, pudo encontrarse la herramienta mediante la cual la situación de abandono y marginalidad en que se encontraban las comunidades negras del Pacífico, inicialmente, y del campo, en general, se tornara en una defensa aguerrida de su modo de vida ancestral. Equiparable, por supuesto ante todo en el discurso, a la ancestralidad indígena.

Y, también como en el caso indígena, las mismas comunidades se encargaron de reconstruir ese camino, reconvirtiéndose en lo que el discurso oficial les ofrecía. Del mismo modo en que muchas agrupaciones campesinas, en donde latía débilmente el pasado aborígen, volvieron a ser indígenas, no pocas agrupaciones campesinas negras y chilapas (o mestizas) hicieron el tránsito hacia el reencuentro con formas perdidas del África que los llama.

Por supuesto, no se trata de afirmar que los ancestros son un invento. Materialmente, fue el hecho de que estuvieran allí, que fuera posible reconstruirlos, lo que hizo posible la reconversión aludida. Lo que es sintomático, y un tanto extraño, es que sobre esa base se construya el discurso del reconocimiento de derechos.

Los efectos saltan a la vista. Cuando se quiere extender este conjunto de posiciones y criterios hacia otros campos en donde el sueño de comunidad ancestral no es evidente, o por lo menos no es el lazo más visible que ata, la analogía tribal hace agua. Es lo que acontece con las comunidades negras urbanas, con los raizales de San Andrés, con los resguardos indígenas urbanos.

En ese evento, la Corte se saca otro as de la manga, e involucra el principio de igualdad en torno a las culturas. Pero, nuevamente, el modelo es lo tribal. Es por cuanto ya se han fijado criterios de protección a las poblaciones originarias o tribales que, en aras a la igualdad de trato, se hacen extensivos a otras poblaciones que comparten la diferencia cultural. Aunque, como señalamos varias veces, la Corte no explicita del todo lo que entiende aquí por diferencia/protección cultural.

Para utilizar un ejemplo que suelo manejar en mis clases, si la extensión argumentativa se lleva hacia toda diversidad cultural no queda claro por qué se protegería a las comunidades negras urbanas, por ejemplo de Guapi, Tumaco, Buenaventura, Cali o Bogotá, y no las expresiones culturales relativamente étnicas de los paisas, costeños, cachacos o pastusos. Sobre todo, en un país de regiones donde estas diferencias no solo aluden a distancias geográficas, como acontece en otros países, sino a conformaciones morfológicas que pueden ser fácilmente racializadas en tanto matices de nuestro aparentemente feliz mestizaje. Al fin y al cabo, ¿quién no reconocería que los paisas son más blancos y europeos que los costeños, o que los pastusos y los cachacos son más chaparros y pálidos frente a estos últimos?

### **Multiculturalismo e Interculturalidad**

Las raíces conceptuales de la dogmática de la Corte, como hemos visto, son fácilmente reconocibles en el uso del mismo concepto de multiculturalismo, al comienzo, que posteriormente transmuta ocasionalmente hacia la interculturalidad.

Antes de ocuparnos de este último, quisiéramos insistir en un aspecto aparentemente anodino, pero que podría tener significación en este contexto. La Corte acogió el multiculturalismo precisamente en la línea más compleja o excepcional del mismo: el de las culturas iliberales.

Me explico. Como hemos podido reconstruir, siguiendo ante todo los textos de Kymlicka, Taylor y Raz, el multiculturalismo supondría principalmente la pregunta por la consistencia de derechos diferenciados en función de la pertenencia étnica con el liberalismo democrático. Y estos autores establecen dicha posibilidad siguiendo una línea argumental que los lleva por la triada de derechos fundamentales (dignidad, igualdad y

libertad), siempre y cuando reconozcamos que estamos en presencia de culturas societales diferentes a la hegemónica o mayoritaria.

De esta manera, el discurso genérico multicultural pasa por afirmar la necesidad de la cultura para poder desarrollar un proyecto de vida bueno (libre desarrollo de la personalidad), la protección diferenciada que existe de las culturas (mientras la mayoritaria resulta, explícita o implícitamente protegida por el estado, no sucede lo mismo con las minoritarias), hasta llegar a la necesidad de extender dicha protección a todas las culturas societales distintas, con el fin de garantizar al mismo tiempo los principios de dignidad, libertad e igualdad.

Este móvil, que funciona aparentemente bien en tanto se habla de culturas diferentes que comparten el ideario liberal, se enreda cuando se trata de defender culturas iliberales que no están dispuestas a sostener el primado de libertad individual, o por lo menos no conciben o su forma o su peso representativo en los mismos términos del liberalismo.

Según Kymlicka, es este impase, esta especie de corto circuito, es el que llevó inicialmente al equívoco de que se estaba en presencia de otra forma del debate conceptual entre comunitarismo y liberalismo, y que en sus obras más recientes encaja en los términos de construcción del estado a partir de una o varias culturas societales. En todo caso, la diferencia iliberal no puede aceptarse sin más, sino que es necesario ponderarla a la luz de otros principios de mayor entidad (los derechos fundamentales, la construcción nacional), lo que lleva a limitar o morigerar el estatuto de autonomía otorgado, por la vía de derechos, a dichas culturas societales minoritarias e iliberales.

Según los críticos del multiculturalismo, esta dicotomía, que encubre una contradicción de fondo, es la que lleva a que el multiculturalismo solo defienda lo que es previamente liberal, o lo que está en camino de serlo. Luego, no se trata en realidad de un aparataje conceptual que promueva la diferencia, o por lo menos no cualquier diferencia, sino más bien la integración o asimilación al paradigma liberal.

Como sea, el punto es que la afirmación del multiculturalismo desde los derechos de las comunidades más o menos iliberales resulta problemático, si no paradójico. Pero ese es precisamente el camino que se ha seguido en nuestro medio. Con un plus que lo hace mucho más complicado: la diferencia cultural entre liberalismo-occidente-cultura hegemónica y tradición-ancestro-origen es la que hace más sentido. Nos hemos acostumbrado a pensar el multiculturalismo desde su excepcionalidad.

Esto es lo que hace que cuando pensamos la diferencia en términos culturales y étnicos de otras posibles poblaciones, como la negra o afrodescendiente urbana o la

raizal, asumamos dogmáticamente que no es relevante si no le introducimos algún signo de ancestralidad, expresado en pervivencia de algún origen mítico (africano o nativo), algo de colectivismo (si la diferencia se traduce en un individualismo como el de nuestra cultura hegemónica, parecería que no es lícito protegerlo) y algo de incompreensión frente a nuestro *occidentalismo*.

Las consecuencias de ello son múltiples. En principio, podría señalarse que ha calado mucho más la crítica intercultural, llegando incluso a que ésta sea la retórica oficial. Si el escenario que se nos plantea, para asegurar la eficacia de los derechos étnicos, es entre el respeto a una cultura diferente o su asimilación a nuestros estándares valorativos, inicialmente creo que la inclinación inmediata es a proclamar el respeto intercultural.

Ello no obstante, esto lleva a asumir de una manera distinta el tema de los derechos fundamentales exigibles, o el de contemplar modelos distintos de ciudadanía (como es el apareamiento de una ciudadanía colectiva, expresada en las autoridades tradicionales). Reconstruir los derechos humanos, como anunciaban Santos o Clavero. Frente a estas consecuencias, la bandera que se había colocado en terrenos de la interculturalidad retrocede, y usualmente vuelve a plantarse en la zona confortable del multiculturalismo. Y buscamos en los tratados internacionales de derechos humanos, marcados de *occidentalismo*, la cura de nuestros males.

En términos generales, como vimos, este fue el camino seguido por la Corte Constitucional, especialmente cuando trató el tema de las restricciones internas. El inicio por una vía plenamente multicultural pero asimilacionista, en donde los derechos fundamentales tal y como venían siendo interpretados por el mismo Tribunal constituían el techo, dio paso a la exaltación de la autonomía y la proclama más intercultural que se haya producido desde el terreno dogmático (expresada en solo cuatro ámbitos en donde se tendrían prohibiciones: pena de muerte, esclavitud, tortura y ausencia de un procedimiento mínimo, entendido como previsibilidad).

