

LOS DERECHOS INDÍGENAS EN LA ERA DEL RECONOCIMIENTO

PAULO ILICH BACCA BENAVIDES

Trabajo de grado presentado para optar al título de magister en derecho

DIRIGIDO POR
ROBERTO VIDAL LÓPEZ

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

Bogotá, D.C.

2010

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1. ALGUNOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS	10
1. Consideraciones Contextuales.....	11
2. Las Fuentes de la Justicia indígena	13
3. Consideraciones Metodológicas	20
4. La cultura de los derechos humanos.....	26
5. Alrededor de la Originalidad Constitucional y del Sujeto Constituyente	30
6. LA DESCOLONIZACIÓN EN CURSO.....	34
CAPÍTULO 2. LAS CONTRA NARRATIVAS CONSTITUCIONALES EN EL SEGUIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA	39
1. Introducción	40
2. Precisiones Metodológicas	45
3. Privando Humanidades	52
3.1. Consideraciones de la Corte Constitucional.....	53
4. Homo-hegemonía de usos y costumbres: a mayor entendimiento del delito menor autonomía de los cabildos	65
4.1. Consideraciones de la Corte Constitucional.....	67
5. Por la senda del respeto	72
5.1. Consideraciones de la Corte Constitucional.....	74
6. Trazas de doctrina etnocéntrica	86

6.1. Consideraciones de la Corte Constitucional	87
6.2. Aclaración especial de voto.....	97
6.3. Decisión de la Corte Constitucional.....	98

CAPÍTULO 3. LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 100

1. Introducción.....	101
2. Contexto Histórico.....	102
3. Discurso de la no Implementación: El Derecho Internacional de Estados	106
4. Discurso de la Implementación: El Derecho Internacional de Derechos.....	108
5. La Implementación en Curso	112
6. La Consulta Previa	117
7. Territorio, Tierras y Recursos Naturales.	119
8. El Delito de Desplazamiento Forzado	121
9. El Delito de Genocidio	129
10. A manera de propuesta: criterios para interpretar de forma complementaria la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT	132
1. Introducción.....	141
2. Consideraciones normativas.....	144
3. De la reparación diferencial a la reparación integral	152
3.1. El derecho a la reparación colectiva: un problema de historiografía de la memoria en el mundo andino ...	153
3.2. Usos y costumbres: la territorialidad como imperativo de la reparación colectiva.....	158
3.3. La reparación para el pueblo kamentza	166
3.4. A manera de recapitulación	169
4. El caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: propuesta para un programa de reparaciones colectivas en Colombia.....	174

4.1. El sujeto social y la percepción de la muerte: dos imperativos de los usos y costumbres de los pueblos indígenas	175
4.2. Derechos colectivos y etnoterritorialidad.	181
4.3. La vida como un derecho propio del entorno natural.....	186
4.4. Las autoridades tradicionales: eje colectivo del territorio y piedra angular en eventuales procesos de reparación	191
5. A manera de propuesta: criterios de reparación colectiva para las comunidades indígenas víctimas de la violencia.....	194
CONCLUSIÓN.....	196
BIBLIOGRAFÍA	200

AGRADECIMIENTOS

A decir de Edmond Jabés, “[d]onde no hay riesgo no puede haber escritura”. Los riesgos que dieron a luz las páginas de esta investigación se hicieron mas llevaderos, aunque no menos comprometedores, gracias al apoyo de incontables amigos. Tengo una deuda que jamás podré saldar con los pueblos indígenas de la gran cadena de los andes. La gentil acogida de los pueblos pasto, inga, kamentza, quichua, quechua y aymara ha sido el aliento que me ha permitido conjurar los espíritus del texto. No puedo dejar de agradecer la bondad de Taita Efrén Tarapués Cuiacal, de Luis Alpala y familia y de Diego Tupaz y familia en territorio pasto; de Taita Víctor Jacanamijoy y familia en territorio inga; de Taita Mariano Chicunque, de Loly Juajibioy, de Taita Floro Agreda y familia, de Omayra Juajibioy y familia, de Taita Guillermo Mavisoy, y su esposa, Mama Concha Chindoy en territorio Kamentza; de Dante Baquerizo y Rossana Ilares en territorio quechua; y de Germán Choquehuanca y John Kenny Ledesma en territorio aymara.

La ayuda de Milagros en Perú, y de Ananta y Stephan en Bolivia fue determinante.

Mi familia impulso este proyecto de principio a fin. Anita conoce el lugar de lo innombrable de la justicia indígena. Lusita habría trenzado lo que he intentado decir con mayor firmeza... por algo ha hilvanado sus pasos al calor de tulpas y guangas andinas. Negro ha sido un cómplice del camino, el misterio yace en su conciencia.

Luz María, quien se reprocha por no haber leído aún mi trabajo, lo conoce mejor que nadie. Ha sido mi interlocutora y la crítica más incisiva de la tesis.

A la par que desarrollaba esta investigación, me internaba en otros proyectos escriturarios. Me siento honrado de haber escrito al lado de Julieta Lemaitre, David Valencia y Oliver Velásquez. En este trabajo intento plasmar ideas y sueños de todos.

Infinita gratitud para los amigos del lado salvaje. Las conversaciones con Boris, Hugo, Sandra, Greis, Eliana, Vandree, Fernando, Iván, Andrés, Mario, Ximena, Gerardo y Ángela han resultado esclarecedoras. Mi memoria es traicionera, así que agradezco a todas las amigas y amigos del sur que me han acompañado en este trance.

Mención especial para Rodrigo Uprimny y Juan Jaramillo. Retornado a la capitalita, Rodrigo me abrió las puertas y realizó además profundos comentarios a los capítulos 2 y 4 de este trabajo. Juan ha sido un maestro y un gran amigo. Varios argumentos de la investigación se gestaron al calor de sus enseñanzas.

Conté con la mejor asesoría en la elaboración de este trabajo. Roberto Vidal comentó cada uno de los capítulos con singularísima rigurosidad.

Bruno Mazzoldi y Óscar Andrés López han sido grandes amigos. Bruno respondió mis interrogantes y cuestionó mis interpretaciones. Andrés ha sido un magnífico interlocutor.

Bartolomé Clavero comentó los borradores de los cuatro capítulos. Su obra ha sido imprescindible para avanzar en mis argumentos.

Diversas partes del argumento fueron debatidas con Beatriz Eugenia Sánchez, Mauricio García, Diego López y Daniel Bonilla. A ellos debo atinadas recomendaciones.

Juan Pablo Mosquera dedicó su tiempo a afinar los últimos detalles. A pesar de conocerlo poco, siento que es una magnífica persona.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta tesis es llevar a cabo un estudio de los derechos indígenas en el tiempo de las políticas multiculturales. El trabajo pretende revelar líneas de continuidad entre el proyecto colonial y el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural; y rescatar el papel del derecho internacional de los derechos humanos en la fase de descolonización de los derechos indígenas.

En las últimas décadas los derechos indígenas han aparecido en el centro del debate jurídico y político. Sin lugar a dudas, el derecho constitucional y el derecho de los derechos humanos, han sido dos de las disciplinas que más han privilegiado la discusión. La consagración constitucional de regímenes jurídicos especiales para los pueblos indígenas en toda la región; y la centralidad de los derechos indígenas en el sistema universal e interamericano de derechos humanos son ejemplos que reflejan esta nueva realidad.

Este trabajo aborda el reconocimiento de los derechos culturales desde los campos en mención. Sin embargo, su presentación analítica no se reduce al análisis jurídico. Acudiendo a herramientas conceptuales de las ciencias sociales, la tesis cuestiona presupuestos claves de la filosofía política del multiculturalismo. Ocupándose del caso colombiano, la primera parte de esta investigación evalúa críticamente los términos del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y de la jurisdicción especial indígena. El énfasis del debate se centra en las fuentes culturales del constitucionalismo y de la justicia indígena; y en la preponderancia que adquieren los derechos constitucionales respecto a los derechos indígenas.

Los fundamentos críticos de la tesis se complementan con una parte propositiva. Ubicando a los pueblos indígenas y a sus derechos en el marco del derecho internacional, el trabajo considera que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas representa la fase descolonizadora del derecho de los derechos humanos; y apela al derecho internacional e interamericano para plantear mecanismos idóneos de reparación colectiva para los pueblos indígenas víctimas de la violencia.

Esta tesis está dividida en cuatro capítulos. Los capítulos 1 y 2 están dedicados a la parte crítica; y los capítulos 3 y 4 a la parte propositiva. Su estructura temática es la siguiente:

El primer capítulo, da cuenta de los postulados teóricos que alimentan la investigación. Partiendo de circunstancias contextuales doy cuenta de mi aproximación a los pueblos indígenas, y expongo la importancia de identificar las fuentes en que se inscriben sus derechos. Seguidamente, presento algunas consideraciones metodológicas y refiero los referentes conceptuales utilizados en la investigación. Finalmente, delimito mi posición respecto a los derechos humanos y al derecho internacional, pensando en el porvenir de los derechos indígenas.

En el segundo capítulo, se analizan algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la jurisdicción especial indígena. Para hacerlo, trato al discurso jurídico como una especie del discurso de las ciencias humanas. Invirtiendo la metodología que estudia la vigencia del precedente constitucional, indago por la construcción de la subjetividad indígena que impulsan los jueces constitucionales cuando se pronuncian sobre asuntos que versan sobre la diversidad étnica y cultural. Sin desconocer la importancia práctica de rastrear la vigencia de los precedentes del multiculturalismo constitucional, y admitiendo la utilidad de las investigaciones que han trabajado el tema desde ese ángulo-¹, he querido hacer eco de otras posibilidades hermenéuticas. En ese sentido, es pertinente anotar que la propia doctrina constitucional ha destacado tanto la insuficiencia de estudios jurisprudenciales de mera descripción dogmática, como de aquellos que se dedican a narrar las formalizaciones jurisprudenciales:

En consecuencia, creemos que el estudio jurisprudencial debe no sólo describir las categorías dogmáticas, las subreglas y las líneas jurisprudenciales, sino que debe intentar descubrir la o las filosofía(s) constitucional(es) implícita(s) a esa práctica jurídica, cuando ello aparezca posible y fecundo (Uprimny y Fuentes: 2006, 21).

Igualmente, es preciso anotar que esta metodología de estructuración de líneas ata de alguna manera la visión del investigador a la formalización jurisprudencial que haya hecho la Corte, cuando es posible y necesario, a veces, generar contra-narrativas constitucionales (López: 2006, 184).

El tercer capítulo, contempla la necesidad de integrar los estándares internacionales de derechos humanos al ámbito interno. A lo largo y a lo ancho del apartado se ofrecen razones para impulsar la vigencia de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y su interpretación complementaria con el Convenio 169 de 1989 de la OIT. Con el objetivo de comprender el marco jurídico y político en que aparece la Declaración, pasamos revista a los

¹ Así por ejemplo, Sánchez (2004) y Borrero (2003).

cambios más significativos de los derechos indígenas en el contexto del derecho internacional contemporáneo. En seguida, revisamos los discursos que consideran que la Declaración carece de fuerza vinculante y aquellos que abogan por su plena eficacia. Finalmente, presentamos 15 recomendaciones de tipo práctico, en temas de especial sensibilidad para los derechos indígenas, a la luz de los nuevos postulados del derecho internacional de los derechos humanos.

En el cuarto capítulo, planteamos el debate sobre la reparación integral a los pueblos indígenas víctimas de la violencia. El capítulo busca identificar los criterios que deberían observarse para responder a las particularidades de los pueblos indígenas, por cuanto, a pesar del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural, la ley de justicia y paz no incorporó medidas diferenciadas para reparar integralmente a dichos pueblos. El capítulo destaca la importancia de reconocer la especial relación de estas comunidades con el territorio, por lo cual es necesario restituir el territorio a los indígenas en casos de despojo o reubicar concertadamente a los pueblos si es imposible restituir. Las reparaciones ordenadas deberán partir en todo caso del derecho mayor de los pueblos indígenas, es decir, de los usos y costumbres practicados por éstos. A partir de un trabajo etnográfico desde el que se sostiene que existe una relación entre tiempo, lengua y justicia en las distintas culturas humanas, se argumenta que las medidas tendientes a amparar los derechos de los pueblos indígenas, deberán contemplar lo que éstos entienden por derechos humanos y por verdad, justicia y reparación.

CAPÍTULO 1. ALGUNOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS

Mauss dice constantemente que es preciso volver a... ¿Volver a qué? Este “volver” no es una regresión sino una revolución. Dicha revolución análoga a la revolución natural de la tierra alrededor del sol absoluto en su medio día (y por eso empezamos por hacer girar la cuestión del don entorno a un Rey-Sol), haría volver a la naturaleza del hombre, a esa moral eterna (“Esta moral es eterna” dirá más adelante), a esa “roca” de la que se encuentran más cercanas las sociedades así llamadas “las menos elevadas que podamos imaginar” –aquellas que constituyen el objeto del Ensayo sobre el don, su objeto particular pero a todas luces ejemplar a los ojos de Mauss. Estas dan el ejemplo de una estructura natural y, por consiguiente, universal del socius que se entabla con el don.

(Jacques Derrida: 1995).

1. CONSIDERACIONES CONTEXTUALES

Finalizando el año 2001, luego de haber clausurado el ciclo básico de la carrera de derecho, mi búsqueda académica irrumpió en una fuerte crisis: se cerraba un período en el que la teoría del derecho y de la constitución habían delimitado mi horizonte intelectual en el ámbito jurídico; y se abría otro de tensión, derivado de la estrechez argumentativa que empezaba a encontrar en las disquisiciones de reconocidos juristas que emprendían la labor de formarme en materias relacionadas con la dogmática jurídica. Para ese entonces, las dudas que se derivaban de mi acercamiento al derecho constitucional –cuyas fuentes más prominentes fueron legadas por la filosofía política de las revoluciones burguesas-, se incrementaban al calor de discursos de otras ramas del derecho, que pese a provenir de fuentes similares, rara vez encontraban disertantes que las asociaran con la teoría política que las vio nacer. Las incertidumbres derivadas del periplo que se cerraba y del otro que se abría, estaban relacionadas con el culto a la razón derivado del primer enfoque, y con la excesiva importancia que se le atribuía al tenor literal de la ley en el caso de la segunda orientación.

Desde el punto de vista constitucional encontraba razones de sobra para criticar la penuria interpretativa de las corrientes que enseñaban el derecho con un apego irrestricto a los códigos legales. Sin embargo, asomaban también un sinnúmero de dudas respecto a las tendencias constitucionales, fundadas en mis reparos al enfoque universalista y racional de la filosofía liberal. El tránsito entre estas dos etapas, permitió de manera curiosa, que se diera la posibilidad de pensar el constitucionalismo desde la teoría crítica. Primero para reprobalo sin compasión. En una segunda fase que sigue depurándose hasta el presente, aspirando a encontrar puentes desde los que las dos tendencias puedan fortalecerse.

El año 2002 vendría acompañado de acontecimientos reveladores. Una gran cantidad de debates suscitados a raíz de la primera década de la expedición de la Constitución de 1991, presentaron como epicentro de discusión el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en el país. Para ese entonces, fruto de mis primeros acercamientos al pueblo kamentza del Alto Putumayo, recordaba algunas lecturas que había realizado hacía finales de la década de los noventa, entre las que sobresalían, las propuestas del antropólogo Carlos Castaneda y la de los filósofos Edgar Garavito y Consuelo Pabón. Me interesaba acceder a los términos del debate y vislumbraba la posibilidad de acercarme al derecho desde una orilla más próxima a mis intereses vitales: se

presentaba el chance de recapacitar sobre la justicia y los derechos indígenas desde los horizontes que me unían a las comunidades.

Desde el primer momento tuve discrepancias con textos que se habían posicionado en la literatura especializada. Me beneficié de dos puertas de entrada disímiles que fortalecieron mi lectura crítica del multiculturalismo constitucional: en primer lugar, de la traducción recién editada de *chamanismo, colonialismo y el hombre salvaje* de Michael Taussig. En las fronteras de su narración encontré ideas sugestivas y un palpito de fuerza que me impulsaba a pensar los dilemas de la jurisdicción indígena desde otros horizontes epistemológicos. Pero sin lugar a dudas fue el segundo acceso el que marcó el rumbo de una investigación que comenzaba, y que según parece, no va a terminar: mi encuentro con Diego Fernando Tupaz Pastas -comunero y líder del pueblo de los pastos-, tendió el puente entre la justicia indígena y el derecho occidental. Como estudiante de derecho y militante del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO, Diego Tupaz vivía la realidad del diálogo intercultural, por tanto, tenía la capacidad de aterrizar ampulosas discusiones morales en casos prácticos. Desde aquel tiempo he tenido la posibilidad de analizar el fenómeno del multiculturalismo desde las dos orillas.

Entre 2003 y 2004 sostuve conversaciones constantes con Taita Florentino Agreda Chindoy, sabedor y médico tradicional del pueblo kamentza. A su lado me empecé a internar en las coordenadas del tiempo y el espacio de su comunidad, reconocí las leyes de la justicia indígena en las leyes de la naturaleza y vislumbre la importancia del alimento sagrado ayahuasca como una de las principales fuentes de la justicia profesada por los pueblos indígenas del alto y bajo Putumayo. Llegarían luego las maduras enseñanzas de Taita Víctor Jacanamijoy Jajoy, médico tradicional y ex-gobernador del pueblo Inga del Valle del Sibundoy, en su escuela, el Tambo Sinchi Uairra, he encontrado la maravillosa posibilidad de dialogar frente a frente con un dirigente consumado. Sus palabras reflejan la experiencia del médico y la autoridad. De su voz he intentado reconducir un buen número de mis planteamientos.

Finalizando el 2004 me encontré con Taita Efrén Tarapués Cuaical, quien para ese entonces, se desempeñaba como senador de la república por el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO. La lucidez y contundencia de sus argumentos lo han ubicado como un líder de reconocimiento internacional, las derivas de su palabra quedaron impregnadas en mi ser desde el primer encuentro. Debo confesar que me siento privilegiado por la deferencia y la hospitalidad de

don Efrén, tanto en Bogotá, como en su natal Cumbal. En su resguardo he podido charlar con varios ex-gobernadores y recuperadores de tierra, entablando una relación de especial amistad con Luis Alpala, ex-regidor y concejal de AICO. Al lado de Lucho capté la importancia del mundo mítico para la justicia indígena del pueblo Pasto. Los testimonios de estos sabedores seguramente nutrirán los trabajos por venir.

Se habían consolidado amistades duraderas, que además de apoyar mi trabajo, lo nutrían con críticas constructivas y comentarios sugerentes. Me sentía vigorosamente unido con el pensamiento indígena, y encontraba que sus fuentes podían enriquecer y fortalecer a la tradición del derecho occidental. La especialización en derecho constitucional de la Universidad Nacional, se convertía en un contexto apropiado para sustentar mis ideas, se concretaba además, la oportunidad de presentar una primera aproximación monográfica². La reflexión de esa primera etapa, buscó herramientas traductivas para explicar las fuentes de la justicia indígena.

A mediados del 2005 un impulso irrefrenable por visitar el mundo quechua-aymara se apoderó de mí. El ejemplo de los movimientos sociales en Bolivia me cautivaba y tenía la firme intención de llegar al Titicaca. La travesía por tierras peruanas y bolivianas marcó con singular fuerza el proceso investigativo del presente. Se trató de una experiencia de vida decisiva para reencaminar algunas hipótesis de trabajo.

Desde aquellos días hasta hoy he avanzado en dos vertientes: he procurado mantener contacto con líderes indígenas de diversas corrientes de pensamiento; y he adelantando lecturas que me permitan conectar los derechos humanos con la justicia indígena. He llegado a la conclusión, que en ese flanco, se juega el éxito o el fracaso –o los éxitos o fracasos fragmentados- de las investigaciones de los estudios culturales aplicados al ámbito jurídico. De forma tal, considero pertinente realizar una digresión sobre dicho aspecto. Claro está, que serán los lectores, los encargados de conceptuar los réditos logrados y los puntos a corregir.

2. LAS FUENTES DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Quiero partir de la asunción, según la cual, los sistemas de fuentes que consolidan las geografías de pensamiento de las diversas culturas humanas, juegan un papel decisivo en el desarrollo

² Al respecto puede verse, Bacca (2005).

práctico de los discursos sociales que las consolidan. De tal forma, en la medida que un investigador interesado en los procesos culturales se encuentre en capacidad de distinguir los principios de organización social de un pueblo, su estudio ha avanzado en la posibilidad de plantear diálogos interculturales reales. Connota la efectividad del diálogo en la aceptación pragmática de la voz del *otro*, es decir, en el asentimiento de sus fuentes de pensamiento y organización social. Habrá fuentes que por constituirse en pilares del pensamiento de un colectivo humano difícilmente se podrán transar. El planteamiento de dicha alternativa no es imposible, pero depende de una evaluación cuidadosa, que conlleve a la conclusión de que la fuente foránea llegará a fortalecer a la fuente autóctona. Existen otro tipo de fuentes que resultan más dúctiles, y que por tanto, permiten negociaciones en un marco más amplio. En todo caso, la idea seguiría siendo que exista una retroalimentación cultural creativa.

Esta investigación intenta desplegar un diálogo entre las fuentes del derecho de los derechos humanos y las de la justicia indígena. Producto del actual momento histórico de los pueblos indígenas, la interrelación es una trama en la que coexisten fuentes de las dos tradiciones³. En algunos apartes intentaremos traducir desde las fuentes de la cultura occidental algunas fuentes de pensamiento del mundo indígena. Se trata de un intento de traslación que busca poner en evidencia dos situaciones contextuales determinantes: la peculiaridad de dos historias de vida que conciben y practican el derecho desde horizontes *diferentes*, y los aportes que la justicia indígena le puede legar al derecho de los derechos humanos y viceversa.

Hablar de fuentes de la justicia indígena supone la necesidad de partir de los referentes conceptuales en que cada comunidad desarrolla sus proyectos de vida, por tanto, de una disposición especial a enfrentarse a *otras* realidades sociales, culturales y epistemológicas. Las conjunciones entre el derecho occidental y la justicia indígena han sido variadas desde tiempos coloniales. La contrariedad de esta relación –que entre otras cosas resulta clave para los propósitos de esta investigación–, es que los “conceptos” de la tradición indígena se han puesto a merced del derecho occidental en aspectos decisivos. Tal como lo iremos mostrando, existen evidencias de una “adjetivación” de la justicia indígena que ha corrido a cuenta del derecho

³ El capítulo 4 de este trabajo es un ejemplo de lo que vengo enunciando. Ahí, intentaremos integrar la defensa jurídica de los derechos humanos con la defensa política de la diversidad cultural (Véase *infra* pp. 137-196).

“sustantivo” promulgado por el Estado-Nación⁴. Ahora bien, esta investigación intentará romper con las lógicas esencialistas encubiertas en la relación entre derecho estatal y justicia indígena, aspirando a explicar la correspondencia que puede sobrevenir entre estos dos escenarios.

Existen multiplicidad de modelos que nos permiten hablar de ese tipo de procesos. Hoy existen casos en los que fuentes propias del derecho occidental devienen en fuentes de la justicia indígena. Así por ejemplo, buena parte de la recuperación de los territorios ancestrales de los pueblos del sur del país se han gestado a partir de títulos coloniales. Por tanto, la fuente material más importante de la justicia indígena –la tierra-, ha sido recuperada a través de una militancia étnica que ha incluido dentro de sus estrategias de lucha a fuentes del derecho civil. Como nos enseña Joanne Rappaport (2005),

[a]unque es usual que los antropólogos que estudian la conciencia histórica y la militancia étnica restrinjan sus indagaciones sobre la memoria popular a su manifestación oral, la realidad del colonialismo requiere una investigación detenida sobre cómo la superposición de sistemas discursivos está ligada al proceso de cambio y lo genera. Los canales de comunicación oral y escrita al igual que otras formas no verbales como el desciframiento de la cultura material no son estructuras distintas sino que se influyen recíprocamente. Se expresan en múltiples géneros superpuestos, cada uno caracterizado por su propio criterio de selección de los referentes históricos. En Cumbal, donde los procesos de reclamos de tierras requieren un conocimiento de la legislación y las reglas para presentar la evidencia, la legalidad es un factor determinante en la mezcla de los distintos géneros de comunicación oral, escrita y no verbal (41-42).

Razones como ésta y como otras que se derivan del reconocimiento constitucional de 1991⁵, hacen que el tema de la legalidad adquiera un lugar central en las discusiones alrededor del multiculturalismo. Sin embargo la apuesta no puede quedar ahí. Al mismo tiempo, es necesario evidenciar la filosofía política que nutre los enfoques que supeditan las fuentes de la justicia indígena a las fuentes del reconocimiento constitucional. Las fuentes de pensamiento de los diversos grupos humanos y de la ética que predicán, puede analizarse a partir de la relación texto-contexto: cada conglomerado cultural teje una cartografía de pensamiento que “define” la

⁴ Monateri destaca el papel de las ciencias sociales como “artefactos” que “construyen” la historia del mundo. La construcción histórica de occidente hace parte, según su opinión, de un proyecto geopolítico interesado en ubicar a otras tradiciones históricas en segundo plano: “Por lo tanto, desde mi punto de vista, el interés en elogiar el genio jurídico original de los occidentales y de los romanos, como algo que se opone a tomar prestado de otras civilizaciones, es imputable a un proyecto más amplio que sostiene retroactivamente la superioridad “cultural” de la sociedad industrial moderna” (Monateri: 2006, 144).

⁵ La incorporación del derecho internacional, como eje de referencia en las discusiones sobre derechos humanos, jugará un papel determinante en la construcción de los argumentos gruesos de este trabajo.

producción de “textos” o de fuentes particulares, dicha producción, tiene como referente genealógico la trama contextual que circunda su universo de sentido. De tal forma, podemos establecer una relación profunda entre el derecho y la cultura. Podríamos decir, que a cada contexto cultural le siguen una serie de textos que definen su filosofía, su geografía, su antropología, y por supuesto, su justicia.

El contexto cultural que vio nacer a la tradición jurídica occidental, por ejemplo, le dio un predominio notable a la palabra escrita⁶. Tal fue y sigue siendo la hegemonía de este tipo de fuentes, que es todavía lugar común tachar de “iletrados”, “prealfabéticos”, o “ignorantes” a los contextos culturales que difieren de los textos y fuentes del mundo heleno cristiano. Como precisamos hace un momento, algunas fuentes jurídicas del derecho occidental se han convertido en fuentes primarias de la justicia indígena. Ello no quiere decir, sin embargo, que su llegada al mundo de los pueblos indígenas sea una traslación lineal. Se trata más bien de reapropiaciones culturales que valiéndose de fuentes foráneas logran articular la defensa de sus derechos a través de fuentes que llegaron de afuera. En este contexto enunciativo, los “materiales” académicos dedicados a trabajar el tema de la interculturalidad –y en nuestro caso de la justicia indígena- son un asunto sui generis. Por obvias razones, no son fuente stricto sensu de las tradiciones de los pueblos indígenas, sin embargo, pueden considerarse una importante fuente auxiliar: “La palabra escrita (en castellano o quechua) no es la fuente principal para la reflexión filosófica andina, sino más bien un medio auxiliar” (Estermann: 1998, 66).

Fruto de las particularidades de las fuentes y de los textos que nacen de la justicia indígena, se extienden también formas particulares de acercarse y asimilar las consecuencias que éstas producen en la vida cotidiana de las comunidades. Recuerdo con claridad la primera enseñanza

⁶ “La palabra escrita ha sido tan poderosa en nuestra sociedad que ha condicionado nuestro vocabulario en general. El castellano del siglo veinte está lleno de expresiones que se refieren tanto al escrito como su análogo mecánico moderno, el impreso. Cuando un evento es inevitable decimos que “está escrito”. Cuando estamos convencidos de que alguien va a perder un pleito o una carrera, “le ponemos la firma”. Cuando algo es obvio, decimos que está “en negro y blanco”, los colores de la página impresa. Cuando queremos que alguien aprecie el significado más profundo de un evento, le pedimos que “lea entre líneas”. En las revistas académicas muchos estudiosos interpretan el mundo y sus fenómenos sociales e intelectuales como tantos otros “textos”. Las expresiones derivadas del escribir y el imprimir han llegado a ser especialmente populares en los medios textualmente asfixiados del derecho. Los estudiantes de derecho dicen frecuentemente que el derecho en la realidad es la “letra menuda”. Un policía que hace a un sospechoso todo tipo de acusaciones, se dice que le ha “botado el libro”. Un juez cuidadoso se supone que ciña a “la letra de la ley”” (Hibbits: 2007, 8).

de Taita Efrén Tarapués Cuaical: “para entender las fuentes de la justicia indígena hay que trabajar desde la base de los pueblos”. En un castellano recubierto por el kichua, don Efrén Tarapués revelaba una condición ética de hondo alcance para cualquier trabajo con pretensiones etnográficas: “hay que bajar a la base –me repetía-, sólo cumplido ese tránsito podrá subir a escribir sobre lo que aprendió”. En ese contexto enunciativo, siempre recordé los debates que José María Arguedas le planteó a la intelectualidad latinoamericana de finales de los años sesentas. Cuando Arguedas piensa en la comunidad que lo vio crecer y en el sabio indígena que lo instruyó, habla de la necesidad de pisar la base:

Y no es que lo diga como que fuera un sectario indigenista. Lo vieron y sintieron, igual que yo, gente que vi llegar de París, de los Estados Unidos, de Italia y gente criada en Lima, de algunos de esos que han crecido en “sociedades” bien cuajadas o descuajándose... Estoy seguro que a don Alejo [Carpentier], también le llegarían mucho esas fiestas, aunque él quizá permanecería serio, poco comunicativo, amasando por dentro quizás cuantas sutilezas, encadenamientos de la fiesta con los griegos, asirios, javaneses, y cien nombres más, raros y ciertos. En cambio ese Carlos Fuentes no entendería bien, creo. Perdónenme los amigos de Fuentes, entre ellos Mario (Vargas Llosa) y este Cortázar que agujonea con su “genialidad”, con sus solemnes convicciones de que mejor se entiende la esencia de lo nacional desde las altas esferas de lo supranacional. Como si yo, criado entre la gente de don Felipe Maywa, metido en el oqlo [pecho] mismo de los indios durante algunos años de la infancia para luego volver a la esfera “supra-india” de donde había “descendido” entre los quechuas, dijera que mejor, mucho más esencialmente interpreto el espíritu, el apetito de don Felipe, que el propio don Felipe. ¡Falta de respeto y legítima consideración! No se justifica (Arguedas: 1983a, 22).

Inscribamos en consecuencia los linderos que delimitan las coordenadas discursivas de la presente investigación: no puedo hablar en estricto sentido de un trabajo desde la base de los pueblos indígenas. Sin embargo, he adquirido compromisos y responsabilidades con las comunidades que me han acogido en sus territorios, y con los líderes que me han brindado su hospitalidad hasta volverse amigos y cómplices de esta experiencia de vida⁷. Desde mi retorno de Bolivia esta práctica se ha traducido en un cuestionamiento al pensamiento logocéntrico y eurocentrista que inunda a la tradición jurídica occidental.

⁷ “Desde fuera, las prácticas sociales parecen secuencias de acontecimientos que pueden ser explicados sin referencia a los significados que tienen para los individuos participantes. Podemos por ejemplo explicar las prácticas políticas en términos geográficos o de leyes económicas de oferta y demanda, sin ninguna referencia a las creencias de los participantes... La investigación cultural es en sí misma una práctica social que cultiva la práctica de situarse simultáneamente en el interior y en el exterior, de articular creencias para someterlas a un examen crítico” (Kahn: 2001, 52-53).

Cabe aclarar que todo aquello que podría exponer sobre la justicia indígena bajando a la base se vería reconducido por la especificidad de mi lenguaje, por la pertinencia de mi traducción, que como traslación, supone ya una traición y una cierta ingratitud con la lengua del *otro*. A lo sumo, me veo compelido a interpretar y a traducir, a servir de puente entre racionalidades diferentes que se expresan a través de sus propias lenguas. En este mismo instante quien estuviera leyéndome se ve en la necesidad de traducir aquello que intento significar⁸. De igual manera, esta investigación acude a circuitos de traducción que acercándose a las fuentes del pensamiento indígena intentan dar razón de los principios en que se expresa su justicia. Como puede verse, se trata de un diálogo entre fuentes diferentes: “si bien es cierto que “traducimos” a cada instante cuando hablamos o recibimos indicaciones en nuestra propia lengua, es obvio que la traducción en un sentido más amplio y común surge cuando dos idiomas se encuentran” (Steiner: 1995, 14).