Las situaciones concretas posteriores, sin embargo, dieron cuenta de que esta autonomía no podía predicarse sin más, y que era necesario algún subterfugio para regresar al terreno de la ponderación, que en últimas significa la salvaguarda de que valores centrales de nuestro sistema (como los derechos fundamentales en clave individual) no resultasen anulados en aras de la autonomía. La búsqueda de un terreno intermedio (autonomía con ponderación, respeto a derechos fundamentales pero estudiados en clave o perspectiva interna, desde la misma diferencia cultural, y no externa, la visión de un extraño, así sea juez) da cuenta a su vez del regreso al multiculturalismo limítrofe que hemos desarrollado.

De una u otra forma, la Corte ha llegado a integrar al Kymlicka de las últimas obras, en donde asume que de todas maneras el ideario liberal constitucional es un valor para



todos los asociados, incluidos los grupos poblacionales protegidos con derechos étnicos. Esto es lo que hace válidas precauciones frente a fenómenos que cada vez se mencionan más de frente y sin matices, como la impunidad que podría encubrir la justicia propia. En este camino, los casos de violencia sexual contra mujeres, niños y niñas se ha convertido en el nuevo rasero, en donde la plena autonomía ya no es un discurso dominante o deseable.

Otra consecuencia de esta forma de asumir el multiculturalismo, que responde bastante al contexto de recepción del que hablamos en la exposición del marco teórico, tiene que ver con la ausencia de exploración de otras vías alternativas al multiculturalismo, aun cuando en una lógica distinta a la de la interculturalidad. Así, por ejemplo, los postulados de la llamada democracia radical no han impactado mucho nuestro medio, en buena medida porque ellos asumen la dificultad en la visión restrictiva de la ciudadanía liberal multicultural, y quieren llevarla a otros niveles.

Sin embargo, nótese cómo la dogmática constitucional no ha hecho del discurso de ciudadanía uno de sus pilares. Por ello, a cada rato podría argüirse la crítica habermasiana de que estamos más en una política de *defensa de las especies*, de aumentar nuestro museo de observación sobre entidades en vías de extinción, que realmente preocupados con demandas de ampliación de ciudadanía participante y deliberativa.

Pero, como resaltamos en su momento, la dicotomía no se presenta únicamente en los ámbitos de las restricciones internas. También en el capítulo concerniente a protecciones externas observamos un movimiento pendular similar. Siguiendo el tema de la consulta previa, y lo que ésta significa, pudimos resaltar cómo ésta fue adquiriendo cada vez mayor estatus. De ser un mecanismo, entre otros, para asegurar el derecho fundamental a la participación colectiva, transmuta en derecho fundamental autónomo. Y ello, gracias a la convergencia entre nuestra visión tribal del multiculturalismo y la reiterada asunción del Convenio 169 como el eje fundante de la consulta.

Sin embargo, llegados a cierto momento de la consolidación, que parecía natural tratándose efectivamente de pueblos indígenas o tribales que no comparten los postulados de desarrollo occidentales, cual es el del carácter vinculante de la consulta, la Corte empieza a dar signos de cautela. Responde, quizás, a la presión pública que denuncia que la consulta previa inmoviliza la acción pública y legislativa.

A mi juicio, en el fondo lo que se reproduce es un efecto de esta visión particular del multiculturalismo que se ha desarrollado en nuestro medio, en donde se parece responder fundamentalmente a la dicotomía visión occidental/visión tradicional ancestral. De hecho, buena parte de las consultas que habría que establecer con comunidades negras o raizales no están atravesadas por esta disyuntiva, sino por aspectos más relacionados con la

escasa representación política de ellas en las instancias decisionales de la política pública. Y, en ese orden de ideas, la consulta se erige como un medio relativamente espurio, o por lo menos alternativo, para incidir en ellas por fuera de los canales democráticos ordinarios. Por ello, también, es que es tan difícil establecer los canales representativos (a quién y cómo se consulta en estos eventos), dificultad que no es tan notoria cuando efectivamente se trata de pueblos indígenas concernidos.

Adicionalmente, el poner el eje de la consulta previa, o en general de las protecciones externas, en una visión extraída casi literalmente de algunos instrumentos internacionales y no otros (por ejemplo, en el Convenio 169 y no en los mecanismos de protección de las minorías nacionales) afecta la forma de concebir la construcción de ciudadanía y las formas colectivas de acción derivadas de ello. La primera visión, de alguna manera, llama a una especie de enclaustramiento de la representación: el pueblo concernido debe pronunciarse a través de sus autoridades, y se espera que su respuesta sea unívoca en torno a intereses colectivos. Ello, muchas veces, lleva a no ponderar las diferencias al interior de las mismas comunidades, y a que sea difícil vencer los condicionantes estructurales de la consulta en términos macro económicos (al fin y al cabo, por lo general se opone el aparato institucional y económico, compuesto por multinacionales, políticas públicas de apertura neoliberal, intereses geopolíticos, frente a la visión tradicional de un pueblo que se tiene que presentar como tradicional, ancestral. Sería, en todo caso, más interesante que las distintas visiones de desarrollo pudieran formularse sin el tapujo de tantos estereotipos.

### **Una dogmática diferenciada**

En ciertos ámbitos, tiende a considerarse que lo que hace más o menos pertinente una determinada dogmática es su adscripción a determinadas corrientes teóricas. Para mantener nuestros ejemplos, se podría pensar, para algunos, que solo el tránsito hacia la interculturalidad garantizaría una real protección de las minorías étnicas. O, viceversa, que es la morigeración de las tendencias autonomistas, mediante una apertura controlada hacia el multiculturalismo que, al mismo tiempo, sea respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, lo que efectivamente conciliaría la tensión entre derechos de las comunidades étnicas y expectativas individuales de sus miembros.

En esta tesis nos apartamos de dicha línea argumentativa. Por ello, hemos insistido más en el nivel de coherencia argumentativa. En otras palabras, a nuestro juicio lo que haría más consistente la jurisprudencia constitucional no es necesariamente asumir uno de los dos paradigmas estudiados, o uno tercero, sino mantenerlo, visibilizando y trabajando todas sus implicaciones y limitaciones. Lo que lleva a que, independientemente de nuestro gusto personal, pudiera predicarse como adecuada una dogmática constitucional, bien provenga del multiculturalismo, la interculturalidad, la democracia radical o la de-

mocracia deliberativa, para mencionar únicamente estos ejemplos, a condición de que responda efectivamente a los retos que dichas opciones representan para la garantía de los derechos fundamentales, preocupación constante en todas estas vertientes.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a mi juicio la dogmática constitucional debería transitar hacia una explicitación de los matices, tanto poblacionales como de ponderación de derechos, en vez de asumir acríticamente que su jurisprudencia ha sido homogénea, consistente y reiterada.

Un primer ámbito de diferenciación, por ende, debería corresponderse con las poblaciones concernidas. El caso más relevante es el de la raizal del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En mi entender, es el más ostentoso caso de minoría nacional que poseemos. Y la diferencia societal que ello significa no supone una confrontación entre occidente/no occidente, ideario liberal versus otro ideario, sino precisamente alude a lo que en otras latitudes se ha considerado como suficiente para sustentar derechos especiales diferenciados en función de la pertenencia étnica: lengua, tradiciones, instituciones.

En otras palabras, la diferencia que mantenemos con los nativos del archipiélago se parece mucho más a la que mantienen los anglófonos con los quebequenses en Canadá, los flamencos con los wallones en Bélgica, o los catalanes con los castellanos en España, que la aludida entre el mundo tribal y el mundo occidental.

Un reconocimiento de esta especie, por lo tanto, llevaría a que el trato diferenciado no se sustentara en ficciones como una supuesta propiedad colectiva territorial, que solo ha existido marginalmente en la isla, sino en una idea de territorio diferente a la que se esgrime en materia tribal, pero que igual es significativa. Al fin y al cabo, cuando los flamencos, catalanes o quebequenses reclaman su territorialidad, no lo hacen bajo el entendido de que ésta supone formas colectivas de propiedad, que se oponen a las de propiedad individual que esgrimiría la mayoría. De forma similar, cuando reivindicán posiciones especiales en torno a la educación, la arquitectura, la cultura o el trabajo, no es porque aduzcan la pervivencia de lo tradicional per se, sino en cuanto tradiciones y ancestros diferentes han dado lugar a visiones divergentes en algunos aspectos de la contemporaneidad, que son significativos en estos campos mencionados.

En la práctica, además, una posición como la anterior llevaría a pensar con mayor cuidado el asunto de la representación de la misma comunidad raizal, su vocería. Mientras se mantenga la idea de ancestralidad, por simple correspondencia se tratará reiterativamente de ubicarla en lo que podría equipararse a autoridad tradicional. Para la muestra, un botón: en diversos diálogos de autoridades y comunidad para pensar lo correspondiente a educación pública superior de carácter intercultural, se escucha mencionar con insistencia que el liderazgo en esta materia debería residir en los pasto-

res bautistas o anglicanos, que son los que mejor retratan la tradición del raizal. Por el contrario, enfocar un asunto como éste desde la perspectiva de las minorías nacionales inmediatamente llevaría a la pregunta sobre la forma de hacer representar la misma en sus diversos matices y posiciones ideológicas, que por supuesto en materias como la aludida son múltiples y complejos.

De la misma manera, la dogmática constitucional también debería abandonar la ficción de que todas las comunidades negras son ancestrales y tradicionales en tanto mantienen raíces de africanía, o rezagos de esa África perdida. Las mismas posturas interculturales, como vimos, nos llevan a postular que en estos casos África es una comunidad imaginada, una ruta simbólica. Y que al mismo tiempo que se reconoce esa presencia en la construcción identitaria de las comunidades negras, también son importantes las presencias europeas y americanas en la propia piel y devenir cultural de lo que hoy en día llamamos afrodescendencia.

En razón a ello, la diferencia no debería centrarse en detectar posibles costumbres perdidas, sino en la manera especial como estas comunidades, sobre todo las urbanas, han logrado, a partir de vínculos como los del paisanaje y las colonias, superar el racismo, la exclusión y la marginalidad. No es un camino tan nítido como el que plantea Kymlicka y el multiculturalismo más puro, pero es el resultado de nuestro proceso de integración cultural. De alguna manera, es la contracara que tendremos que pagar frente a la ficción del mestizaje feliz con la que convivimos por años.

Y, nuevamente, pensamos que existe un sustento fuerte en toda la teoría del multiculturalismo o la interculturalidad como para afirmar la legitimidad de los derechos especiales en función de grupo sin tener que acudir al manto protector de algún tratado internacional. Aun cuando, si hubiese necesidad, también en este campo podría ser interesante mirar toda la legislación internacional en materia de minorías nacionales, y no tanto forzar el capítulo de las poblaciones indígenas y tribales, para hacerla coincidir a la fuerza en comunidades en las que difícilmente se encuentran ya rasgos de dicha tribalidad.

Aquí, nuevamente, algunos ejemplos pueden ser indicativos. Si mantenemos la mirada sobre los temas educativos, las reivindicaciones de las comunidades afrodescendientes urbanas no le apuntan, como en el caso de otras poblaciones, a una fórmula intercultural concebida como propia, autónoma, sino, por el contrario, motivan a interculturalizar todo el sistema educativo. No se trata de que exista una universidad negra, sino de que las problemáticas, visiones, formas de pensamiento y sabidurías procedentes de sus comunidades se integren y visibilicen en todas las universidades públicas, así como se asegure un ingreso equitativo de sus miembros a las mismas en todos sus niveles y estamentos.

Algo similar acontece con otros campos sociales, como los de medicina tradicional, trabajo artesanal o folclor. En ninguno de estos capítulos lo que se pretende se asimila necesaria o exclusivamente a proteger un ámbito tradicional y propio, sino a asegurar una articulación valorada y visible. A que sus saberes sean tratados con consideración y respeto.

Finalmente, pero no menos importante para estos efectos, deslindar la protección de estas comunidades de los meros criterios de ancestralidad implicaría igualmente una transformación de los criterios que vienen elaborándose para su adecuada representación, dándole cabida a expresiones diversas de organización y pluralidad de visiones.

Esto permitiría, por último, que las comunidades indígenas sean tratadas como tales, sin la incómoda hermandad que se establece con otras poblaciones, a través del vínculo tribal. Si se requieren alianzas de acción, éstas deberían darse en el terreno de la movilización social, y no como un juego de equilibrios relativamente artificial entre distintas culturas étnicas protegidas, que deben comportarse entre sí al menos como primos no lejanos.

Las consecuencias de esto último, por ejemplo, son evidentes en las mesas de concertación que se establecen para afirmar procesos como los de consulta previa, concertación en materia educativa, de salud pública o materia laboral. Si, como vimos, no es la misma, ni debería serlo, la interculturalidad o multiculturalidad que reclaman de la educación las comunidades indígenas y las comunidades negras o raizales, tampoco debería ser similar la ruta de procedimientos, mecanismos y representaciones del colectivo que se establece por la autoridad, así esta se cubra con la imaginación de hacer ver los Consejos Comunitarios de comunidades negras como cabildos indígenas en ciernes.

En esta ruta, también sería bueno que la dogmática constitucional se pronuncie en torno al tema de asuntos como el derecho propio que le asiste a estos grupos poblacionales, por lo menos para dejar en claro de si es un asunto propio solamente de la población indígena, o si se va a hacer extensivo a otras poblaciones, como lo reclama por ejemplo actualmente la raizal del archipiélago.

Pero la diferenciación poblacional no es la única necesaria. Es conveniente que la dogmática constitucional asuma de manera más transparente el problema de las restricciones internas, y fije posiciones más nítidas y menos retóricas sobre ellas. Por ejemplo, explicitar si ya abandonó los campos de un multiculturalismo meramente asimilacionista y de una autonomía intercultural tan abierta, y en la actualidad se inclina por un multiculturalismo más respetuoso de la diferencia, sin tanta autonomía, en donde la ponderación se sustente en la visión interna de las mismas comunidades.

Y hacer claridad sobre la dogmática implica hablar abiertamente de sus precedentes y posiciones conceptuales divergentes, reconocer los matices, asumir las consecuencias de tomar posición. Cada vez más, la opinión pública será reacia a sanciones y juzgamientos en casos sensibles, como los mencionados de menores y mujeres. Y pedirá cuentas. Si la dogmática constitucional que establece límites y prerrogativas no es transparente, el defecto se traslada a las mismas comunidades étnicas, por el camino de la búsqueda del desprestigio hacia sus formas de control social y tramitación de conflictos. Si realmente se quiere aportar en el camino del respeto a la diversidad cultural, lo propio sería que la dogmática constitucional se convierta efectivamente en el faro iluminador de lo permitido y lo prohibido, lo aceptable y lo no aceptable.

Este proceso será mucho más fácil si se asumen, a su vez, con mayor fuerza las exigencias constitucionales de la ciudadanía plena. La Corte debería integrar este eje de análisis de manera más contundente en su dogmática, pues en últimas es el sustento de las posiciones multiculturales, no meramente la diferencia por ella misma. Es decir, es por cuanto se asumen los individuos de otras comunidades étnicas como ciudadanos plenos, con su estatuto de derechos y obligaciones, que adquiere sentido el camino de la diferencia. Y dicha ciudadanía exige compromisos con valores fundantes de la convivencia, reflejados en el estatuto constitucional.