La aproximación de las fuentes de expresión de la justicia indígena con las fuentes del pensamiento jurídico occidental ha supuesto un sumario complejo de “acoplamiento” neurolingüístico entre procesos históricos diferentes. A medida que iba comprendiendo la “lógica” de las fuentes materiales de la justicia indígena, advertía la insuficiencia de las comparaciones que supeditaban la lengua de ésta a la lengua del derecho constitucional. La genealogía sociolingüística de cada una de estas fuentes, origina economías políticas particulares de expresión de lo ético y lo justo. La lengua utilizada por buena parte de los teóricos y estudiosos de las teorías multiculturales y de la ciudadanía, lo mismo que otra buena porción de aquellos que han escrito sobre jurisdicción especial indígena, no permite un diálogo horizontal y fluido con las diferentes comunidades, pues éstas, piensan y sienten a su justicia desde su lengua. Difícilmente se podrán traducir conceptos como el de Constitución, jurisdicción especial indígena, o jurisdicción ordinaria a idiomas como el inga, el kamentza, el quechua o el aymara: “Kheswaymaras recién alfabetizados suelen decir riendo: “yo puedo hacerle hablar al libro, pero no sé lo que dice” (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 256).

El compromiso traductivo del que vengo hablando crea un giro interpretativo particular. Mi acercamiento a la justicia indígena no es sólo fruto de mi contacto con los territorios y líderes de algunas comunidades, de otro lado, la aproximación se ha gestado a partir de fuentes

⁸ “Tú, que me lees, ¿estás seguro de entender mi lenguaje?” (Borges: 2007, 565).

académicas⁹. Admitiendo la existencia de fuentes particulares de la justicia indígena cabe la consideración de una inversión “epistémica”, pues como lo venimos anotando, no existe una fuente escrita en estricto sentido dentro del pensamiento indígena, o lo que resulta más plausible, sus lugares de enunciación son *diferentes* y sus caracteres se inscriben en textos y contextos determinados¹⁰. El pensamiento indígena tiene sus propias fuentes, y pienso que no es despreciable la labor de darlas a conocer en su real dimensión: como textos vivos, como pensamiento que produce consecuencias prácticas, como actualización de una justicia forjada en el devenir de los tiempos¹¹.

Las dicotomías eurocentristas que separaron al antiguo mundo del nuevo mundo llamaron a la separación entre civilización y barbarie; arte y artesanía; idiomas y dialectos; “teoría” y praxis. Por el contrario, invitamos a percibir las fuentes del pensamiento indígena con la intensidad que provocan los maravillosos textos que nos ha entregado la literatura o la música de la tradición occidental. El texto más allá del instrumento cartáceo equiparado al libro que se encuentra en el estante de una biblioteca, el texto como una arquitectura en que incluso el tiempo se puede inmovilizar: “el conocimiento hacedor de Tiwanacu, Sacsaywamán, Wiñay Wayna y otras poesías talladas en piedra, pulseó las palpaciones del universo y las bacterias. Sin embargo no

⁹ “La estructura de la *universitas* tiene un lazo esencial con el sistema de la ontología y de la onto-enciclopedia logocéntrica; y desde hace varios años la indisociabilidad entre el concepto moderno de universidad y una cierta metafísica [supuso trabajos desconstruccionistas de la filosofía política de la universidad]... Si insisto en este tema es porque, dada la circunstancia y la imposibilidad en que estoy de resumir o presentar conclusiones téticas, creo que debo interesarme prioritariamente en lo que pasa aquí ahora, de lo que quisiera responder lo más claramente y lo más honestamente posible desde mi lugar, muy limitado, y a mi manera” (Derrida: 1997a, 17).

¹⁰ Confronto en este instante a la tradición antropológica que ha establecido una relación entre cultura y escritura. Una suerte de cultura textual y de cultura oral, planteando la división entre sociedades con escritura (con historia) y sociedades sin escritura (sin historia): “Para la filosofía, concebida como “historia de la filosofía” (interpretación de la interpretación), la “textualidad” de una cultura es una *conditio sine qua non*. Pero para la filosofía como interpretación de la experiencia vivida, la cuestión de la “grafidad” o “agrafidad” de una cultura es secundaria” (Estermann: 1998, 65).

¹¹ Cabe anotar que las fuentes de expresión de la justicia indígena desbordan la clásica separación entre lo oral y lo escrito: “Tal reconceptualización de cómo los miembros de un grupo particular de sociedades se comunican requiere una reafirmación de las formas de expresión jurídica. Como todos los otros tipos de significado en las culturas escénicas, el derecho y la comprensión jurídica, los contenidos jurídicos son manifestados no solo oralmente, sino también en gestos, tacto, olor y sabor. Son no sólo oídos sino también vistos, sentidos, olidos y gustados. La naturaleza de algunos de los medios usados en conducir los mensajes legales en culturas basadas en la actuación escénica parecen raras y aún grotescas para nosotros, pero a diferencia de nosotros mismos, los miembros de dichas culturas toman seriamente todos los medios, y por ello no dudan de usar todos los medios disponibles para formar o comunicar su información legal seria. Frecuentemente usadas en combinación, estas formas sirven a las mismas funciones, y por ello merecen el mismo respeto que los documentos extensos que con frecuencia los reemplazan en nuestras sociedades” (Hibbits: 2007, 16).

creó armas defensivas ni ofensivas” (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 233).

Hay dos enmiendas finales que no quiero dejar de mencionar: no pretendo realizar una presentación de la justicia indígena ubicándola en un nivel superior a la tradición del derecho occidental; pero sí intento reconocer los aspectos que hacen que sus fuentes sean singulares. Cada una de ellas tiene su propia historia, así, una y otra configuran su tiempo, y en consecuencia, sus códigos y leyes. Esto no implica que nos esté dado establecer una separación tajante entre una y otra, tanto sobreponer la una a la otra como plantear su separación absoluta podría resultar comprometedor. Se trataría de cultivar los espacios de enriquecimiento común.

Así por ejemplo, es importante aprovechar de la mejor manera las curules que la Constitución de 1991 otorgó a los pueblos indígenas en el Congreso de la República, sin embargo, es también importante realizar una evaluación crítica de la utilización de dicho espacio y su repercusión al interior de los diferentes pueblos. El esfuerzo consistiría en pensar a la justicia indígena dentro del marco *sui generis* que vive en la actualidad. Nos vemos en la necesidad de establecer un *polílogo* entre las diferentes formas de practicar la ética: “es sobre todo una filosofía de la interculturalidad, es decir: una reflexión sobre las condiciones y los límites de un diálogo (o polílogo) entre las culturas” (Estermann: Ibid, 9).

Por último, debo mencionar que mi reflexión concibe los riesgos de traducir algunos principios del proceder indígena desde fuentes ajenas a su razón de ser como una oportunidad para deslindar mi propuesta investigativa de lo intraducible. Toda traducción supone de entrada una diseminación particular del texto, una elección de sentido, y en últimas, un trance escritural que supone compromisos y responsabilidades con el *otro*. Mis citas corresponden a textos y a contextos determinados, los riesgos de las traducciones culturales no son menores a las tesis que sostienen la ininteligibilidad del diálogo intercultural, asumo por tanto, las cargas y los riesgos que se derivan de mi aproximación.

3. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

La razón para que el punto de partida de mi disertación haya sido la ubicación contextual y el manejo de las fuentes investigativas tiene que ver con la importancia de estos aspectos en la configuración metodológica de la misma. A medida que reflexionaba en las formas de inscripción

de las fuentes de la justicia indígena iba advirtiendo la importancia de la interdisciplinariedad en mi estudio. Las memorias que se recogen en este ejemplar intentan valerse de los recursos de los estudios culturales, los estudios poscoloniales, la historiografía, la antropología, la etnografía, el derecho constitucional, el derecho de los derechos humanos, el derecho comparado, la filosofía andina, las teorías de la traducción y la deconstrucción. El cruce escritural de los discursos que retomo es cíclico, de forma tal, el lector no encontrará subdivisiones específicas dedicadas de manera individual a cada una de las aproximaciones. Por el contrario, podrá localizar trazas de las perspectivas enunciadas que enriquecen de manera transversal al texto en su conjunto.

La línea de la poscolonialidad en el marco de los estudios culturales, me ha permitido controvertir la fundamentación ideológica de buen número de conceptos antropológicos e históricos, que partiendo de asunciones universalistas, niegan consciente o inconscientemente la realidad diversa de las culturas humanas¹². Utilizo la historiografía y la antropología desde una perspectiva crítica, que me permite valermé tanto de las asunciones que enriquecen y amplían el horizonte del derecho, como de aquellas otras, que fundamentan el discurso de larga duración de las ciencias humanas. En este segundo caso, mi objetivo es cuestionar la naturalización conceptual patrocinada de antaño por las aproximaciones históricas y antropológicas.

Me interesa insistir en la existencia de realidades históricas y antropológicas heterogéneas, en este punto, jugará un papel decisivo la etnografía. Las voces de las comunidades indígenas tienen legitimidad para narrar su historia y para enseñarnos su antropología. Sigo a Rappaport (2005) en su idea de una historia etnográfica, consciente del papel que cumplen los sabedores indígenas como regentes de la memoria colectiva. Rappaport denomina historiadores a los protagonistas de su etnografía en la comunidad nariñense de Cumbal. La designación cuestiona los imaginarios dominantes de la construcción del sujeto historiador, por tanto, nos permite indagar por los dispositivos discursivos y epistemológicos que fundaron los contornos conceptuales de la antropología y la historia en el mundo occidental (Ibid, 23).

La lectura del derecho constitucional, el derecho de los derechos humanos, y el derecho comparado ha sido una de las puertas de entrada más recurrente para la antropología jurídica

¹² La adopción de este tipo de criterios no es totalmente concesiva. Considero que el lugar de enunciación de las teorías en mención es clave para evaluarlas más allá de la moda intelectual con que se suscriben algunos de sus supuestos en la actualidad. Esta discusión podría darse en el marco de lo que hoy entendemos por ciencias humanas, sin embargo, la hondura de sus presupuestos daría para un ensayo dedicado de manera exclusiva a ese tema.

contemporánea. Haciendo eco de esa realidad, utilizo sus categorías en doble vía: como clave de entrada al constitucionalismo multicultural y sus discusiones más destacadas; y como un punto para debatir la actualización de muchos principios fundadores del constitucionalismo de innegables raíces censitarias. En los dos casos, dirijo el enfoque en perspectiva del derecho comparado internacional, pues considero que será en ese escenario, donde se ventilarán cuestiones ineluctables para los derechos humanos indígenas.

La filosofía andina, las teorías de la traducción, y la desconstrucción son aproximaciones transversales a esta tesis. A partir de ellas se demarcan los acentos metodológicos de la investigación. Hablo de filosofía andina para referirme al saber esculpido por las comunidades agrarias de la gran cadena de los andes¹³. La existencia de fuentes diversas para pensar y hacer filosofía impone la necesidad de descentrar el pensamiento del monolingüismo conceptual de la filosofía occidental y aceptar otras experiencias del tiempo, el espacio, la escritura, y la justicia.

Cuando hablo de “filosofía andina” no pienso en un pensamiento “puro”, no contaminado por ideas no occidentales u otras; no se trata de una “filosofía” precolonial incaica, tiawanacota, pucara o wari. No dudo del valor de reconstruir una filosofía precolonial, sea con fines históricos o sea para recuperar un patrimonio intelectual y cultural perdido o ignorado. Me parece que es legítimo y hasta necesario hacer este trabajo histórico. Pero creo que lo que se suele llamar “filosofía andina” representa un pensamiento actualmente vivo y en plena evolución, una sabiduría sincrética y compleja en proceso, que contiene tanto elementos de los pueblos y culturas originarios prehispánicos (que de por sí ya eran interculturales), como también de elementos foráneos que fueron incorporados dentro de la matriz orientadora del paradigma cultural andino (Estermann: 2008, 20).

Retomo el enfoque deconstructivo como un caso particular de las teorías de la traducción. Los entendidos afirman que la única definición alguna vez aventurada para aquello que se llama “desconstrucción” fue: más de una lengua. La coexistencia de una pluralidad de lenguas filosóficas es el punto de partida desde el que este escrito quiere sostener la existencia de una pluralidad de éticas. Son tan variados los equívocos alrededor de aquello que supone desconstruir en la literatura jurídica, y es tan importante la desconstrucción para comprender cabalmente la interdisciplinarietà que predica este trabajo, que vale la pena sugerir algunas claves de lectura

¹³ Sé que también podríamos hablar de filosofía amazónica o mesoamericana. Aludo de manera especial a la primera porque mi trabajo de campo se ha nutrido del aprendizaje junto a pueblos que habitan las mencionadas comarcas.

respecto a algunos acercamientos realizados por la sociología y la filosofía del derecho respecto a la deconstrucción.

Autores de reconocida trayectoria ven en los ejercicios deconstrutivos críticas radicales que atacan pero que carecen de sentido propositivo. Según estos ensayistas la deconstrucción es una rama de las teorías posmodernas con un interés particularmente crítico. García, Jaramillo y Restrepo (2006) parafraseando a Minda afirman que este tipo de enfoques “[b]uscan debilitar y, si es posible, desmontar los andamiajes argumentativos que la teoría del derecho construye. En el mejor de los casos, están dispuestos a reconocer su intención de denunciar la vinculación de la teoría jurídica con el poder y, a partir de allí, a poner en evidencia las injusticias y los atropellos que se cometen en nombre de la razón. A este subgrupo se le puede denominar deconstruccionista, o irónico, como lo denominan algunos” (Ibid, 17). Aunque seguidamente los autores anotan que el pesimismo, la ironía o el cinismo es una tendencia que no todos los “derridianos” comparten, las definiciones que asocian la deconstrucción a la crítica radical son demasiado comunes¹⁴.

Se podrían encontrar múltiples ejemplos de teorías posmodernas con esas características, sin embargo, llamarlas deconstruccionistas es un error. El exceso de crítica y la falta de compromiso propositivo que atribuyen algunos investigadores jurídicos a la deconstrucción busca separar los discursos filosóficos con cualidades prácticas de aquellos que desmidiéndose en la crítica se vuelven abstractos y retóricos. En mi opinión, los investigadores que emiten este tipo de juicios, o no han leído a Derrida, o han leído derivas textuales que reproducen el equívoco. Existen infinidad de posibilidades de aplicación de las prácticas deconstrutivas derridianas. En este lugar, me interesa servirme de las políticas de la traducción que pueden encontrarse en ellas: trazas que parten de la deconstrucción misma de la dicotomía entre teoría y praxis, en últimas, dos caras de la misma moneda.

Philosophiam profiteri es profesar la filosofía: no simplemente ser filósofo, practicar o enseñar la filosofía de forma pertinente, sino comprometerse, mediante una promesa pública, a consagrarse públicamente, a entregarse a la filosofía, a dar testimonio, incluso a pelearse por ella. Y lo que aquí cuenta es esta promesa, este compromiso de responsabilidad. Este no se puede reducir, como bien se ve, ni a la teoría ni a la

¹⁴ Así por ejemplo, Rosenau afirma: “La deconstrucción destroza un texto, revela sus contradicciones y presuposiciones; su intención, sin embargo, no es mejorar, revisar ni ofrecer una mejor versión del texto” (citado por Handler: 2006, 340).

práctica. Profesar consiste siempre en un acto de habla performativo, incluso si el saber, el objeto, el contenido de lo que se profesa, de lo que se enseña o practica sigue siendo, por su parte, de orden teórico o constativo. Como el acto de profesar es un acto de habla o como el acontecimiento que es o produce no depende sino de esa promesa de la lengua, pues bien, su proximidad con la fábula, la fabulación y la ficción, con el “como si”, resultará inquietante (Derrida: 2002, 33-34).

Uno de los iusfilósofos más destacados de Colombia al presentar el seminal aporte que realizan los profesores Guido Barona y Tulio Rojas al debate del pluralismo jurídico reduce la desconstrucción a la crítica radical. Sin embargo, al anotar el acento propositivo de la investigación de los catedráticos caucanos –y por tanto su avance respecto a la “corriente posmodernista”-, señala entre las propuestas que anticipan resultados más allá de la ironía, algunos puntos que han nutrido a la desconstrucción desde su época germinal. La paradoja de las afirmaciones que presenta Rodolfo Arango (2007) en el mencionado prólogo, es que los planteamientos en los que él observa pedagogía propositiva, son los que cualquier lector distraído encuentra en la escritura de Derrida. Escuchemos al jurista colombiano:

No obstante la radical crítica, el ensayo no se queda en un ejercicio de desconstrucción. Señala además un camino para evitar caer en el etnocentrismo y el predominio de la visión hegemónica judeo-cristiana que caracteriza a la dirigencia e institucionalidad de Colombia a lo largo de su historia. Para ello acuden a la riqueza del pueblo nasa (Arango: Ibid, 15).