Igual, se podría transitar otra ruta, como en el caso de Bolivia o Ecuador, y afirmarse más en la plurinacionalidad o el respeto intercultural. Pero, en todo caso, lo que se esperaría es que la construcción democrática común que se construya en cada caso sea evidente. Así ésta se refleje, como en dichos estados, en formas de ciudadanía colectiva.

Esta misma petición de transparencia y coherencia con su propia dogmática podría y debería ser llevada al campo de las protecciones externas, aun cuando allí las contradicciones no son tan flagrantes. Como demostramos a través del estudio de la consulta previa, la estrategia de anunciar reiteraciones de jurisprudencia para hacer nuevas síntesis de criterios, cada vez con matices diferentes, no ayuda realmente a la implementación de medidas administrativas y legislativas. De ahí la confusión que actualmente reina en torno a qué y cómo consultar. Aparentemente, todo.

Si es así, implica una revolución en la manera de concebir el principio democrático de la Constitución, y así debería asumirse. Sobre todo si a la consulta se le suma, en casos estructurales como los analizados, su carácter vinculante. Si no es así, la Corte debería entonces clarificar las reglas y criterios sin tanta retórica unificadora, y mostrar precisamente los matices y diferenciaciones. Así, en principio, no sea *políticamente correcto*.

Todo lo anterior debería dejar en claro que mi posición analítica con respecto a lo que ha sido la tarea de la Corte Constitucional en materia dogmática se interpreta como la de un multiculturalismo de frontera o atípico, que se ha sustentado en una diferencia excepcional y ancestral. Algunas veces de manera contra fáctica. Dogmática que le ha granjeado no pocos honores y palmadas en la espalda en el concierto latinoamericano, pero que en verdad esconde profundas indeterminaciones y matices ideológicos. Y que el mejor camino para superar esta especie de ficción de coherencia es aceptar sus propias lagunas e indeterminaciones.





# BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Curtis, Cristian. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Agudelo, C. E. (2002). *Multiculturalismo en Colombia, Política, inclusión y exclusión de poblaciones negras*. Recuperado el 12 de 6 de 2013, de Instituto Interamericano de Derechos Humanos: [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div\\_en-linea/MULTICULTURALISMOENCOLOMBIAcarlosagudelo.pdf](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_en-linea/MULTICULTURALISMOENCOLOMBIAcarlosagudelo.pdf)
- Agudelo, C. E. (2005). *Retos del Multiculturalismo en Colombia: política y poblaciones negras*. Medellín: La Carreta.
- Aimé, C. (1979). *Discurso sobre el colonialismo*. México: Unam.
- Aimé, C. (2010). *Le discours sur la Négritude. Miami 1987*. Belo Horizonte: Nandyala, Carlos Moore, African Heritage Foundation.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: centro de Estudios Constitucionales.
- Almario García, O. (2007). Reparaciones contemporáneas: de la memoria de la Esclavitud al cuestionamiento de la exclusión social y el racismo. En C. Mosquera Rosero-Labbé, & L. C. Barcelos, *Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales* (págs. 183 – 210). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Almario García, Ó. (2010). Anotaciones sobre una posible periodización de las representaciones raciales en Colombia. En C. Mosquera Rosero-Labbé, A. Laó-Montes, & C. (. Rodríguez Garavito, *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras* (págs. 359 - 388). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Almarío García, O., & Jiménez Meneses, O. (2004). Aproximaciones al análisis histórico del negro en Colombia (con especial referencia al occidente y al Pacífico). En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico* (págs. pp. 29 – 126). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Almarío García, O., & Jiménez Meneses, O. (s.f.). Aproximaciones al análisis histórico del negro en Colombia (con especial referencia al occidente y al Pacífico).
- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta.
- Aprile-Gnisset, J. (2004). Apuntes sobre el poblamiento del Pacífico. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 269 – 289). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Apriles-Gnisset, J. (2004). Apuntes sobre el proceso de poblamiento en el Pacífico. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana. Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 269 - 290). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El Concepto de Los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Legis.
- Arboleda, S. (2002). Paisanajes, colonias y movilización social afrocolombiana en el suroccidente colombiano. En C. Mosquera, M. Pardo, & O. Hoffman, *Afrodendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la esclavitud en Colombia* (págs. 399 - 420). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Institut de Recherche pour le Developement, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Ariza Santamaría, R. (2010). *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ariza Santamaría, R. (2010). *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arocha Rodríguez, J. (2004). La Ley 70 de 1993: utopía para afrodescendientes excluidos. En J. (. Arocha Rodríguez, *Utopía para los excluidos: Multiculturalismo en África y América Latina* (págs. 159 – 178). Bogotá: Unibiblos.

- Arocha, J. (1996). Afrogénesis, eurogénesis y convivencia interétnica. En A. Escobar, & Á. (. Pedrosa, *Pacífico: ¿Desarrollo o diversidad? Estado, capital y movimientos sociales en el Pacífico colombiano* (págs. 300 - 316). Bogotá: CEREC.
- Arocha, J. (1998). La inclusión de los Afrocolombianos ¿Meta inalcanzable? En *Geografía Humana de Colombia, Tomo VI: Los afrocolombianos*, (págs. 339 - 396). Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica.
- Arocha, J. (1999). *Obligados de Ananse: Hilos ancestrales y modernos en el Pacífico colombiano*. Bogotá: Centro de Estudios Sociales CES, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
- Arrazola, R. (1970). *Palenque, Primer Pueblo Libre de América*. Cartagena: Ediciones Hernández.
- Atienza, M. (2005). *Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 134.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Arie.
- Bonilla, D. (2000). *Multiculturalismo y política del reconocimiento*. Bogotá: CIJUS, Documentos Ocasionales, Facultad de Derecho Universidad de los Andes.
- Bonilla, D. (2006). *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Borrego Pla, M. d. (1973). *Palenques de Negros en Cartagena de Indias a fines del Siglo XVII*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla.
- Borrero, C. (1988). Uso Alternativo en Zonas Rurales de Colombia. En *Derechos Humanos en la Zona Andina*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Borrero, C. (1989). Uso Alternativo del Derecho, Una introducción conceptual. En *Documentos No. 3, ILSA*. ILSA.
- Borrero, C. (2004). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: Editorial Cinep.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu, & G. Teubner, *La fuerza del derecho* (págs. 155 - 220). Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

- Bravo Pazmiño, H. (2007). Movilización identitaria y desplazamiento forzado en el Pacífico colombiano: el caso del proceso organizativo de comunidades negras de Olaya Herrera, Nariño, Colombia. En O. Hoffman, & M. T. Rodríguez, *Los retos de la diferencia, actores de la multiculturalidad entre México y Colombia* (pág. Google Books (<http://books.google.com.co/>)). México: CEMCA-CIESAS-ICANH-IRD.
- Brown, W. (2003). Lo que se Pierde con los Derechos. En W. Brown, & P. Williams, *La crítica de los derechos* (págs. 75 - 146). Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Burgos Cantor, R. (. (2010). *Rutas de Libertad. 500 años de travesía*. Bogotá: Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana.
- Camacho Segura, J. (2004). Silencios elocuentes, voces emergentes: reseña bibliográfica de los estudios sobre la mujer afrocolombiana. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 167 – 210). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Cassiani, A. (2002). Las comunidades renacientes de la costa Caribe continental: construcción identitaria de las comunidades renacientes en el caribe continental colombiano. En C. Mosquera, M. Pardo, & O. Hoffman, *Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la esclavitud en Colombia* (págs. 573 - 592). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Institut de Recherche pour le Developpement, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Cassiani, A. (2007). La interculturalidad: una búsqueda desde las propuestas educativas de las comunidades afrodescendientes en Colombia. *Revista Educación y Pedagogía, Universidad de Antioquia*, 97 – 105.
- Castrillón Orrego, J. D. (2006). *Globalización y derechos indígenas: El caso de Colombia*. México: Universidad Nacional Autónoma De México, Serie Doctrina Jurídica No. 299.
- Centro de Estudios Frantz Fanon. (1986). El negro y el carácter de las relaciones interétnicas en Colombia. En *Seminario Internacional sobre la Participación del Negro en la Formación de las Sociedades Latinoamericanas* (págs. 189 – 196). Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología.

- Chaves, M. (2005). ¿Qué va a pasar con los indios cuando todos seamos indios?. En M. Chaves, *Ethnic rights and reindigenization in South Western Colombian amazonia*, PH. D. dissertation. Urbana- Champaign, Illinois: University of Illinois.
- Chaves, M. (2007). Desdibujamientos y ratificación de las fronteras étnico-raciales: mestizajes y reindinización en el piedemonte amazónico colombiano. En O. y Hoffman, *Los retos de la diferencia: los actores del multiculturalismo entre México y Colombia* (págs. 341 – 361). México: Publicaciones La Casa Chata, CIESAS, IRD, CEMCA, ICANH.
- Chaves, M. (s.f.). Desdibujamientos y ratificación de las fronteras étnico-raciales: mestizajes y reindinización en el piedemonte amazónico colombiano. En O. y Hoffman, *Los retos de la diferencia: los actores del multicult.*
- Chaves, M., & Zambrano, M. (2009). Desafíos a la nación multicultural: una mirada comparativa sobre la reindinización y el mestizaje en Colombia. En C. (. Martínez Novo, *Repensando los movimientos indígenas* (págs. 215 – 241). Quito: Flacso, Ministerio de Cultura del Ecuador.
- Clavero, B. (2000). *Ama Llunku, Apya Yala. Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Clavero, B. (2008). *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI Editores.
- Coronado Delgado, S. A. (2006). El Territorio: Derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia. *Controversia No. 187, CINEP*, 47 - 81.
- Correa, F. (octubre de 2005). *Construcciones antropológicas sobre lo “indígena” en Colombia*. Recuperado el 2013, de Universidad Nacional de Colombia: [www.humanas.unal.edu.co/colantropos/](http://www.humanas.unal.edu.co/colantropos/)
- Correa, F. (2011). Desencializando lo indígena. En R. (. Nemogá, *naciones Indígenas en los Estados Contemporáneos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Courtis, C. (2009). *Ecós cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- Cunin, E. (2003). *Identidades a flor de piel: lo negro entre apariencias y pertinencias. Categorías raciales y mestizaje en cartagena*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de los Andes, Instituto Francés de Estudios Andinos, Observatorio del Caribe Colombiano.

- Dougnac Rodríguez, A. (1998). *Manual de Historia del derecho indiano*. México: McGraw Hill, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Jurídica, Estudios Históricos Número 47.
- Duque Gómez, L. (1976). *Introducción al pasado aborigen*. Bogotá: Industria Continental Gráfica.
- Dworkin, R. (1993). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Escalante Polo, A. (2002). *El negro en Colombia*. Bogotá: Ediciones Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar.
- Escobar Alcalá, A. (1991). *Cinco propuestas del archipiélago para la Constituyente*. Bogotá: DRA.
- Escobar, A. (1999). El final del salvaje: Antropología y nuevas tecnologías. En A. Escobar, *El final del salvaje. Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea* (págs. 327 - 352). Bogotá: CEREC.
- Escobar, A. (1999). El proceso organizativo de comunidades negras en el Pacífico sur colombiano. En A. Escobar, *El final del salvaje. Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea* (págs. 169 - 202). Bogotá: CEREC.
- Escobar, A., & Pedrosa, Á. (1996). Introducción: Modernidad y desarrollo en el Pacífico colombiano. En A. Escobar, & Á. (. Pedrosa, *Pacífico: ¿Desarrollo o diversidad? Estado, capital y movimientos sociales en el Pacífico colombiano* (pág. Introducción). Bogotá: CEREC.
- Etxeberria, J. (2006). La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas. En M. Berraondo, *Pueblos indígenas y derechos humanos* (págs. 63 - 83). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Fanon, F. (1966). Racismo y cultura. En F. Fanon, *Por la revolución africana. Escritos políticos* (págs. 38 - 52). México: Fondo de Cultura Económica.
- Fanon, F. (1973). *Piel negra, máscaras blancas*. Buenos Aires: Abraxas.
- Fanon, F. (2006). *Los condenados de la Tierra*. Rosario, Santa Fe: Kolectivo Editorial Ultimo Recurso.
- Farrel, M. (1995). ¿Hay derechos colectivos? *Doxa 17 - 18*, 69 94.

- Findji, M. T., & Rojas, J. M. (1985). *Territorio, Economía y Sociedad Páez*. Cali: Universidad del Valle.
- Forero, A. (1995). *Nosotros los Wayúu*. Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas.
- Fraser, N. (1997). *Iusticia interrupta, Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Friede, J. (1963). *Problemas sociales de los arhuacos: Tierra, gobierno, misiones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Gallardo, J. (1986). Colonización educativa y cultural en San Andrés Islas. En *Seminario Internacional sobre la Participación del Negro en la Formación de las Sociedades Latinoamericanas*, (págs. 159 – 166). Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología.
- García Amado, J. A. (2001). Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 318*, 103 - 120.
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- García Villegas, M. (2006). El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En M. U. García Villegas, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pág. 601 pp.). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- García Villegas, M. (2010). *Sociología y crítica del derecho*. México: Distribuciones Fontamara.
- Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI.
- Gómez Valencia, H. (2000). *De la justicia y el poder indígena*. Popayán: Universidad del Cauca.
- Gómez, H. (2008). D-escribiendo las justicias orales indígenas. En H. Gómez, & C. Gnecco, *Representaciones legales de la alteridad indígena* (págs. 199 - 284). Popayán, Universidad del Cauca, Colciencias.

- Gómez, H., & Gnecco, C. (2008). Representaciones de la alteridad indígena en el discurso jurídico colombiano. En H. Gómez, & C. (. Gnecco, *Representaciones Legales de la Alteridad Indígena* (págs. 25 - 94). Popayán: Colciencias, Universidad del Cauca.
- González Jácome, J. (2010). Hablemos de “raza”. Hacia un antídoto contra la ceguera al color en el discurso constitucional colombiano. En C. Mosquera Rosero-Labbé, A. Laó-Montes, & C. (. Rodríguez Garavito, *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras* (págs. 701 - 722). Bogotá: Universidad del Valle, Universidad Nacional de Colombia, CES.
- González Piñeros, N. C. (2006). *Colombia hacia una democracia participativa: contribución indígena 1990 – 2003*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana de Cali.
- González Puccetti, I. (2004). *Justicia y diversidad cultural*. Bogotá : Tiempo de Papel Editores, Colección Cuadernos de Filántropos.
- Grueso Castelblanco, L. (2007). La población afrodescendiente y su referencia como sujeto de ley en el desarrollo normativo de Colombia. Punto de partida para definir niveles de Reconocimiento y Reparación. En C. B. Mosquera Rosero-Labbé,. *Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales* (págs. 619 – 645). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Guerrero García, C. I. (2007). Memorias palenqueras de la libertad. En C. Mosquera Rosero-Labbé, & B. L. (Editores), *Afro-Reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales* (págs. 362 – 386). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Gutiérrez Azopardo, I. (1986). *Historia del negro en Colombia*. Bogotá: Editorial Nueva América.
- Habermas, J. (1990). Tendencias a la juridización. En J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. Buenos Aires: Taurus.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1999). La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho. En *La inclusión del otro* (págs. 189 - 227). Barcelona: Paidós.