Pues bien, en igual línea argumentativa, prestantes teóricos y sociólogos del derecho han asociado incautamente “retórica posmoderna” y “desconstrucción”. Según han dicho, la “metodología” desconstruccionista reduce los hechos sociales al lenguaje. El nuevo equívoco parte de la hipercitada frase de Derrida: “no hay nada por fuera de texto”. La rigurosidad conceptual con que Carlos Morales (2006) lee los presupuestos de la obra de Foucault se torna problemática a la hora de abordar el trabajo de Derrida, quien en su opinión, propone una versión radical de la desconstrucción para la que “el texto es el lugar de inicio y de llegada del lector, su horizonte de ininteligibilidad está enteramente señalado por el texto” (Ibid, 81). Joel Handler (2006) por su parte, habla del giro hacia el texto, citando a Handelman, menciona las afinidades de la desconstrucción con la tradición interpretativa rabínica del Talmud. En una interpretación lacónica “por estar fuera de contexto”, anota que en dicha tradición, nada podría quedar por fuera de la Torá: “[n]o hay, entonces, un punto de vista externo definitivo. El texto continua desarrollándose cada vez que se estudia, con cada nueva interpretación, pues la interpretación es

un descubrimiento de lo que estaba latente en el texto y, por lo tanto, sólo una extensión del mismo; el texto es un proceso de autoregeneración” (Citado por Handler: Ibid, 369).

La trama de mal entendidos interpretativos es desbordante. Toda vez que las implicaciones de lo textual resultan claves para este escrito, será necesario recurrir extensivamente a la propia voz de Derrida. La afirmación del pensador franco-argelino que venimos revisando, se inscribe como un cuestionamiento a la axiomática occidental que ha reducido lo textual al lenguaje oral o escrito. “No hay nada por fuera de texto”, es otra forma de decir “hay pluralidad de textos”: el tejido, la música, la danza, por solo citar algunos ejemplos. Bruno Mazzoldi (2000), recoge referencias de Derrida en las que se ha descrito la trama de confusión urdida por una serie de detractores. Veámoslo con detenimiento:

Ya sin atreverme a pedir que se me lea, de la A a la Z, nada más pido que se lea –si es que además se quiere hablar de mí- por lo menos entre A, B y C. Donde se descubriría que la desconstrucción empieza por la desconstrucción de los límites “verbales” puestos al texto y al contexto. En particular éste es el significado de algunas de las palabras que este “contestador crítico” puede haber alcanzado a oír en un cocktail party: la desconstrucción del fonocentrismo, del logocentrismo y del falogocentrismo. U, otra vez, “no hay fuera-de-texto” significa que nunca se accede a un texto sin alguna relación con su abertura contextual y que un contexto no está hecho nada más de lo que se llama tan trivialmente un texto, es decir, las palabras de un libro o el documento cartáceo más o menos biodegradable puesto en una biblioteca. Si no se entiende esta transformación inicial de los conceptos de texto, traza, escritura, firma, evento, contexto, no se entiende nada de nada de la susodicha desconstrucción (...)

Un grave equívoco, estupefaciente y al parecer indestructible. Conciérne a mi trabajo sobre el lenguaje. La desconstrucción es frecuentemente representada como algo que deniega todo lo que sea exterior al lenguaje, que lo reconduciría todo al interior del lenguaje. Ya que escribí “no hay nada por fuera del texto”, todos los que se dan el gusto de llamar lenguaje lo que yo llamo “texto” traducen, quieren traducir: “no hay nada por fuera del lenguaje”. Ahora bien, para decirlo breve y esquemáticamente, es exactamente lo inverso. (...) La desconstrucción ha intentado despejar la experiencia, liberarla de la tutela del modelo lingüístico tan poderoso en esa época – hablo de los años sesenta. Se trata evidentemente del equívoco mas primitivo, y lo creo motivado por razones ideológicas y políticas (...) (Citado por Mazzoldi: Ibid, 39-41).

El horizonte traductivo del que hablamos parte de la necesidad de reconocer trazas textuales determinadas, su inscripción, por tanto, pende de los contextos en que éstas tienen lugar. ¿Quién de manera decente podría negar hoy la sapiencia escritural de textos como el calendario maya, o de los centenares de petroglifos y pirámides que bordean el continente americano? En la actualidad, multitud de científicos de variadas ramas, además de reconocer la precisión del saber

esculpido en este tipo de textos, se han visto compelidos a aceptar la imposibilidad técnica de las fuentes de la tradición occidental para explicar la veracidad derivada de estas escrituras. Subsiste sin embargo, el burdo catálogo de sociedades con escritura y sin escritura.

4. LA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A partir del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, la imagen del indígena como sujeto jurídico ha sido formada en buena parte por el discurso constitucional¹⁵. La historiografía constitucional da muestras fehacientes de que el sujeto jurídico se registra en el mismo momento que lo hace el Estado, es decir, que su partida de nacimiento es coetánea o que el derecho constitucional aparece en la interconexión del individuo con el Estado¹⁶. Cuando el constitucionalismo define el alcance de los derechos indígenas, programa jurídicamente el concepto social de persona –en este caso el de la persona indígena–: “lo humano”, “las culturas humanas” y “sus derechos”, son categorías precisadas por filosofías políticas que “inventan” los parámetros del mundo social, y que tienen capacidad de juzgar a los modelos que pretenden cuestionarlas. La filosofía política de los derechos humanos no ha sido la excepción:

Las tres personas de Cicerón, el “yo” o ego, el sujeto legal y el juez, son las tres facetas que se fusionan en una y conforman la santísima trinidad de lo humano, del derecho y sus sujetos, creando además el principio básico del hombre moderno, del padre y el hijo, devant la loi, tanto antes como después del derecho. En este sentido, los derechos humanos son tanto creaciones como creadores de la modernidad, el más grande invento político y jurídico de la filosofía política y la teoría jurídica modernas (Douzinas: 2008, 25).

El arranque de la filosofía política más liberal entre todas aquellas que se dicen constitucionales, tiene lugar de nacimiento y propulsor ideológico, ambos, claramente identificados: la Inglaterra de finales del siglo XVII y el *Book II o second Treatise of Government* de John Locke. En ese contexto, la noción de individuo como sujeto de derechos y titular de libertades, encuentra su otra cara de la moneda: un Estado dispuesto a defenderlo y respaldar su posición (Clavero: 1997, 20). Cuando se analiza los inicios del constitucionalismo y se los relaciona con el

¹⁵“Las personas deben ser traídas ante el derecho para poder así adquirir derechos, deberes, poderes y competencias que le otorguen al sujeto personalidad legal. La persona legal es la creación del artificio jurídico o teatral, es el producto de una performance institucional. En el discurso de los derechos humanos, la creación del derecho que es esta persona o máscara debe ser transformada en el progenitor o principio del derecho, el sujeto que cobra vida en el escenario del derecho, también debe doblarse ante el derecho y rendirse ante su creador” (Douzinas: 2008, 24).

¹⁶ “El cambio de esta mentalidad, un cambio anterior al de otras realidades, en dicho sentido de concepción interconectada del Estado y del individuo, marcaría el arranque de la historia constitucional” (Clavero: 1997, 12).

constitucionalismo contemporáneo, se deja de lado que los orígenes de ayer y de hoy gozan de *status* preconstitucional. Me explico: la institución constitucional no determina por sí sola los atributos de su sujeto jurídico –aquel que ha de ser protegido por el Estado-. El constitucionalismo es alentado por una economía política¹⁷ que elige a los sujetos que serán reconocidos, y a los términos en que se expresara el reconocimiento.

En la obra de Locke, paladín del liberalismo político¹⁸, el reconocimiento constitucional era excluyente: los derechos constitucionales se les reconocían a una pequeña minoría de ciudadanos, sin tenerse en cuenta a las amplísimas mayorías de las colonias europeas. Para Locke y el constitucionalismo de la época, no todo sujeto es ser humano, o mejor aún, sólo ciertos humanos tienen derecho a ser sujetos. El concepto de derechos derivado de este modelo, reproducía el esquema social de la propiedad y el patriarcado con todas sus consecuencias.

Amo y sirviente son nombres tan antiguos como la historia, pero dados a gentes de harto distinta condición; porque en un caso, el del hombre libre, hácese éste servidor de otro vendiéndole por cierto tiempo los desempeños que va a acometer a cambio de salario que deberá recibir, y aunque ello comúnmente le introduce en la familia de su amo, y le pone bajo la ordinaria disciplina de ella, con todo no asigna al amo sino un poder temporal sobre él, y no mayor que el que se definiera en el contrato establecido entre los dos. Peor hay otra especie de servidor al que por nombre peculiar llamamos esclavo, el cual, cautivo conseguido en una guerra justa, está, por derecho de naturaleza, sometido al absoluto dominio y poder de victoria de su dueño. Tal hombre, por haber perdido el derecho a su vida y, con ésta, a sus libertades, y haberse quedado sin sus bienes y hallarse en estado de esclavitud, incapaz de propiedad alguna, no puede, en tal estado, ser tenido como parte de la sociedad civil, cuyo fin principal es la preservación de la propiedad (Locke: 1980, parr. 85).

La exclusión colonial es explícita y relacionarla con el discurso y la práctica constitucional no es desacertado. Locke miró hacia América y tomó partido sin vacilar. Sobre esa cuestión que parece del pasado debería hacerse memoria, no sólo por las reparaciones de hoy, sino porque su amnesia

¹⁷ Registro el término en acepción “foucaultiana”, es decir, una economía política que se preocupa tanto por la formación de subjetividades desde el discurso constitucional, y a la inversa, un régimen subjetivo que termina cincelandando al constitucionalismo: “En otros términos, en vez de preguntarse cómo aparece el soberano en lo alto, procurar saber cómo se constituyen poco a poco, progresiva, real, materialmente los súbditos [sujet], a partir de la multiplicidad de los cuerpos, las fuerzas, las energías, las materias, los deseos, los pensamientos, etcétera” (Foucault: 2001, 37).

¹⁸ “Muy pocas obras políticas del pasado parecen tener un destino tan singular como la de Locke, situación que se explica por el carácter discordante de las diversas interpretaciones que se han ofrecido de ella, al tiempo que aún se asigna al pensamiento de Locke un papel principal en la elaboración teórica y en la justificación filosófica de los fundamentos de las sociedades liberales contemporáneas” (Jaramillo y Rodríguez: 2009, 75).

imposibilitaría un cambio de horizonte en el porvenir. Es entonces una cuestión de las generaciones que pasaron, pero sobretodo, un asunto de aquellas que han de venir: “Locke en esto es terminante: la población indígena no satisface el requisito de individualidad propietaria que franquea el acceso a la condición constitucional del sujeto. Toda aquella se encuentra en un estado ajeno a la sociedad civil y política que el derecho constitucional requiere” (Clavero: 1997, 23).

El segregacionismo por partida doble se constitucionaliza -y para aquello que nos compete en este texto-, vale rastrear la cartografía de políticas etnocéntricas que vienen del pasado y que se instalan mediante otros dispositivos de saber y poder en el presente. Esa es una de las razones que nos llevará a instalarnos en la filosofía política del constitucionalismo. Una suerte de exploración en torno a derechos constitucionales capaces de colonizar a aquellos de la parte interesada, es decir, los derechos indígenas.

Es bueno aclarar que no se apunta a una crítica radical de los derechos constitucionales. La defensa de la universalidad de los derechos humanos depende de su aplicación a sujetos y colectivos identificados y de respetar lo que éstos entienden por derechos. No creemos ni en la inmanencia histórica del concepto liberal de derechos, ni en el cinismo eterno de quienes ven en ellos meros universales imperialistas¹⁹. La perspectiva por la que abogamos reconoce la importancia y el potencial emancipador de la teoría y la práctica de los derechos humanos, sin embargo, solicita a sus intérpretes, traducir la lógica en que éstos se encuentran inscritos reconociendo las fuentes particulares que cada cultura utiliza para expresarlos²⁰. En nuestro estudio, desconocer la tradición histórica de las comunidades humanas específicamente consideradas, podría resultar tan peligroso, como el trágico y real razonamiento que infieren Guardiola y Sanín de la obra de Douzinas:

[L]os derechos humanos pierden su destino, su finalidad, cuando dejan de ser el discurso y la práctica de la resistencia a la dominación y la opresión pública y privada para convertirse en la herramienta privilegiada de la política exterior de las naciones más poderosas del globo, y de la política interna de su clientela de

¹⁹ “El abismo entre el triunfo de la ideología de los derechos humanos y su desastre práctico es la mejor expresión del cinismo posmoderno, es la combinación ilustrada de resignación y apatía, mezclado todo con un sentimiento fuerte de parálisis política y claustrofobia existencial, ello a su vez sumado a que nos encontramos en una encrucijada sin salida en medio de la más móvil de las sociedades” (Douzinas: 2008, 16).

²⁰ Examinar “desde perspectivas liberales y no liberales las estructuras fundamentales del concepto de derechos humanos”, parece ser la estrategia de Douzinas. (Ibid, 5)

dirigentes en las naciones menos poderosas. En ese momento, argumenta Douzinas, experto en derecho internacional y uno de los protagonistas más claves de la escena filosófica e intelectual de la Europa contemporánea, los derechos humanos pasan de ser la 'ética' de una misión 'civilizadora' contemporánea que 'propaga el capitalismo y la democracia a las tinieblas más oscuras del planeta' (Guardiola y Sanín: 2008, 29-30).

La modernidad tardía en la que los derechos indígenas aparecen reconocidos como derechos humanos le genera una enorme responsabilidad para sus intérpretes. Ellos se verían obligados a dotar a los primeros –los indígenas- de la radicalidad connatural que vio nacer a los segundos –los humanos-. Para Douzinas, una cuestión de primer orden en nuestros días, es dotar a la tradición de los derechos humanos de la radicalidad que la caracterizó en su fase de la tradición clásica del derecho natural. En el período pre-revolucionario de Estados Unidos y Francia subsistía una creencia en los derechos naturales como “bienes” inherentes a la sociedad, un potencial emancipador y una suerte de horizonte utópico que se empezó a fragmentar con la llegada de las declaraciones²¹.

Trasladando el ideal utópico a los derechos indígenas de hoy, se trataría de rescatar la voz de aquellos que han estado de menos a través de los derechos humanos²²: así como los activistas han conseguido que los instrumentos jurídicos internacionales se conviertan en herramientas eficaces de presión contra los gobiernos; los pueblos indígenas y sus acciones locales han logrado que sus derechos sean reconocidos como derechos humanos. Es desde abajo que el discurso constitucional ha consolidado éxitos o fracasos, y es desde abajo que su universalidad se ha tornado instrumental o aparente. Por consiguiente, nuestra postura se aleja tanto de la apología liberal como del relativismo cultural:

²¹ La falta de representación en Norteamérica y los exabruptos del *ancien regime* en Francia, no son más que el comienzo de una serie de paradojas que marca a la historia de las grandes declaraciones: “De hecho, las tensiones internas del documento son evidentes en todas partes: en el contraste entre hombre y ciudadano, entre principio y excepción, entre ciudadano y extranjero, y entre hombres y mujeres o esclavos, negros, colonos y todos aquellos excluidos de los derechos políticos” (Ibid, 114).

²² En la historia, el suplemento, lo que está de más, por ende de menos, lo residual llevado a ser excluido del saber, determina y condiciona al saber mismo. Es lo que nos ha enseñado Jacques Derrida a la hora de analizar el logocentrismo y el falocentrismo presentes en la historia de la filosofía de occidente: “Este resto que de alguna manera excede la ontología, si se quiere, que excede el pensamiento de ser, el pensamiento de la presencia, el pensamiento que determina el resto o como residuo o como substancia, el resto no es substancia, hay que pensar el resto por fuera de la autoridad de ser, del verbo ser” [...] “Restancia es resistencia”, piensa al respecto el autor, al reflexionar en “la beligerancia de restituir el resto o el residuo, la magia más allá de la metafísica” (Mazzoldi y Téllez: 2005, 58-70).

El hecho de que los derechos humanos sean universales, transculturales y absolutos es contraintuitivo y los hace vulnerables a cualquier acusación de imperialismo cultural; de otro lado, aún cuando es históricamente correcto afirmar desde el punto de vista histórico que los derechos humanos son creaciones de la cultura europea, ello los desposee de cualquier valor trascendente. Así, desde la perspectiva de la modernidad tardía, uno no puede ser ni un universalista ni un relativista cultural (Douzinas: 2008, 15).

5. ALREDEDOR DE LA ORIGINALIDAD CONSTITUCIONAL Y DEL SUJETO CONSTITUYENTE

El reconocimiento de los derechos indígenas delimita enigmas que aún no han sido resueltos. La tradición constitucional suele partir de consideraciones historiográficas universalistas, que al independizar sus fuentes asumiéndolas como verdaderas, separa su realidad jurídica para juzgar percepciones del derecho y los derechos que provienen de historias y fuentes diferentes²³. Una de las incógnitas que resulta más problemática en el fenómeno del otorgamiento de derechos a los pueblos indígenas, es la legitimidad de causa, toda vez que los indígenas son los sujetos constituyentes del territorio americano. Se trata de una evidencia colonial que hoy se transige en términos constitucionales: resulta paradójico que el constitucionalismo otorgue derechos en parajes donde existen culturas no-constitucionales, con historias de vida más antiguas que la de la conquista, la colonia y la república juntas.

... Igual que escamoteos más toscos y mutismos más discretos, no parece efecto de descuido ni materia de acertijo un lapsus que pierde a millones de personas en la exposición de una historia y el transcurso de un constitucionalismo, en este tránsito doble por redomado. Resulta toda una parábola.

La originalidad pesa y la ecuación no se resuelve. He ahí una verdadera inecuación, una desigualdad constitutiva, algo más que discriminación cualquiera, de pasado y de presente. Hay entonces y hay ahora literalmente perdido un elemento nada desdeñable aunque no suela a estas alturas ni siquiera identificarse. Pesa la originalidad en el sistema como en su representación, en la doblez común. El apego de la inteligencia

²³ Analizar los trasplantes constitucionales en perspectiva de las historias particulares de las tradiciones a las que van llegando, debería ser un punto primordial dentro de la agenda del constitucionalismo. El vínculo histórico entre colonialismo y constitucionalismo, por ejemplo, no aparece en la mayoría de los trabajos reputados de historia constitucional, o cuando se pone en evidencia, se lo hace recurriendo a un pie de página apartado. Aquí, la nota al pie, quiere seguir evidenciando los postulados gruesos que revisten al texto: “La primera edad constitucional era un tiempo aristocrático y colonial. La misma patria del constitucionalismo, la feliz Inglaterra, lo es también notoriamente de otras cosas. Ideas y actuaciones constitucionales efectuaron su implantación en casa y emprendieron su propagación por parajes extraños mediante planes y prácticas patriarcales e imperiales, expresamente tales. Nada de esto entonces se ocultaba. Ahí también nos formamos y de ahí también provenimos. Si procedo a contemplar ese pasado ajeno, por histórico, es porque me interesa este presente nuestro, por constitucional. Miro la partida de nacimiento de una criatura aún viva por compromiso con su existencia” (Clavero, 1997, 10).

constitucional a historia particular puede arrastrar y recargar hipotecas y gravámenes incluso cuando se reconocen y afrontan prestándose cuidados y atenciones a los alivios y mejoras, constando así la impropiedad del propio originalismo. Quizás entonces, si llega, una buena historiografía contrarreste un mal constitucionalismo (Clavero: 2000, 22).

Bartolomé Clavero denomina *constituyencia indígena* al fenómeno en mención²⁴. Se trata de una categoría historiográfica que cuestiona los cimientos de un aporte importado de Europa, que en sus inicios –la independencia de Estados Unidos–, parte del desconocimiento no sólo de la presencia indígena en esos tiempos de colonialidad, sino además, de la originalidad que vincula a dichos pueblos con los mencionados territorios²⁵. El saber constitucional no se esculpe en territorio neutro y tampoco se traslada neutralmente, en cierta medida, el constitucionalismo refunda el debate sobre las justificaciones jurídicas de asentamiento en territorio ajeno y con derecho propio. Si en su momento el derecho canónico fue a todas luces insuficiente y lacónico para excusar al fenómeno colonial²⁶, no pasa menos con el constitucionalismo, cuyo tránsito multicultural debería empezar por reconocer la existencia de un derecho previo, que es en última instancia el que implícita o explícitamente fundaría a la tradición de pluralismo jurídico en tierras americanas:

He ahí tanto una situación como una posición originales de América: el escenario de la presencia indígena sin arte ni parte constituyentes y el cimiento o también la fábrica de todo un constitucionalismo sin solución ni resolución para el lance. ¿Cómo puede desenvolverse hasta hoy y a nuestras alturas una vez que fuera establecido por obra y gracia de población advenediza en relación esto último a pueblos del mismo territorio sin contar por regla general con su consentimiento y no haciéndose cargo en todo caso de su derecho

²⁴ “Por constituyencia entiendo sujeto constituyente y agencia constitucional, ambas cosas, no sólo base representativa y legitimidad ciudadana, sino también objetivo y travesía de derechos. Por éstos, por los derechos de libertad, por las libertades también en plural, se califica hoy justamente la raíz, constitución” (Clavero: Ibid, 15).

²⁵ Los inicios parecen ser “norteamericanos”, aunque como tendremos oportunidad de ir precisando, las coincidencias con el contexto “latinoamericano” son notables. Para empezar, vale la pena citar la posición de Simón Bolívar en su “Discurso de Angostura del 15 de febrero de 1819”, sobre la necesidad de disputar a los indígenas los títulos de posesión de las tierras americanas –que entre otras cosas se caracteriza por fundar un “americanismo” de estirpe criolla, en el que lo “americano” es la representación de los que nacieron en América pero siguen pensando como europeos: “Nosotros ni aun conservamos los vestigios de lo que fue en otro tiempo; no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. **Americanos por nacimiento y europeos por derechos, nos hallamos en el conflicto de disputar a los naturales los títulos de posesión,** y de mantenernos en el país que nos vio nacer, contra la oposición de los invasores; así nuestro caso es el más extraordinario y complicado” [énfasis mío] (Bolívar: 1986, 109).

²⁶ Paradójicamente como lo señala Mariátegui, en la época colonial la acción religiosa en el terreno de la razón y la moral tenía mayor autoridad que la prédica liberal, posteriormente al decir del mismo autor, la solución eclesiástica se tornaría rezagada y antihistórica: “Más evidentes posibilidades de éxito que la prédica liberal tenía, con todo, la prédica religiosa. Esta apelaba al exaltado y operante catolicismo español mientras aquélla intentaba hacerse escuchar del exiguo y formal liberalismo criollo” (Mariátegui: 1979, 25).

entonces previo? Si en origen la presencia resulta indiferente para el planteamiento constituyente y la posición constitucional, ¿cómo puede sanarse luego el vicio o cómo colmarse ahora el vacío? ¿Qué remedio cabe? Tenemos ya una primera incógnita por despejar ¿Cuál es el paradero constitucional, estrictamente tal, de esos millones de personas desaparecidas (Clavero: Ibid, 23).

Parecería que no hay argumento histórico o jurídico que le reste legitimidad a la originalidad indígena en América, sin embargo, el constitucionalismo americano ha sido pieza fundamental para subvertir tanto en términos históricos como prácticos la evidencia. La Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 aporta un tipo de derecho censitario que en los territorios del Norte –originalmente Apaches, Tarahumaras, Hopis, Pawnes, Sioux, Cheyennes, Kiowas, Apalaches, Yuchis, Secotanos-, por solo mencionar algunos, se legitiman hasta hoy. El respeto fue y sigue siendo por exclusión: *“excluding Indians non taxed”*, aquellos que no pagan impuestos tampoco tienen representación. Ello no impide que los representantes de aquellos que si los pagan establezcan legislativamente lo siguiente: *“to regulate commerce with foreign nations, among the several states, and with the Indian tribes” (art.1, secc. 8, par.3)*. Preceptiva que entra a regular el comercio con los pobladores originarios como si se tratara de naciones extranjeras, tamaño despropósito el constitucional, declara población interna a la originaria para excluirla de representación, y externa a la vez, para comerciar con ella.

En 1868 llega la abolición de la esclavitud pero el registro de indígenas no tasados permanece incólume. En 1920 la enmienda decimonovena sobre el sufragio femenino establece un giro frente a los afroamericanos y las mujeres, entre tanto, la humanidad indígena sigue invisible²⁷ (Clavero: Ibid, 24-25). *“En Estados Unidos, las relaciones raciales fueron definidas durante un siglo por el principio de “separados pero iguales” como un principio inscrito dentro del “apartheid”, el cual fue abandonado en la fecha tardía de 1954” –Brown v. Board of Education of Topeka 347 U.S. 483 (1954)- (Douzinas: 2008, 134).*

²⁷ “Advertido el asunto, puede sorprender que a nuestras alturas no haya enmienda ni propósito siquiera, pero causan menos sorpresa las elipsis de unos orígenes. Al fin y al cabo, las colonias que forman originariamente los Estados Unidos se independizaron movidas en último término contra la proclamación de la Monarquía británica en 1763 reconociendo el territorio indígena más allá de una franja atlántica. Con el propósito en cambio de expandirse a costa de los pueblos indios, éstos no podían contemplarse por los Estados Unidos ni como extranjeros ni como nacionales propios. La misma concesión de ciudadanía a la población indígena de las reservas no se producirá hasta el siglo XX y con discreción, sin enmienda ninguna reconstituyente, en orden además de evitarse interferencias de organismos internacionales” (Clavero: 2000, 25).

El caso canadiense no es menos patético. Si Estados Unidos acudió a la desdeñable práctica del desplazamiento forzado, la Constitución canadiense de 1867 sostuvo que “el parlamento central o federal tiene competencia sobre los indios y las tierras que se les reservan, “Indians, and lands reserved for the Indians (art. 91.24)”. Por su parte, la Constitución de 1982 insiste vehementemente en la reserva: las tierras no son de los sujetos constituyentes sino que el Estado gentilmente se las ha reservado (Clavero: *Ibid*, 26). El subcontinente del sur ratifica las reglas de aquellos que invadieron el norte. La primera Constitución que tiene un punto de partida independiente de España, la de Venezuela de 1811, representa con exactitud al etnocentrismo del derecho público, que partiendo de conversión religiosa y cultural, se dirige a delimitar una política de repartición de tierras concedidas a quienes las han habitado y cultivado desde tiempos inmemoriales: “queda entendido que no hay dominio territorial sino se viene a propiedad privada. Y que no cabe comunidad propia ni derecho propio. Para perspectiva de parte indígena, la inclusión pudiera ser exclusión” (*Ibid*, 27).

Otro tanto ocurrirá con el acta constitucional de las Provincias Unidas de Nueva Granada de 1811, con la de Ecuador de 1830, con la declaración de los derechos de Guatemala de 1839, con la de Honduras de 1865²⁸, con la de Colombia de 1863, con la de México de 1867 y con la de Argentina de 1863²⁹. Vaya paradoja, el subcontinente del norte –“el desarrollado”- tiene amplias coincidencias con el del sur –“el subdesarrollado”-, concursos que coexisten entre la lógica colonial y la constitucional: “Ambos se mueven en un limbo situado entre exclusión e inclusión, colonial la una y constitucional la otra, ambas compatibles y ninguna ni de lejos el paraíso, el prometido religiosamente por el colonialismo o el presumido liberalmente por el constitucionalismo” (*Ibid*, 32-33). Es característica innata del constitucionalismo de la región, que el calificativo legal se sobreponga al título comunal³⁰, como si el Estado y su teoría fueran

²⁸ La mencionada Constitución lo expresaba con un tinte racista, arguyendo que la realidad de la justicia indígena era posible gracias a sus disposiciones: “el régimen judicial y gobierno interior o local puede ser distinto y singular en el caso de “las tribus aún no civilizadas”... “Lo es y no precisamente por dispensa constitucional ni por deficiencia cultural, sino por contar con ello, con esta cultura propia” (*Ibid*, 34).

²⁹ Al respecto puede verse, (*Ibid*, 28-31).

³⁰ “En 1938, Bolivia, como Perú, procede con un calificativo, el de legal, que subordina a Estado, un sustantivo, el de comunidad, que encierra orden propio, y una previsión, la de legislación, que confía todo a determinación política de aquel, el Estado, y no de ésta, la comunidad” (*Ibid*, 35).

anteriores a los pueblos que habitaron y siguen habitando los territorios americanos³¹. El argumento es constitucional y se refleja contemporáneamente en otra característica que sigue haciendo carrera en la zona, a saber, la subordinación del orden comunal al de la Constitución y la ley³².

6. LA DESCOLONIZACIÓN EN CURSO

Con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas la subordinación del orden comunal al de la Constitución y la ley empieza a entrar en crisis³³. El instrumento internacional demarcó el sendero para la discusión de la autodeterminación de los pueblos indígenas, y la posibilidad de empezar a analizar casos particulares que conduzcan a potenciales autonomías. Este problema debe estudiarse con singular detenimiento. La posibilidad de la autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas suele pensarse desde la doctrina constitucional como un suceso proclive a formar multiplicidad de Estados. La Declaración de 2007 aporta herramientas jurídicas para saldar las disyuntivas del constitucionalismo y del colonialismo.

³¹ En cuanto a habitación presente se refiere el caso más emblemático es el de Bolivia. Su población indígena no sólo sobrevivió al genocidio sino que mantuvo vivo un equilibrio demográfico que le permitió conservar sus costumbres. El fenómeno que venimos comentando puede ser ubicado en los “albores” del constitucionalismo Latinoamericano. Así por ejemplo, el discurso introductorio a la Constitución de 1826, pronunciado por Simón Bolívar, olvidó por completo el origen indígena del país. Además de no realizar ninguna alusión a los pueblos indígenas, sustentó la piedra angular de su concepción de derechos ubicándola en el extremo opuesto a la de su tradición histórica. Refiriéndose a los derechos individuales comentó: “Estos derechos, Legisladores, son los que constituyen la libertad, la igualdad, la seguridad, todas las garantías del orden social”... Sin demeritar todos los logros del discurso liberal habría que preguntarle al libertador a qué igualdad se refiere, cuando en Bolivia, la expoliación de las tierras comunales fue y sigue siendo dramática. Más adelante definiría sus contornos con meridiana claridad: “En cuanto a la propiedad, ella depende del código civil que vuestra sabiduría debiera componer luego, para la dicha de vuestros conciudadanos” (Bolívar: 1986, 8-9).

³² Los casos de Colombia y Ecuador son paradigmáticos al respecto: “A lo largo de la Constitución ecuatoriana, por todo su entramado, se producen previsiones en consideración de la presencia indígena, pero el propio edificio constitucional no se replantea en función de la misma. Según se procede, no parece ni siquiera preciso” (Clavero: 2000, 42).

³³ “Tras la descolonización, el problema fundamental pendiente para las mismas Naciones Unidas es el de los pueblos indígenas, el de unos pueblos colonizados e incorporados sin determinación propia por parte de Estados que siguen siéndoles culturalmente ajenos aun por mucho que les alcancen a otros numerosos efectos. Conforme a cifras barajadas por los mismos medios de Naciones Unidas, esta condición que puede decirse indígena interesa a una humanidad de unos trescientos millones de individuos, más de treinta por América” (Clavero: 2000, 53-54).