- Hall, S. (1999). Identidad cultural y diáspora. En S. Castro Gómez, & Ó. E. Guardiola Rivera, *Pensar (en) los intersticios. Teoría y práctica de la Crítica Poscolonial* (págs. 131 - 145). Bogotá: CEJA.
- Hart, H. (1963). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Herreño, A. L. (2002). Las políticas de discriminación positiva como formas de reparación. En C. Mosquera, M. Pardo, & O. Hoffman, *Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la esclavitud en Colombia* (págs. 477 - 510). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Institut de Recherche pour le Developpement, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Hoffman, O. (2002). Conflictos territoriales y territorialidad negra: el caso de las comunidades afrocolombianas. En C. Mosquera, M. Pardo, & O. Hoffman, *Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la esclavitud en Colombia* (págs. 351 - 368). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Institut de Recherche pour le Developpement, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Hurtado M, M. L. (1996). La construcción de una nación multiétnica y pluricultural. En A. P. Escobar, *Pacífico: ¿Desarrollo o diversidad? Estado, capital y movimientos sociales en el Pacífico colombiano*. Bogotá: CEREC.
- Iturralde, D. (1990). Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley. En R. Stavenhagen, & D. Iturralde, *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina* (págs. 47 - 64). México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Jacques, M. (1988). Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho. *El Otro Derecho No. 1, ILSA*, 19 - 42.
- Jaramillo Uribe, J. (1986). Los estudios afroamericanos y afrocolombianos. En *Seminario Internacional sobre la Participación del Negro en la Formación de las Sociedades Latinoamericanas* (págs. 43 - 60). Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía Multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.

- Kymlicka, W. (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, W. (2006). *Fronteras Territoriales*. Madrid: Trotta.
- Kymlicka, W. (2009). *Las Odiseas Multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, Will; Banting, Keith. (2007). *Derechos de las Minorías y Estado de Bienestar*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landers, J. (2002). Conspiradores esclavizados en Cartagena en el siglo XVII. En P. M. Mosquera Claudia, *Afrodescendientes en las Américas: trayectorias sociales e Identitarias* (págs. 181 - 195). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Leal León, C. (2010). Usos del concepto “raza” en Colombia. En R.-L. Mosquera, & A. R. Laó-Montes, *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas negras* (págs. 389 - 440). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- López Medina, D. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2005). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia.
- Marquardt, B. (2008). Dos siglos de derechos fundamentales en Hispanoamérica (1810-2008). *Pensamiento Jurídico No. 23*, 208.
- McLaren, P. (1995). Terror blanco y acción de oposición. Hacia un multiculturalismo crítico. En P. McLaren, *Pedagogía Crítica y cultura depredadora. Políticas de oposición en la era posmoderna* (págs. 146 - 175). Buenos Aires: Paidós Educador.
- Mejía Gutiérrez, J. (1976). *Los Arhuacos*. Manizales: Universidad Nacional de Colombia.
- Mejía Quintana, O. (1997). *Justicia y democracia consensual: la teoría neocontractualista en John Rawls*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.

- Mejía Quintana, O. (2005). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. En O. Mejía Quintana, *Teoría Política, Democracia radical y Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Mesa Cuadros, G. (2007). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad, Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mignolo, W. (1996). Herencias coloniales y teorías postcoloniales. En B. (. González Stephan, *Cultura y Tercer Mundo* (págs. 99- 136). Caracas: Nueva Sociedad. Obtenido de Cholonautas.edu.pe.
- Mignolo, W. (2009). *La colonialidad: la cara oculta de la modernidad*. Recuperado el 17 de 5 de 2013, de Europhilosophie: [http://www.europhilosophie.eu/mundus/IMG/pdf/MACBA-\\_walter\\_mignolo\\_modernologies\\_cas.pdf](http://www.europhilosophie.eu/mundus/IMG/pdf/MACBA-_walter_mignolo_modernologies_cas.pdf)
- Mörner, M. (1963). *Las comunidades de indígenas y la legislación segregacionista en el Nuevo Reino de Granada*. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, No. 1.
- Mosquera Rosero-Labbé, C. (2007). Reparaciones para negros, afrocolombianos y raizales como rescatados de la Trata Negrera Transatlántica y desterrados. En C. Mosquera Rosero-Labbé, & L. C. Barcelos, *MOSQUERA ROSERO- LABBÉ, Claudia, BARCELOS, Luiz Claudio. Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales* (págs. 213 – 276). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mosquera Rosero-Labbé, C. (2010). Introducción: La persistencia de los efectos de “raza”, de los racismos y dela discriminación racial: obstáculos para la ciudadanía de personas y pueblos negros. En C. Mosquera Rosero-Labbé, A. Laó-Montes, & C. (. Rodríguez Garavito, *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras* (págs. 17 - 108). Bogotá: Universidad del Valle, Universidad Nacional de Colombia, CES.
- Mosquera Rosero-Labbé, C. L. (2009). *Acciones afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Investigaciones CES, Serie Idcarán.
- Mosquera Rosero-Labbé, C., & Barcelos, L. C. (2007). *Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Mosquera Rosero-Labbé, C., Laó-Montes, A., & Rodríguez Garavito, C. (2010). *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas negras*. Bogotá: Universidad del Valle, Universidad Nacional de Colombia, CES.
- Mosquera, C., Pardo, M., & Hoffman, O. (2002). *Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales identitarias. 150 años de la esclavitud en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Institut de Recherche pour le Developpement, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- multicultural, L. c. (2006). *Bonilla Maldonado, Daniel*. Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y Utopía*. México, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Orozco Ferro, J. A. (1990). *Nabusimake, tierra de arhuacos*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.
- Pardo Rojas, M. (2004). Hitos de la investigación social, histórica y territorial en el Pacífico colombiano. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 11 – 25). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Pardo Rojas, M., & Mosquera, C. R. (2004). *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Pardo, M. (2001). Escenarios organizativos e iniciativas institucionales en torno al movimiento negro en Colombia. En M. Archila, & M. (. Pardo, *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia* (págs. 321 – 345). Bogotá: CES, Universidad Nacional de Colombia, ICANH.
- Pedraza Gómez, S. (1986). Para una investigación sobre la nacionalización del archipiélago de San Andrés y Providencia. En *Seminario Internacional sobre la Participación del Negro en la Formación de las Sociedades Latinoamericanas* (págs. 131 - 142). Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología.
- Perafán Simmonds, C. C. (1995). *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayuu y Tule*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología, Colcultura.

- Perafán Simmonds, C. C., Azcárate García, L. J., & Zea Sjoberg, H. (2000). , *Sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano, Sikuani*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Colciencias.
- Pérez Luño, A. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Polanía CH, M. F. (2005). *Normatividad y conflicto intercultural en San Andrés Isla, Caribe Colombiano*. San Andrés: Universidad Nacional de Colombia.
- Prieto Sanchís, L. (1994). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Quijano, A. (19 de 9 de 2000). *¡Qué tal raza!* Recuperado el 17 de 5 de 2013, de Alainet Agencia Latinoamericana de Información: [alainet.org/active/929](http://alainet.org/active/929)
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-Systems Research, Vol VI, 2*, 342 - 386.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. (. Lander, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Rappaport, J. (2008). *Utopías interculturales intelectuales públicos, experimentos con la cultura y pluralismo étnico en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rawls, J. (1996). La idea de razón pública. En J. Rawls, *Liberalismo Político* (págs. 247- 292). Barcelona: Crítica.
- Rawls, J. (2002). *La Justicia como Equidad: Una Reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Raz, J. (2001). Multiculturalismo: una concepción liberal. En J. Raz, *La ética en el ámbito público* (págs. 184 - 210). Barcelona: Gedisa.
- Restrepo, E. (2000). La alquimia del semen. Nuevas vueltas sobre la esfinge del ladino. En M. B. Figueroa Muñoz, & P. E. San Miguel, *¿Mestizo yo?* (págs. 137 – 177). Bogotá: Facultad de Ciencias Humanas Universidad Nacional de Colombia, Colección CES.
- Restrepo, E. (2001). Hacia los estudios de las Colombias negras. *Coloquio sobre Estudios Afrocolombianos* (pág. 28). Popayán: Universidad del Cauca, Biblioteca Virtual del Banco de la República, [http://www.banrepultural.org/sites/default/files/colombia\\_negra.pdf](http://www.banrepultural.org/sites/default/files/colombia_negra.pdf).

- Restrepo, E. (2004). Biopolítica y alteridad. En E. Restrepo, & A. (. Rojas, *Conflicto e (in)visibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia* (págs. 271- 299). Cauca: Universidad del Cauca, Colección Políticas de la Alteridad.
- Restrepo, E. (2004). Hacia los estudios de las Colombias negras. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 127 – 165). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Restrepo, E. (2012). *Intervenciones en teoría cultural*. Popayán: Universidad del Cauca.
- Rivas, N. Y. (2004). Significaciones de la etnicidad en contextos rurales del Pacífico nariñense. Algunas percepciones (apropiaciones) rurales de la Ley 70. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & R. M. Clemencia, *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 369 – 385). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia, Reino de los Países Bajos.
- Rodríguez Garavito, C., & Mosquera, J. P. (2010). Las cifras de la discriminación racial y la situación de la población afrocolombiana. En C. Mosquera Rosero-Labbé, A. Laó-Montes, & C. (. Rodríguez Garavito, *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras* (págs. 851 - 890). Bogotá: Universidad del Valle, Universidad Nacional de Colombia, CES.
- Rodríguez Garavito, C., & Orduz Salinas, N. (2012). *La consulta previa: Dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, Documentos.
- Rodríguez Garavito, C., Morris, M. (. , Orduz Salinas, N., & Buriticá, P. (2010). *la consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.
- Rodríguez Garavito, C., Sierra, A., Cavelier, T., & Adarve, I. (2009). *Raza y derechos humanos en Colombia, Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS, Ediciones Uniandes.

- Rodríguez Peñaranda, M. L. (2005). *Minorías, Acción Pública de inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rojas, F. (1988). Comparaciones en las tendencias de los nuevos servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina (primera parte). *El Otro Derecho No. 1, ILSA*, 7 - 18.
- Rojas, F. (1989). Comparaciones en las tendencias de los nuevos servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina (segunda parte). *El Otro Derecho No. 2, ILSA*, 5 - 57.
- Roldán Ortega, R. (2000). *Pueblos indígenas y leyes en Colombia, aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. Bogotá: The Gala Foundation Coama, OIT.
- Roldán, R., Sánchez, E., & Sánchez, M. F. (1993). *Derechos e identidad: Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Disloque Editores.
- Rúa Angulo, C. (2004). La situación territorial de los afrocolombianos: problemas y conflictos. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana, Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 343 – 368). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Rúa Angulo, C. (2007). La justicia afrocolombiana se construye en el reconocimiento de la diversidad. En C. Mosquera Rosero-Labbé, & L. C. Barcelos, *Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales* (págs. 745 – 761). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez Botero, E. (2001). Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas. En B. d. Santos, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (págs. 159 - 200). Bogotá: Colciencias, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Sánchez Botero, E. (2002). *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, protección a niños, niñas y jóvenes indígenas*. Bogotá: ICBF, Quebecor Editores.
- Sánchez Botero, E. (2004). *Derechos Propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

- Sánchez Botero, E. (2004). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento cultural*. Bogotá: Unijus, Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez Botero, E. (2005). *Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos*. Bogotá: Unicef.
- Sánchez Botero, E. (2006). *Entre el juez Salomón y el dios Sira*. Bogotá: Unicef, Univeriteit van Amsterdam.
- Sánchez Botero, E., & Jaramillo, I. C. (2001). *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Sánchez de Friedemann, N. (1983). Palenque de San Basilio: Historia y organización social. En N. P. Sánchez de Friedemann, *Lengua y Sociedad en el Palenque San Basilio*. Bogotá: Publicaciones del Instituto Caro y Cuervo LXVI.
- Sánchez de Friedemann, N., & Arocha, J. (1985). *Herederos del jaguar y la Anaconda*. Bogotá: Carlos Valencia.
- Sánchez de Friedemann, N., & Arocha, J. (1986). *De sol a sol: Génesis, transformación y presencia de los negros en Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta.
- Sánchez, B. E. (1997). La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional. En O. d. constitucional, *La Corte Constitucional: el año de la consolidación* (págs. 330 - 353). Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- Sánchez, B. E. (2001). El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En B. d. Santos, & M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo II* (págs. 5 - 142). Bogotá: Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- Sánchez, B. E. (2001). El reto del multiculturalismo. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En B. d. Santos, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo II* (págs. 5 - 142). Bogotá: Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, CEIS, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores.



- Sánchez, B. E. (2006). Estado multiétnico y entidad territorial indígena. En U. d. Cádiz, *Estudios sobre descentralización territorial: el caso particular de Colombia* (págs. 237 - 296). Cádiz: Universidad de Cádiz.
- Sánchez, B. E. (2007). La entidad territorial indígena: un mandato por cumplir. En L. y. Luís García Ruiz, *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?* (págs. 545 - 598). Cádiz: Universidad de Cádiz.
- Sánchez, B. E. (s.f.). Conversatorios de Justicia Comunitaria, Segundo ciclo: debates acerca de la jurisdicción especial indígena. [www.justiciacomunitaria.unal.edu.co](http://www.justiciacomunitaria.unal.edu.co). (pág. página 3). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Escuela de Justicia Comunitaria.
- Santos, B. d. (1998). *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, ILSA.
- Santos, B. d. (2009). *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. Quito: Clacso.
- Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, P. (1997). *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Ministerio del Interior. Dirección General de Asuntos Indígenas, CRIC, Ministerio de Justicia.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.
- Stavenhagen, R. (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Colegio de México.
- Stavenhagen, R. (2002). Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales. En C. V. Zambrano, *Etnopolíticas y racismo. Conflictividad y desafíos interculturales en América latina* (págs. 151 - 171). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Stavenhagen, R., & Iturralde, D. (. (1990). *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América latina*,. México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Taylor, C. (1993). *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Taylor, C. (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona, Buenos Aires, México : Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Triana Antorveza, A. (1990). Estado y derecho frente a los indígenas. En R. Stavenhagen, & D. (. Iturralde, *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina* (págs. 277 - 298). México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Triana Antorveza, A. (1992). *La Colonización Española en el Tolima*. Bogotá: Cuadernos del Jaguar.
- Triana Antorveza, A. (1999). La Expropiación y su Aplicación en la Legislación Colombiana. *Pensamiento Jurídico, Universidad Nacional de Colombia, Vol. 10*, 171 - 212.
- Tushnet, M. (2001). Ensayo sobre los Derechos. En M. G. (Editor), *Sociología Jurídica: Teoría y Sociología del Derecho en Estados Unidos* (págs. 111 - 160). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ulloa, A. (2004). *La construcción del nativo ecológico*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH- COLCIENCIAS.
- Ulloa, A. (2007). Mujeres indígenas: dilemas de género y etnicidad en los escenarios latinoamericanos. En L. M. Donato, E. M. Escobar, P. Escobar, A. Pazmiño, & A. Ulloa, *Mujeres Indígenas. Territorialidad y Diversidad en el Contexto Latinoamericano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Fundación Natura Colombia, Naciones Unidas Oficina contra la Droga y el Delito, Colombia.
- Ulloa, A. (2010). Colombia: autonomías indígenas en ejercicio: los retos de su consolidación. En B. C. González Miguel, *La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*. Quito: Flacso, GTZ, IWGIA, CIESAS, INICH.
- Uprimny, R. (1998). La unidiversalidad de los derechos humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. *Pensamiento Jurídico, No. 9*, 299 pp.
- Urrea Giraldo, F., Ramírez, H. F., & Viáfara López, C. (2001). *Perfiles sociodemográficos de la población afrocolombiana en contextos urbano-regionales del país a comienzos del siglo XXI*. Cali: CIDSE, Centro de Investigaciones y Documentación Socioeconómica.