Si hay algo que caracteriza a la Declaración en términos de filosofía política son los derechos de autodeterminación y autogobierno. Ambos se consignan en sus consideraciones preliminares y en su articulado. Veámoslo:

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

El artículo 5 es una pieza fundamental para empezar a despejar las dudas y temores constitucionales sobre el vínculo entre autodeterminación y multiplicación de Estados. Tiene que ver con la opción libre de los pueblos indígenas de concurrir en actuaciones estatales, y con la diferencia que se empieza a demarcar entre pueblo y Estado³⁴. Reconociendo la funcionalidad internacional no sólo del segundo sino también del primero, es decir, de los pueblos indígenas:

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

El artículo consigna expresamente la posibilidad de que los pueblos indígenas opten libremente (*si lo desean*), por el tipo de relación que han de tener con el Estado, lo que dependerá de cada pueblo particularmente considerado, y sobre todo, de sus condiciones de vida materiales. Los pueblos indígenas podrían estar bajo el cobijo de los Estados, sin embargo, dicho regazo tendría

³⁴ Cuando aquello que hoy es Declaración era apenas un Proyecto de Declaración, Bartolomé Clavero insinuaba ya sus potenciales efectos: “Dicho de otra forma, lo que se abre con la substanciación amplificada de estos sujetos, los pueblos, es un horizonte de proliferación, no de Estados, con la descolonización, sino de lo que podamos llamar en el lenguaje constitucional español actual, para entendernos, de Comunidades Autónomas, de aquellas que tienen un sustento de nacionalidad, según terminología de la constitución, o de pueblo, según la expresión de algunos Estatutos, o del conjunto más amplio de fórmulas que puedan bajarse entre autonomías hacia el interior y federaciones hacia el exterior, siempre que éstas naturalmente no sean tan excluyentes sobre supuestos de cultura como los federalismos conocidos por la misma América, aunque suelen predicarse lo contrario. El nombre de la cosa es lo de menos (Ibid, 56-57).”

que suponer el respeto del derecho propio. “De un derecho humano de carácter colectivo, el derecho a la libre determinación, derecho que se conserva en dicha misma situación a disposición siempre del pueblo y no ya del Estado” (Clavero: 2000, 57-58). Por consiguiente, el temor constitucional de la proliferación de soberanías queda zanjado, en efecto, lo que sobreviene legítimamente del poder del sujeto constituyente han de ser multiplicidad de autonomías:

Dicho de otro modo, lo que se abre con la substanciación amplificada de estos sujetos, los pueblos, es un horizonte de proliferación, no de soberanías, sino de autonomías, pero de unas autonomías reconocidas y garantizadas internacionalmente ante los propios Estados o frente a ellos en su caso, no de otra forma que como se viene intentando reconocer y garantizar libertades del individuo, derechos humanos lo uno como lo otro. Como sujeto de mayor entidad, el Pueblo, cuando no se determina por constituir Estado, se hace cargo no sólo de su propio derecho, sino también del grado y las formas de comunicación y participación. Expresión de la libre determinación resulta la misma autonomía interna caso de mantenerse la inclusión en el Estado, caso de ejercerse de este modo, ahora que pudiera convenir, dicha libertad colectiva popular (Clavero: Ibid, 59-60).

Si no son soberanías las que van a pulular tampoco han de ser ciudadanías. Podría sobrevenir el argumento que a mayor autonomía menor ciudadanía, al respecto, no sobran un par de comentarios: en primer lugar, no hay que confundir autodeterminación y autogobierno con auto-sostenimiento, lo primero no necesariamente supone lo segundo. Ese debería ser el horizonte, sin embargo, la realidad de los pueblos indígenas depende hoy de la realidad de los Estados en que viven. En consecuencia, la viabilidad de dicho ejercicio supone una suerte de proceso reparativo, y sus posibilidades –aparte de aquellas de responsabilidad histórica- penden de los derechos de no injerencia³⁵. No hay que independizar la autodeterminación y el autogobierno de la responsabilidad de los Estados para con los pueblos indígenas, tanto lo primero –por constituyencia indígena-, como lo segundo –por especial situación de vulnerabilidad-, son derechos de sus gentes y comunidades³⁶. Sobre estos aspectos la Declaración de Naciones Unidas vuelve a despejar las dudas:

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus

³⁵ Así por ejemplo, de prohibición de intrusión tóxica en el medio ambiente de los pueblos y comunidades, garantía sin la cual resultaría imposible proyectar horizontes de soberanía alimentaria, educativa, medicinal, etc.

³⁶ “Hay minorías que, reconocidas como pueblos, desaparecen al hacerse Estados y las hay que, sin el reconocimiento, vienen más a la vista al no tener la posibilidad de una tal metamorfosis” (Ibid, 53).

costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven [El énfasis es mío].

Existe un caso reciente para ilustrar lo que venimos planteando: actualmente, el pueblo Arhuaco se enfrenta a una problemática ambiental con connotaciones en todos los ámbitos de la vida comunitaria. Un plaguicida dispersado a miles de kilómetros de su territorio provocó que un insecto migrara hacia los territorios de la Sierra Nevada de Santa Marta. En la Sierra se apareó con insectos nativos que bajo el influjo de la sustancia química sufrieron una mutación genética que estimuló, entre otras cosas, la variación de su alimentación -de hojas silvestres a sangre humana-. Representada en la picadura del insecto, la mutación genética, dio a luz una enfermedad desconocida, que ha ocasionado varias muertes de la población indígena. En ese tipo de circunstancias, tanto la autonomía que puede otorgar la Constitución, como el horizonte político del derecho de autodeterminación explotan en mil pedazos. Así, no es posible predicar autonomía formal sin garantizar condiciones de autonomía material³⁷.

La interpretación de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas realizada por Taita Feliciano Valencia -líder del Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC-, luego de la multitudinaria marcha que los pueblos del sur del país emprendieron el 10 de noviembre de 2008, y en la que se exigía, entre otras cosas, el cumplimiento de los acuerdos firmados con el gobierno nacional ilustra de manera lúcida lo que venimos planteando:

El meollo del problema está en que la Declaración de la ONU dice que los dueños legítimos de la tierra y el territorio son los pueblos originarios. Pero es la tierra en su conjunto, porque es que aquí tiene dueño hasta el aire, tiene dueño la tierra y lo que está debajo de la tierra también tiene dueño. Entonces, el gobierno ha salido a decir ahora que todo lo que esté en la tierra lo pueden usar las comunidades indígenas, pero lo que es del subsuelo es propiedad de la nación. El problema es que ellos conciben el mundo así. Nosotros lo concebimos al contrario: aire, tierra y lo que está debajo de la tierra es un todo para nosotros, y nosotros sentimos a la tierra así. Entonces que no nos venga a decir el gobierno, sí ustedes son autónomos, pero lo que está en el aire y lo que está debajo de la tierra es propiedad de la nación. No, para nosotros es un bien y así lo entendemos y así lo vamos a seguir exigiendo. Esto lo dice la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas... Y el otro tema tiene que ver con el tema del territorio, la autonomía territorial se refleja en el marco de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos indígenas, por lo tanto, somos autónomos en todo el territorio y somos nosotros los que decidimos cómo nos gobernamos, cómo aplicamos la justicia, como aplicamos las normas -que no son constitucionales-, son normas propias, del

³⁷ De la tradición oral Arhuaca, conversación con Diego Fernando Tupaz Pastas de la tradición oral pasto.

pensamiento y la cosmovisión nuestra, y que van en contravía de las normas que está cargando el gobierno nacional... En la María el presidente que dijo: yo les puedo firmar la Declaración, pero les pongo tres vetos: uno, la fuerza pública no tiene territorios vedados, puede entrar a cualquier rincón. El subsuelo es propiedad de la nación y ustedes pueden desarrollar su gobierno propio, hasta tanto la Constitución les permita, o sea nos cierra y nos pone estos tres vetos. Nosotros decimos: adopte la Declaración señor presidente sin impedimento alguno, sin condiciones algunas, en su contenido absoluto de lo que es la Declaración, claro. Es que le da miedo que después las multinacionales le digan por qué les entregó todo el territorio, por qué les dio autonomía territorial, y por qué aseguro que ellos no permitan la extracción, no para el mundo sino en contra del mundo. Ese es el problema de la Declaración Universal. La Declaración en su conjunto es el instrumento internacional que nos garantiza la autonomía y la pervivencia de los pueblos indígenas como lo estamos mirando nosotros (La tradición de los pueblos originarios del Cauca en la voz de Taita Feliciano Valencia, sabedor de la costumbre andina y líder del Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC).

CAPÍTULO 2. LAS CONTRA NARRATIVAS CONSTITUCIONALES EN EL SEGUIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

No resultan movimientos acompasados o ni siquiera paralelos la superación de discriminaciones que ha podido venir por igualación e integración, este progreso interior, y una desaparición de exclusiones que debe hacerlo por consideración y reconocimiento, esta igualdad exterior. La alternativa primera extendida al caso segundo lesiona y aun destruye culturas, afectando así igual de negativamente a individuos, lo que nos importa. Incluso llega a tomarse el logro de lo uno como carga de razón que agrava el malogro de lo otro, y esto, insisto, es cosa que afecta neurálgicamente a los propios humanos y sus derechos por hacerlo a sus comunidades y culturas, a unas culturas que, como socializan, individualizan. El individuo no es definitivamente natural, sino cultural. Salvo por determinación propia, no puede abstraerse de su cultura sin desgarrar. Es asunto clave que se buscará inútilmente en las concepciones usuales y exposiciones convencionales del derecho constitucional o del derecho civil. Por verlo aunque sólo sea identificándolo, habría que ir a una antropología, y tampoco a la convencional o menos a la tradicional.

(Bartolomé Clavero: 1997).

1. INTRODUCCIÓN

En este segundo capítulo se plantearán algunas reflexiones liminares sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en referencia a la jurisdicción especial indígena. Nos proponemos delimitar algunos ejes temáticos que den cuenta del etnocentrismo que caracteriza a nuestros jueces, partiendo de una revisión somera de algunos pronunciamientos de la máxima instancia constitucional. El capítulo busca resaltar la distancia entre las categorías utilizadas por la Corte Constitucional para abordar problemas del denominado derecho indígena, y la praxis en que se desenvuelven las fuentes en que los pueblos indígenas encuentran reflejada su justicia. Ese espacio desborda con creces la “naturalización” conceptual que reivindicando inclusión jurídica, termina por fortalecer la exclusión de los saberes ancestrales en que se manifiestan las prácticas cotidianas de la indianidad.

El propósito de estas palabras introductorias es brindar algunos parámetros que permitan articular desde el punto de vista teórico el análisis jurisprudencial que se presentará en el escrito. El estudio se inscribe dentro de una perspectiva crítica que busca dar cuenta de la construcción de la humanidad indígena a partir de los fallos emitidos por la Corte Constitucional. Nuestro interés no radica en presentar la vigencia del precedente constitucional, sino en demostrar que dichos pronunciamientos construyen la imagen de un sujeto y delimitan los contornos del mundo en que se desenvuelve. En efecto, el discernimiento que realizan los jueces acerca del mundo de los pueblos indígenas, suele encontrarse mediado –en la mayoría de los casos- por la preeminencia que éstos le brindan a la Constitución y la ley. En nuestra opinión, dicha preferencia está lejos de ser un “simple” y “desnudo” test constitucional³⁸. Percibimos a ese tipo de constitucionalismo inscrito en los contornos de un modelo de ciencia social, que desde la alteridad filosófica podría denominarse *dominante y civilizatoria*.

³⁸ “Cada acto de balance, al reducir la singularidad y el carácter único del otro, es un acto de injusticia, y toda comparación de lo incalculable un acto de violencia. Dicha injusticia no puede ser removida de la operatividad de la ley del Estado o de la implementación legal de los derechos humanos. Dice Levinas que la justicia “significa la revisión constante de la justicia, la expectativa de una mejor justicia. Y lo mismo cabe decir de los derechos humanos. La paradoja de los derechos humanos aparece de tal manera en una formulación novedosa: los derechos humanos son al tiempo el producto de este primer deber fundamental ético y una distorsión del imperativo moral, un reconocimiento del carácter único del otro que da lugar, sin embargo, a la necesidad de acomodar a los muchos” (Douzinas: 2008, 427).

Analizar al derecho como práctica social impide reducir sus dilemas al análisis de la esfera normativa. Al construir saber jurídico, la jurisprudencia edifica saber social. Si el derecho construye realidad, sus postulados se inscriben en una vertiente de filosofía política, éstos definen “formas y sustancias” de comprender el mundo de lo jurídico, por tanto, detallan el ordenamiento epistemológico del derecho a decir el derecho³⁹. Las filosofías constitucionales que emergen de las prácticas jurídicas, tratándose de dilemas que se entrecruzan con el fenómeno colonial, suelen apropiarse los contornos de la humanidad indígena desde el lenguaje jurídico. Al ser los jueces constitucionales los que delimitan la competencia de la jurisdicción indígena, definen al tiempo las “voces” de aquello que se debe entender por derecho. El diálogo se construye desde la teoría constitucional y son sus términos los que definen los rasgos de las filosofías propias de los pueblos indígenas.

Si es el diálogo el llamado a construir el discurso constitucional, verificar si los jueces constitucionales acuden a las autoridades indígenas para resolver disyuntivas interpretativas, resulta preeminente. Dentro de los fenómenos coloniales no puede predicarse diálogo entre parlantes de una misma lengua, acercarse al *otro* supone un esfuerzo traductivo, es decir, un arrojito que permita tender puentes entre racionalidades y mundos diferentes. El afuera de la empresa colonial suele ser más espacioso que el modelo imperial, el colonialismo no es sólo una forma de organización social, es también la construcción del espacio y el tiempo del *otro*: la arquitectura del lenguaje, los imaginarios, y la memoria. El colonialismo y la imposición de formas jurídicas en América, “da inicio al largo proceso que culminará en los siglos XVIII y XIX en el cual, por primera vez, se organiza la totalidad del espacio y del tiempo –todas las culturas, pueblos y territorios del planeta, presentes y pasados- en una gran narrativa universal” (Lander: 2005, 16).

La voz del juez constitucional dista enormemente de las frecuencias que he podido encontrar en las voces de algunos pueblos indígenas. Por eso aquí las voces de los comuneros de dichos pueblos han de poner en entredicho la interpretación monolingüe de los jueces constitucionales.

³⁹ “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 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: 2005, 160).

Dichas voces, mostrarán los desfases argumentativos de intérpretes que no pueden más que pensar en su propia lengua⁴⁰. Los comuneros al sentirse aludidos por la justicia constitucional dejan de ser meros observadores de los fenómenos que se gestan en el seno de la misma, pero no por ello, se convierten en participantes pasivos de su lógica. Coparticipes acaso, de dos saberes y tiempos diferentes, sin embargo, singularmente identificados con el punto de vista de su justicia propia. Justicia con historia y fuentes delimitadas, por tanto, portadora de “estructuras sociales” consolidadas en el devenir de los tiempos.

El análisis jurisprudencial que presentaremos se preocupa por examinar los argumentos circunscritos entre lo que enuncia la jurisprudencia constitucional y la ruptura que crean con la justicia de los pueblos indígenas. Se trataría entonces, de circundar un espacio donde se visibilice la privación de voz que mediante el lenguaje de los pronunciamientos constitucionales, acalla el devenir de la justicia propia en beneficio de la lógica constitucional:

Europa históricamente se extiende cuestionándose ella misma la propia justicia de sus aventuras coloniales y portando en todo caso consigo a las latitudes donde arriba y se establece su propio sentido y ejercicio del derecho, sus propias ideas y prácticas de justicia... Hoy no es raro todavía que se destaquen con empeño facetas desigualitarias de sociedades indígenas a fin de descalificarse, mediante argumentos de ecuación constitucional, aspiraciones y prácticas de autogobierno, mientras que, de hecho, al no asumir estas mismas expectativas y experiencias de autonomía, resulta que el propio constitucionalismo establecido puede estar produciendo y no sólo reproduciendo desigualdad (Clavero: 2002, 63-72).

Bajo el influjo de estas acotaciones el problema jurídico que trabajaremos no se organiza dándole preeminencia a la correlación entre los pronunciamientos judiciales y otros materiales normativos (López: 2006, 147). No asumimos la cuestión en estricta lógica constitucional. Nos interesa indagar por las incidencias de los fallos de la Corte Constitucional a la hora de fortalecer o quebrantar los pilares de la justicia propia de los pueblos indígenas. De tal forma, el problema jurídico que esbozaremos quiere articular los dilemas hermenéuticos del Tribunal Constitucional con su impacto al interior de los pueblos indígenas⁴¹. En el momento que la Corte Constitucional

⁴⁰ “El monolingüismo del otro sería en primer lugar esa soberanía, esa ley llegada de otra parte, sin duda, pero también y en principio la lengua misma de la ley. Y la ley como lengua” (Derrida: 1997, 58).

⁴¹ Si bien es cierto que existen pronunciamientos de la Corte Constitucional que han protegido los derechos de los pueblos indígenas, como por ejemplo, la exigencia de la consulta previa como requisito de concesión de las licencias ambientales. No es menos cierto que cada día resulta más necesario discutir los efectos de la generalización conceptual que ha utilizado la Corte en este tipo de disyuntivas. Los u'was en el conocidísimo caso contra la sociedad “Occidental de Colombia Inc”, pese a verse favorecidos por la decisión de la Corte, le plantearon el

abre la posibilidad de control judicial para las decisiones tomadas por los cabildos indígenas, agrieta el saber propio de dichos pueblos a favor del conocimiento constitucional. Los dilemas que se derivan de esta cuestión son de una complejidad considerable, pretender resolverlos en estas páginas, aparte de resultar desmedido sería pretensioso. Siendo así, nos concentraremos en algunos casos donde se plantea la violación de derechos fundamentales por parte de las autoridades indígenas.

El patrón fáctico o escenario constitucional en que situaremos la disertación es el de la vigencia de los derechos fundamentales dentro del principio de diversidad étnica y cultural⁴². Para decirlo en términos de la sentencia de la que retomamos el mencionado patrón: la “tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales” (Sentencia T-254/94). En una primera aproximación, nos adentraremos en el mencionado escenario a través de cuatro pronunciamientos de la Corte Constitucional. El análisis jurisprudencial podría haber tomado una ruta contraria a la propuesta, en efecto, se habría podido optar por analizar los significativos progresos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Dicho enfoque además de ser plausible, resultaría de una utilidad preeminente en el marco de la realidad política del país, signada por la violación constante de dichas prerrogativas. Sin embargo, el objetivo que nos hemos trazado busca poner en evidencia los desfases argumentativos del Alto Tribunal. Por consiguiente, el objetivo se extiende a casos en que no se cuestiona la defensa de los derechos de los pueblos indígenas sino los fundamentos constitucionales que siguen reproduciendo la lógica del discurso colonial⁴³.

siguiente interrogante al Alto Tribunal por intermedio de su cabildo mayor: “Por qué en vez de entrar en largas consideraciones que ellos no comprendieron del todo, los jueces no se habían limitado a prohibir la entrada de la petrolera a su territorio. Eran concientes de que el fallo los favorecía, pero no era lo que ellos estaban esperando. Definitivamente no solucionaba su problema. La crítica de los indígenas es válida. La Corte se limitó a elaborar un fallo aplicable a cualquier comunidad indígena, no a los U'wa en particular” (Sánchez: 2001, 97).

⁴² “... [E]l multiculturalismo plantea en el mundo contemporáneo desafíos de enorme complejidad a los Estados constitucionales, pues no es siempre fácil construir un orden político fundado en la diversidad, ni armonizar el respeto a la diferencia cultural con la protección de derechos fundamentales que se consideran universales” (Uprimny: 2001, 65).

⁴³ La desigualdad producida desde los discursos que pregonan la igualdad es un fenómeno de vieja data en el mundo de las ideas políticas. En nuestro continente, la denominada “conciencia criolla” es un caso paradigmático dentro de la filosofía política constitucional: “La negación de Europa no fue, ni en la América hispana ni en la anglo-sajona, la negación de “Europeidad” puesto que ambos casos, y en todo el impulso de la conciencia criolla blanca, se trataba de ser americanos sin dejar de ser europeos; de ser americanos pero distintos a los amerindios y a la población afro-

El escrito busca criticar la dicotomía teoría/praxis “fabricada” en el discurso de las ciencias humanas. Bifurcación que en el caso de la tradición constitucional pretende proteger el discurso propio –por tanto práctico-, de aquellos puntos de vista que toman distancia frente al statu quo académico –por tanto abstractos y teóricos-. Los fundamentos de la praxis constitucional descansan en su teoría y pensar que ésta es neutral sería tan ingenuo como sostener que los fundamentos del constitucionalismo nacieron al calor del hedonismo⁴⁴. No se puede perder de vista que al ser los derechos humanos la piedra de toque de los pronunciamientos que pondremos en cuestión, son a la vez las ciencias humanas el soporte práctico de la teoría constitucional: “[l]as taxonomías elaboradas por las ciencias sociales no se limitaban, entonces, a la elaboración de un sistema abstracto de reglas llamado “ciencia” –como ideológicamente pensaban los padres fundadores de la sociología-, sino que tenían consecuencias prácticas en la medida en que eran capaces de legitimar las políticas regulativas del Estado” (Castro-Gómez: 2005, 148).

Debemos aclarar que nuestro escrito no pretende ser una crítica desmedida a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sino un punto de partida para acercarse a la lengua de los directamente aludidos. Quizás, en ese horizonte, los trazos de la interculturalidad sean más hospitalarios y menos ambiguos, pues ya no es la lengua de la Constitución la que habla del *otro* en jerga constitucional, sino la lengua de la Constitución acogiendo lo singular de otro idioma, por tanto, de otro tiempo y otra justicia. En síntesis, podemos decir que si la gran mayoría de las investigaciones han retomado la voz de la Constitución traducida en la doctrina de su guardiana, el presente trabajo volverá sobre el lenguaje en mención pero para “aproximarlo” a la lengua de los actores indígenas. Hasta cierto punto los enfoques se complementan, el problema radica en el privilegio que se le otorga al primero sobre el segundo. Aquí más que del privilegio de una voz se trata de poner al descubierto las voces que han sido acorraladas y silenciadas. Sin desconocer el

americana... Jefferson negaba a Europa, no la Europeidad. Los revolucionarios haitianos, Toussaint l’Ouverture y Jean-Jacques Dessalines, en cambio, negaron Europa y la Europeidad. Directa o indirectamente fue la diáspora africana y no el hemisferio occidental lo que alimentó el imaginario de los revolucionarios haitianos. En cambio, la vehemencia con que se planteaban en Jefferson y Bolívar la separación con Europa era, al mismo tiempo, motivada por el saberse y sentirse, en última instancia, europeos en las márgenes, europeos que no eran pero que en el fondo querían serlo” (Mignolo: 2005, 69-70).

⁴⁴ Nada más ver los pilares del constitucionalismo en la historia de Inglaterra, Francia y Estados Unidos, para comprender que dicho fenómeno resulta del producto de durísimos conflictos sociales. Al respecto puede verse, Uprimny et al., 2008

potencial crítico del constitucionalismo, cuestionamos la lógica con que sigue representando a la humanidad indígena⁴⁵.

Como puede verse el análisis jurisprudencial por el que propenderemos ya no sólo es asunto de ciencia sino sobre todo de conciencia⁴⁶. La teoría del precedente judicial se articula alrededor del derecho a la igualdad y a la coherencia del sistema jurídico, tratándose del derecho a la diversidad étnica y cultural nos es lícito exigirle además el derecho a la diferencia:

Un sistema jurídico que contempla como central la seguridad jurídica y que al mismo tiempo necesita garantizar la igualdad ante la ley, acaba generando un principio de justicia altamente formal: lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual. (Morales: 2005: 39-40)

2. PRECISIONES METODOLÓGICAS

El análisis jurisprudencial que proponemos parte de los procesos de apropiación y reapropiación cultural que tienen lugar en la interacción de la jurisdicción indígena y la jurisdicción constitucional. Trasladando las reflexiones de José Jorge de Carvalho (2005) -en uno de sus prolíficos trabajos sobre las culturas afroamericanas- al lugar de nuestra disertación, sostenemos a suerte de hipótesis que la interacción entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción constitucional podría propiciar tanto “dinámicas positivas de fusión legal”⁴⁷, como “dinámicas negativas de apropiación constitucional”⁴⁸. La investigación de Carvalho estudia los productos de la industria

⁴⁵ En vigencia de la Constitución de 1886 existió un maridaje permanente entre el gobierno de excepción y la exclusión de la población indígena. La Constitución de 1991 avanzó notablemente en los dos flancos, sin embargo, el segundo frente ha logrado mutar hacia niveles jurídicos, políticos y sociales insospechados: “...no obstante la Constitución del 91, los operadores judiciales, algunos de ellos, la gran mayoría, junto con un gran conjunto del resto de los nacionales, mantienen vigentes las formas, las representaciones teratológicas sobre la alteridad de los “pueblos indígenas” para juzgar a sus integrantes y aun, si es del caso, para cuestionar la validez política y jurídica de la Jurisdicción Especial Indígena. Esto significa, en otras palabras, que a pesar de la Constitución del 91 en muchas de las decisiones judiciales y aun de las jurisprudenciales de las altas Cortes todavía se manifiestan encubiertos, con todo su poder y elocuencia, los criterios ontológicos en relación con los cuales se constituyó la Constitución de 1886, los convenios de misiones y las leyes reglamentarias sobre indígenas, entre ellas la ley 89 de 1890” (Barona y Rojas: 2008, 23-24).

⁴⁶ En su reciente visita al país, el antropólogo y etnomusicólogo brasileiro José Jorge de Carvalho, líder del avance de las acciones afirmativas en el medio universitario de su país, afirmaba que hablar de la diferencia cultural no sólo es una cuestión de ciencia sino sobre todo de conciencia.

⁴⁷ Para trabajar dicho aspecto el texto plantea la necesidad de que el derecho constitucional pronuncie su voz a partir de la lógica del derecho internacional, de forma tal, se le solicita al lector ubicar las “dinámicas positivas de fusión legal”, en los argumentos que derivan de nuestra interpretación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (Véase *infra* pp. 96-135).

⁴⁸ Denomino “dinámicas negativas de apropiación constitucional” a la sustracción de voz derivada de aquellos fallos de la jurisdicción constitucional más etnocéntricos, caracterizados por imponer la voz del constitucionalismo y por

cultural de las tradiciones afroamericanas en Iberoamérica. Se trata de un examen riguroso que valora aspectos creativos y perjudiciales del mestizaje cultural de la tradición afrodescendiente con la cultura transnacional de nuestros días.

Nuestro estudio buscaría analizar los productos del derecho de los derechos humanos y su hibridación con derechos propios de los pueblos indígenas. La reflexión propendería por una reapropiación creativa de los segundos respecto a los primeros, y la pregunta constitucional nacería en el plano del mundo indígena y no a la inversa⁴⁹. En el ámbito de su temática, Carvalho (2005) sostendrá que “[g]eneralizando, se puede decir que en estos procesos de recepción creativa la pregunta simbólica no surge de los países centrales, sino que nace directamente de las comunidades afroamericanas” (Ibid, 30). Mutatis mutandis este estudio sostiene que el análisis de los derechos humanos indígenas no debe privilegiar la visión liberal, sino por el contrario, el entendimiento que les otorgan los directamente interesados.

El itinerario que depara el análisis jurisprudencial busca evaluar interpretaciones constitucionales alternativas, que de la mano del derecho comparado internacional, apunten al fortalecimiento de los pilares de la justicia propia de los pueblos indígenas⁵⁰. El balance doctrinal constitucionalismo/pluralismo ha devenido en una suerte de *ecualización constitucional* del pluralismo, donde los fundamentos de éste han terminado dependiendo de las trazas heredadas del primero. Es como si la aceptación de *otros* derechos y justicias se juzgara siempre a partir del *mismo* modelo de filosofía política, es decir, como si el constitucionalismo grabara su voz transmitiéndola a los modelos de justicia de todas las culturas del mundo. Carvalho explica el

perder de vista la realidad particular de la justicia de cada grupo étnico. Dicha “dinámica”, puede ser leída dentro de aquella hipótesis de trabajo más general, según la cual, el pluralismo jurídico en Colombia devino en un monolingüismo constitucional.

⁴⁹ El análisis jurisprudencial propuesto no sólo reconoce la cooptación propiciada por el discurso constitucional frente a la justicia indígena, sino también los procesos de resistencia que se gestan desde esta última respecto al primero. En el caso de Carvalho este punto también está claro: “En el caso de Afroamérica Latina y caribeña todavía las fusiones e hibridismos expresan una política de resistencia con un discurso alternativo y libertario, quizá más intenso y aun más teñido de utopías, que lo aparta del fuerte nihilismo de los colectivos afro de Estados Unidos e Inglaterra” (Carvalho: 2005, 35).

⁵⁰ Se trataría de las reapropiaciones creativas que las propias comunidades realizan del derecho de los derechos humanos a favor de su propia justicia. “Obviamente, ese hibridismo sólo es cuestionador en la medida en que los actores sociales sean capaces de luchar por mantener una lectura crítica de los símbolos culturales y resistan constantemente los intentos de los poderosos por deshacer la ambigüedad y restaurar la norma y la unidireccionalidad de sentido” (Ibid, 38).

fenómeno en mención, dentro de la producción de industria cultural de los afroamericanos de la siguiente manera:

García Canclini conecta esas ideas incluso con mi metáfora de la ecualización, que he tomado del campo de la grabación, y según la cual el mismo modelo de ecualización de frecuencias concebido para la estética de la música occidental, se aplica a la transmisión de toda la música del mundo, domesticando su diferencia en un único molde de commensurabilidad y patrón estético.

Entiendo que la utilidad de estas teorizaciones sea alertarnos para que nuestro esfuerzo a favor de la preservación de las formas simbólicas latinoamericanas no resulte en un multiculturalismo ecualizado que domestique el carácter reivindicatorio y desestabilizador de las igualdades sufridas por nuestras comunidades afroamericanas –o en nuestro caso indígenas-. (Ibid, 39)

La hibridación entre los derechos humanos y los derechos propios de los pueblos indígenas sólo se puede concebir en la medida que se les pregunte a los pueblos interesados aquello que entienden por justicia. Ese sentido particular develará los aspectos que la justicia indígena puede “negociar” con la justicia constitucional, y aquellos que definitivamente son “innegociables”. De tal manera, la singularidad de cada pueblo indígena deparará concepciones particulares de justicia, si se quiere, a cada cultura le corresponde un proyecto particular de valoración de lo justo y lo injusto.

Nuestro trabajo parte de reconocer la singularidad de la justicia de los pueblos indígenas, pero al mismo tiempo, intenta ubicar algunos pilares compartidos por los pueblos nativos del continente en lo que a su entendimiento de la ética se refiere. Nuestro punto de partida para trabajar este tema es la importancia que los pueblos indígenas le dan a la prevalencia del equilibrio natural como una necesidad cósmica para el equilibrio entre las relaciones de los hombres en su vida cotidiana⁵¹. El derecho de conservación del equilibrio natural configura el derecho a la vida de los pueblos indígenas, dicho derecho, jamás podrá ser negociado o apropiado:

El mayor problema en un contexto de desarrollo de la cultura afroamericana –en nuestro caso indígena- es el de las tradiciones ritualizadas o sagradas, las cuales no operan en el mismo espacio de “traducibilidad” cultural común a las formas profanas o secularizadas. Para ellas, muchas veces la exposición a la apropiación comercial puede tener un efecto devastador (Ibid, 40).

⁵¹ Sobre el mismo supuesto será trabajado el tema de las reparaciones colectivas en el marco del derecho internacional comparado (Véase *infra* pp. 137-196).

Entre los bienes culturales que se pueden negociar y aquellos innegociables –entre el fecundo diálogo intercultural de la tradición de los derechos humanos con los derechos indígenas-, resulta estimable preguntarse por la transacción de derechos que los pueblos indígenas consideran innegociables. En el caso de nuestro análisis jurisprudencial, dicho ejemplo, se trabajará desde casos en que las propias personas indígenas acuden al discurso dominante para cuestionar sus tradiciones. Indígenas que se “*desindianizan*” les llamaremos. Indígenas que acuden selectivamente a las reglas del constitucionalismo o a las de su justicia tradicional según les convenga. Sobre este contexto, como lo anuncia Carvalho, confabula incluso “algo más grave, que amerita una reflexión densa: no solamente los blancos periféricos miran su cultura afro – indígena en nuestro caso- con mirada mercadológica y exotizante, también algunos artistas negros –indígenas en nuestro caso- se comportan del mismo modo” (Ibid, 40).

Los extremos de lo “negociable” y lo “innegociable” no son clausurantes⁵², ni el uno ni el otro gozan de una “pureza metodológica”. No se trata de una lista o catálogo definido, entre uno y otro se desenvuelven apropiaciones y reapropiaciones constantes, signadas por contextos específicos y fluctuantes de extremo a extremo: siempre “impuras”, pues no hay “una barrera de rechazo absoluto ni de asimilación sin resistencia” (Ibid, 42). La política de hibridación entre el discurso constitucional de los derechos humanos –que ha incluido dentro de su catálogo a unos de familia indígena-, y el de justicia y derechos con cultura propia –en este caso no propiamente constitucional-⁵³, pende y depende de una transacción que puede beneficiar a los pueblos indígenas, pero que para eso mismo, necesita definir aquello que no es objeto de ningún contrato.

⁵² “Ello no quiere decir que en el campo de lo sagrado no haya existido negociación, por el contrario, la mayoría de las instituciones de origen afro –indígenas en nuestro caso- en Iberoamérica se caracterizan por su gran capacidad de incluir y asimilar lo diferente” (Carvalho, Ibid, 43).