- Urrea Giraldo, F., Ramírez, H. F., & Viáfara López, C. (2004). Perfiles sociodemográficos de la población afrocolombiana en contextos urbano-regionales del país a comienzos del siglo XXI. En M. Pardo Rojas, C. Mosquera, & M. C. Ramírez, *Panorámica afrocolombiana. Estudios sociales en el Pacífico* (págs. 213 - 267). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, Universidad Nacional de Colombia.
- Urrea-Giraldo, F. (2010). La visibilidad estadística de la población afrodescendiente en Colombia (1993 - 2005). Entre lo étnico y lo racial. En C. Mosquera Rosero-Labbé, A. Laó-Montes, & C. (. Rodríguez Garavito, *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras* (págs. 809 - 850). Bogotá: Universidad del Valle, Universidad Nacional de Colombia, CES.
- Viveros Vigoya, M. (2000). Dionisios negros. Sexualidad, corporalidad y orden racial en Colombia. En M. B. Figueroa Muñoz, & P. E. San Miguel, *¿Mestizo yo?* (págs. 95 - 130). Bogotá: Facultad de Ciencias Humanas Universidad Nacional de Colombia, Colección CES.
- Wabgou, M., & Roth Deubel, A. N. (2009). Análisis de políticas públicas y perspectiva étnico racial y de género. En M. Wabgou, & A. N. Roth Deubel, *Las Políticas Públicas de las Diversidades: identidades y emancipación* (págs. 15 - 36). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Wade, P. (1996). Identidad y etnicidad. En A. P. Escobar, *Pacífico: ¿Desarrollo o diversidad? Estado, capital y movimientos sociales en el Pacífico colombiano*. Bogotá: CEREC.
- Wade, P. (1997). *Gente Negra, Nación Mestiza: dinámica de las identidades raciales en Colombia*. Medellín: Universidad de Antioquia, Instituto Colombiano de Antropología, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.
- Wade, P. (1997). *Race and ethnicity in Latin America*. London, Sterling, Virginia: Pluto press.
- Wade, P. (2010). Liberalismo, raza y ciudadanía en América Latina. En R.-L. Mosquera, & A. R. Laó-Montes, *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras* (págs. 467 - 488). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Wallerstein, I. (2000). *El albatros racista. La ciencia social, Jörg Haider y la Widerstand*. Recuperado el 16 de 5 de 2013, de Scribd.com: <http://es.scribd.com/doc/16462121/Wallerstein-I-El-albatros-racista-2000>

- Wallerstein, I. (2003). *Bienvenidos a la anarquía global*. Recuperado el 16 de 5 de 2013, de Sindominio.net: [http://sindominio.net/~pablo/articulos/Wallerstein\\_NLR\\_Hegemonia\\_USA.pdf](http://sindominio.net/~pablo/articulos/Wallerstein_NLR_Hegemonia_USA.pdf)
- Wallerstein, I. (2006). *Análisis de Sistemas Mundo. Una introducción*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Walsh, C. (2005). (Re)pensamiento crítico y (de)colonialidad. En C. (. Walsh, *Pensamiento crítico y matriz colonial* (págs. 13 -35). Quito: UASB/Abya Yala.
- Walsh, C. (2007). *Interculturalidad y (de)colonialidad: diferencia y nación de otro modo*. Recuperado el 21 de 5 de 2013, de [www.catherine-walsh.blogspot.com](http://www.catherine-walsh.blogspot.com): <http://www.ram-wan.net/restrepo/decolonial/18-walsh-interculturalidad%20y%20decolonialidad.pdf>
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tábula Rasa No. 9*, 131 - 152.
- Walsh, C. (2009). Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: Apuestas (des)de el in-surgir, re-existir y re-vivir. *Entre Palabras, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación UMSA Bolivia*, 129 - 156.
- Wolfe, C. (1991). *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zambrano, C. V. (2002). Nación y pueblos indígenas en transición. Etnopolítica radical y fenómenos político culturales emergentes en América Latina. En C. V. Zambrano, *Etnopolíticas y Racismo, conflictividad y desafíos interculturales en América Latina* (págs. 173 – 196). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Zambrano, C. V. (2003). *Apropiación y Reconocimiento de los Derechos de la Diversidad Étnica: Antropología jurídica para la globalidad*. México: Unión de Universidades de América Latina.
- Zambrano, C. V. (2007). *Derecho, pluralismo y diversidad cultural*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Zambrano, C. V. (2008). Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos. *Revista de Ciencias Sociales No 31, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, Quito, Ecuador*, 71 – 85.
- Zambrano, M. (2007). El gobierno de la diferencia: volatilidad identitaria, escenarios urbanos y conflictos sociales en el giro multicultural colombiano. En O. y Hoffman, *Los retos de la diferencia: los actores del multiculturalismo entre México y Colombia* (págs. 237 - 266). México: La Casa Chata, CIESAS, IRD, CEMCA, ICANH.
- Zambrano, M. (2011). Políticas del lugar: multiculturalismo, ciudadanía y etnicidad en Bogotá. En R. y Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Cultura, *Derechos culturales en la ciudad* (págs. 141 – 156). Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte, Dejusticia.
- Zapata Olivella, M. (1969). *He visto la noche*. Medellín: Bedout.
- Zapata Olivella, M. (1990). *¡Levántate Mulato!*. Bogotá: Rei, Letras Americanas.
- Zapata Olivella, M. (2010). *Manuel Zapata Olivella, por los senderos de sus ancestros. (Recopilación y prólogo de Alfonso Múnera)*. Bogotá: Ministerio de Cultura, Biblioteca de Literatura Afrocolombiana.
- Žižek, S. (1998). Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional en. En F. Jameson, & S. Žižek, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Barcelona: Paidós.

## **Sentencias Corte Constitucional**

### **SENTENCIAS REFERIDAS A RESTRICCIONES INTERNAS EN MATERIA INDÍGENA**

#### ***Diversidad étnica y cultural***

- T-428 de 1992
- T-380 de 1993
- T-728 de 2002
- C-742 de 2006

***Debido proceso***

- T-254 de 1994
- C-139 de 1996
- T-349 de 1996
- SU-510 de 1998
- T-1127 de 2001
- T-549 de 2007

***Fuero indígena***

- T-496 de 1996
- T-728 de 2000
- T-1238 de 2004
- T-945 de 2007
- T-617 de 2010
- T-001 de 2012
- T-002 de 2012

**SENTENCIAS REFERIDAS A CONSULTA PREVIA*****Énfasis ambiental***

- SU-037 de 1997
- T-652 de 1998
- T-634 de 1999
- SU-383 de 2003
- T-737 de 2005

- T-880 de 2006
- T-154 de 2009
- T-769 de 2009
- T-129 de 2011

### ***Énfasis Legislativo***

- C-169 de 2001
- C-030 de 2008
- C-461 de 2008
- C-175 de 2009
- C-366 de 2011
- C-317 de 2012
- C-253 de 2013

### **SENTENCIAS REFERIDAS A POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE EN MATERIA ORGANIZATIVA Y DE CONSULTA**

- T-422 de 1996
- T-955 de 2003
- C-366 de 2011
- T-823 de 2012

### **SENTENCIAS REFERIDAS AL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

- C-530 de 1993
- C-086 de 1994

- T-115 de 1995
- T- 445 de 1995
- C-053 de 1999
- T-650 de 2002
- T-725 de 2004
- C-029 de 2009

**SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO**

- 673 de 1997 (Sobre consulta previa)
- 530 de 2010 (Sobre representación organizativa afrodescendiente)

**SENTENCIAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

**CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

- Fallo en el en el Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia) de 19 de Noviembre de 2012.



Este libro fue maquetado en tipografías Adobe Garamond Pro y Myriad Pro, y se imprimió en los talleres de Alternativa Gráfica en el mes de mayo de 2014, en Bogotá D. C., Colombia.