⁵³ El ordenamiento llega después de la cultura y no hay dogmática que sobreviva sin historia previa: “No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fechas conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante” (Francisco Tomás y Valiente citado por Clavero: 1997, 181-182). Carga de la que la historia constitucional suele olvidarse provocando la muerte histórica de otras culturas. El constitucionalismo pretérito y el derecho internacional presente identifican los márgenes de la humanidad que nació con cultura y la de aquella que carecería de ella: “El potencial amplificador de sujetos de derechos por el constitucionalismo conoce sus límites marcados por su propia identificación con la civilización, por esa otra característica constitutiva que no hemos visto despejarse. La misma comprensión preconstitucional del status infantil de la otra humanidad tampoco ha caducado entonces. La ha hecho suya un derecho internacional de tiempo constitucional. Y no basta ahora su cancelación” (Ibid, 38).

Una de las particularidades más importante de la justicia y los derechos indígenas es que se desarrolla mediante rituales que tienen como fin mantener el orden del entorno natural de la comunidad⁵⁴. “Lo negociable sólo puede operar de un modo constructivo si se propone aquello que es innegociable. El canto ritual iniciático no puede volverse mercancía. Desarrollar las tradiciones sagradas afroamericanas –en nuestro caso indígenas- es protegerlas de la letal mercantilización creciente de las cosas del mundo” –en nuestro caso de la universalización de la justicia constitucional en detrimento de las justicias indígenas (Ibid, 44-45).

Tal como sería infructífero hablar del concepto de Constitución en sentido moderno sin precisar los textos y contextos que hicieron emerger dicha categoría, hay características innatas a las justicias de los pueblos nativos que por fuera de sus textos y contextos pierden el poder que han adquirido dentro de las historias de vida de sus culturas. Los ejemplos de José Jorge de Carvalho en el ámbito de los géneros musicales sagrados afro vuelven a resultar pertinentes en los contornos de la justicia indígena. Para Carvalho, cuando hay una expropiación unilateral de una forma simbólica sagrada –signos que son constantes en las éticas indígenas-, se pueden destruir los cimientos que le dan un contexto ritual a dicho conocimiento (Ibid, 44). En el marco de nuestra disertación, podríamos decir que el diálogo entre la justicia constitucional y las justicias indígenas resulta creativo cuando las últimas se fortalecen a partir de la primera –como sucede muchas veces con el discurso de los derechos humanos-. Sin embargo, el diálogo se desnaturaliza cuando las reglas de habla se concentran en la institucionalidad de la justicia constitucional – como vuelve a suceder otro tanto con el mismo discurso-.

La primacía de la justicia constitucional desemboca en un punto siego de transacción, pues de poco serviría la aceptación formal de textos y contextos que se diferencian de la lógica dominante, si esta última incluye a lo *otro* sin realizar el mínimo esfuerzo de reconocerlo como *diferente*. Al decir de Carvalho, resulta fundamental que el cultivo de los símbolos sagrados de las comunidades sea controlado por ellas y con él “la diseminación de los textos culturales que

⁵⁴ “Reitero que la ‘justicia social’ es una sub-forma de la justicia cósmica’. Para la filosofía andina, las relaciones sociales no son principalmente distintas de las relaciones cósmicas (pachasóficas). El equilibrio social (‘justicia’) contribuye al equilibrio cósmico, y éste se expresa –entre muchas otras formas- por la justicia social” (Estermann: 1998, 239).

producen” (Ibid, 45). Su modelo es el de los congados en Brasil⁵⁵, que en la última década se han visto enfrentados a la pérdida del control relativo de un universo simbólico que les perteneció durante casi 200 años. “De repente, dentro de esa lógica voraz de la búsqueda de lo exótico que caracteriza al canibalismo cultural contemporáneo, han aparecido grabaciones de cantos rituales del congado” (Ibid, 41). Dichos discos produjeron una crisis política al interior de las cofradías: entre aquellos que encontraron algún tipo de “ganancia” al permitir las grabaciones y aquellos que las repudiaron por haber sacado a su tradición del contexto ritual⁵⁶.

Este escrito quiere poner de presente el canibalismo cultural de algunos fallos de la Corte Constitucional, signados por argumentos que han entrecruzado doctamente teoría constitucional y teoría colonial, construyendo una imagen de sujeto jurídico⁵⁷ que no corresponde a la que los pueblos indígenas reivindican dentro de sus comunidades.

Cabe puntualizar, que otra cosa es entender que la defensa de los derechos indígenas puede ser realizada desde el constitucionalismo, tutela absolutamente plausible y mestizaje definitivamente conveniente. Así, tal como lo plantea Carvalho para el gelede, podríamos hacerlo nosotros para las justicias indígenas: “preservar el gelede significaría preservar la institución gelede y no edificar un gran museo con máscaras muertas que una vez fueron usadas por los iniciados en el interior de la sociedad gelede” (Ibid, 47). Preservar las justicias indígenas comportaría resguardar sus instituciones y no erigir una jurisprudencia que desde la lengua constitucional mata paulatinamente a las lenguas maternas de las humanidades indígenas.

⁵⁵ “Los congados son las cofradías afrocatólicas brasileñas que ofrecen un espacio ritual poderoso de afirmación de la condición negra en Brasil equivalente, en importancia simbólica, al candomblé. El repertorio del congado se canta predominantemente en portugués, pero todas las canciones poseen un sentido esotérico, opaco para los que no pertenecen a la cofradía” (Carvalho: 2005, 41).

⁵⁶ “Los congados sienten que empezaron a perder el control de sus textos sagrados. Idéntico sentimiento (o por lo menos presentimiento) debe asaltar en este momento a innumerables comunidades e instituciones culturales en toda el área afroamericana” (Ibid, 45).

⁵⁷ El Estado, su derecho, y jurisprudencia se han atribuido el poder de nominar las características del sujeto de derechos, para nuestros efectos, la humanidad indígena: “Por lo que pueda luego pasar y para que sigamos cobrando perspectiva, puntualicemos también que los estados y así las personas son históricamente cosas no determinadas por las leyes o normas de decisión política de presente, sino configuradas por una jurisprudencia o cultura de raíces antiguas y gestación medieval más sustantiva. Toda la literatura histórica de estados y así, sólo así, de personas, como fue ayer ordenamiento, puede ser hoy testimonio. Debe serlo si queremos comprender unos inicios constitucionales, los nuestros” (Clavero: 1997, 18-19).

Para desarrollar el marco teórico y las hipótesis propuestas hemos escogido cuatro sentencias de la Corte Constitucional. Los fallos se seleccionaron teniendo en cuenta las tendencias doctrinales de la Corte y su ubicación en tres períodos de tiempo: fase temprana, fase intermedia y fase reciente. En segundo lugar, se consideró que el trabajo etnográfico de esta investigación se desarrolló en la región andina. En consecuencia buscamos fallos que siendo doctrinalmente importantes resultaran idóneos para relacionarlos con los pueblos indígenas ubicados dentro de las mencionadas coordenadas geográficas. Este último punto me permitió realizar comparaciones con la vida de los pueblos que he tenido contacto. Si bien es cierto que en perspectiva etnográfica resulta indispensable entablar relación directa con los pueblos de los que se pretende hablar, no es menos cierto que tratándose de experiencias de pueblos de la misma raíz cultural, un cierto grado de comparación puede resultar pertinente. En todo caso, cada vez que aventuré un paralelo, tuve el cuidado de evaluar el contexto político y social para emitir juicios de valor respetuosos de la identidad cultural de cada pueblo indígena.

Para analizar la fase temprana de la jurisprudencia constitucional se eligió la sentencia T-254 de 1994. Su estudio intenta mostrar la preponderancia de la Constitución y la ley frente a la justicia indígena en la primera etapa de la Corte Constitucional. La “equivalencia” inmoderada de la fase temprana repercutió en la desarticulación de las autoridades de los cabildos y puso en vilo sus estructuras de gobierno.

La fase intermedia es trabajada a través de las sentencias T-496 de 1996 y T-523 de 1997. En el caso del primer pronunciamiento se pone en entredicho el paradigma multicultural que rescata la Corte en su jurisprudencia. Se destacan dos falacias de la dinámica de la jurisprudencia constitucional: a. el déficit de diálogo que propicia la Corte Constitucional con las autoridades de los pueblos indígenas, y b. los problemas de reivindicar procesos de aculturación masiva de los pueblos indígenas, desconociendo las reapropiaciones culturales de prácticas propias del derecho occidental al interior de dichos pueblos.

La sentencia T-523 de 1997 es analizada como un intento afortunado de brindar autonomía real a la jurisdicción indígena. En nuestro parecer se trata de uno de los pronunciamientos mejor logrados del Tribunal Constitucional, por lo que reivindicamos sus meritos y aciertos. Sin embargo, realizamos un par de anotaciones críticas instaladas en el núcleo discursivo de nuestra investigación. En primer lugar, exponemos los problemas que derivan del control judicial a las

decisiones de los cabildos, anotando la responsabilidad de la jurisdicción constitucional en la pérdida de las costumbres de los pueblos indígenas. En segundo término, propendemos por la creación de una jurisdicción intercultural y cuestionamos la clara distinción entre sociedades políticamente desarrolladas y subdesarrolladas insinuada por la Corte.

La fase reciente es trabajada a partir de la sentencia T-1127 de 2001. En este último caso mostramos las falencias de las fuentes doctrinales utilizadas por la Corte Constitucional, reivindicamos la existencia de identidades optativas y múltiples, y criticamos la separación tajante entre derechos individuales y colectivos.

Por consiguiente, vamos desmadejando el ovillo a través de los hechos y que sean ellos los que nos vayan soltando el hilo para adentrarnos en los rompimientos de las justicias indígenas por la vía del enfoque de las filosofías constitucionales.

3. PRIVANDO HUMANIDADES

Antecedentes: En el año de 1994 Ananías Narváez interpuso acción de tutela contra la directiva del cabildo de la comunidad indígena de El Tambo, municipio de Coyaima (Tolima), por que dicha comunidad decidió expulsarlo de su parcela junto con su familia por la supuesta comisión del delito de hurto, despojándolo además de sus cultivos. El desterrado por intermedio de apoderado judicial, expuso que la decisión del cabildo “vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra y el buen nombre y a la vida, y desconoció la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación” (Sentencia T-254/94).

Según el peticionario, el día 19 de diciembre de 1992 se realizó una reunión en la comunidad indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, en la que se decidió expulsarlo, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto. Su exclusión de la comunidad se realizó, según sostuvo, sin fundamento probatorio y sin que las directivas del cabildo indígena hubieran adelantado investigación alguna en relación con los hechos imputados. Igualmente, con base en rumores que ninguno sustentó -afirmó-, se lo despojó de la parcela adjudicada a él por la comunidad, de aproximadamente dos hectáreas, en la que tenía cultivos de yuca, caña, plátano, maíz, limones, maracuyá, mango y papayos. La directiva del cabildo indígena no aceptó su propuesta en el sentido de que se dejara la parcela a un hijo menor suyo, de 16 años de edad, en cuyo caso él abandonaría voluntariamente la comunidad. Pese a la mediación del Consejo

Regional Indígena del Tolima CRIT, el cabildo indígena reiteró su decisión de "expulsarlo" y "desterrarlo" junto con su familia, a pesar de residir y laborar en la comunidad hace más de 11 años, habiéndose caracterizado por ser un auténtico líder preocupado por su bienestar.

Fallo de primera instancia: La sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Tolima, denegó la tutela por considerar que la decisión comunitaria de expulsión adoptada por la comunidad indígena en contra del actor se adoptó en ejercicio de su derecho de libre asociación (CP art. 38), y no tenía el carácter de acto administrativo o judicial proveniente de las autoridades que integran el cabildo. Estimó, además, improcedente la acción de tutela para obtener el pago de mejoras por existir otros medios de defensa judicial -los procesos civil y laboral-, no pudiéndose admitir tampoco la acción de tutela como mecanismo transitorio por haberse consumado el daño (Ibid, p.4).

Fallo de segunda instancia: La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia impugnada. Encontró demostrado que la sanción no fue arbitraria y que se impuso luego de varias amonestaciones hechas al petente por la comisión de conductas contrarias a las costumbres y normas internas. Además, avaló la sentencia de tutela por no ser esta acción la vía procesal adecuada para el reconocimiento de mejoras (Ibid, p.8).

3.1. Consideraciones de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional considera que para poder establecer la licitud de la decisión de expulsar de la comunidad al accionante, se hace necesario determinar el ejercicio de las atribuciones que el artículo 246 de la Constitución le otorga a las autoridades indígenas y a su jurisdicción especial. Con el fin de esclarecer dicho interrogante la Corte estima pertinente enunciar los principios y reglas que surgen de la tensión existente entre el régimen político unitario republicano y el reconocimiento de la autonomía a los territorios indígenas. Con ese objetivo señala que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas derivadas de los principios de diversidad étnica y cultural, deberá interpretarse de acuerdo a lo que establece la Constitución y la ley (Ibid, p.18).

Según la Corte uno de los fines de la Carta de 1991 es el fortalecimiento de la unidad nacional. Por consiguiente, la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el texto constitucional: “de

conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley (CP arts. 246, 330), de forma que asegure la unidad nacional [énfasis de la Corte Constitucional] (Ibid, p.19).

La atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas conlleva al dilema de establecer cuál es la jerarquía existente entre la ley, y las costumbres y usos indígenas como fuentes de derecho. Para resolver los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, el Tribunal Constitucional planteó el respeto mínimo de cuatro reglas interpretativas sustentadas en la primacía de la Constitución y la ley respecto a las normas y procedimientos establecidos por los pueblos indígenas. A continuación desentrañaremos el sentido práctico de dichas reglas:

a. A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.

Para la Corte Constitucional los procesos de colonización y la progresiva integración de los pueblos indígenas del país a la sociedad mayoritaria han producido en mayor o menor grado la destrucción de su cultura. Según ese criterio y en aras de la estabilidad jurídica y social dentro de los colectivos étnicos, la Corte diferenció entre las comunidades indígenas que conservan sus usos y costumbres, y aquellas que han perdido su patrimonio cultural. Los derechos del primer grupo en principio deben ser respetados. Mientras los derechos de aquellos grupos que no conservan sus usos y costumbres, deben regirse en mayor grado por las leyes de la república. A decir de la Corte Constitucional, “repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones” (Ibid, 20).

La regla simplifica las dinámicas de los procesos coloniales, dejando de lado los aportes que las ciencias sociales han realizado en este debate. En la resistencia del colonizado al colonizador emergen procesos de apropiación y reapropiación, donde lo ajeno se resignifica en el seno de lo propio⁵⁸. En el mundo de la cultura no existen apropiaciones absolutas, la imposición total pierde

⁵⁸ Es lo que muestra Arguedas cuando expone la función que cumple la religión católica y la religión local en Puquio. De las diferentes versiones del mito de Inkari recogidas por Arguedas, puede colegirse que existe una separación entre Inkari (el Dios local “creador de los wamanis y de todas las cosas entre los dioses indígenas) y el Dios católico. Mientras al primero no se “lo concibe como Dios pudiente sino latente”, al Dios católico se lo ubica estratégicamente en las versiones de los mitos por encima de Inkari, pero en la vida cotidiana es un Dios pudiente y no latente (Arguedas: 1981, 43).

sus contornos en la imposibilidad misma de la totalidad. Ahí donde el *amo* da por sentada su lengua, reaparecen *otras* lenguas que desfiguran la integridad. En el mismo sentido, no existen apropiaciones absolutas en el plano de la ley. Como la lengua, la ley se apropia y es reapropiada. De los procesos de apropiación y reapropiación surgen lenguas y leyes. No hay ordenamientos jurídicos puros, el mestizaje cultural se convierte en mestizaje jurídico⁵⁹. No hay apropiación absoluta, y si su intento data de la historia colonial, su decurso precisa contusiones y magulladuras:

... Acontecimiento traumático porque aquí se trata nada menos que de golpes y heridas, de cicatrices, a menudo de crímenes, a veces de asesinatos colectivos... En la tierra de los hombres de hoy, algunos deben ceder a la homo-hegemonía de las lenguas dominantes, deben aprender la lengua de los amos, el capital y las maquinas, deben perder su idioma para sobrevivir o para vivir mejor... (Derrida: 1997, 41-48).

Esther Sánchez e Isabel Cristina Jaramillo, mostraron que no era razonable otorgar derechos a los pueblos indígenas a la luz de la comparación entre sus “costumbres modernas” y las costumbres que practicaban antes del proceso de conquista y colonización⁶⁰. Por su parte, Daniel Bonilla concluyó que en el caso de El Tambo la Corte inclinó la balanza hacia el polo de la unidad cultural y los valores liberales⁶¹. Mi lectura, coincidiendo con aquellas apreciaciones que destacaron la penuria de la sentencia de El Tambo, cuestiona una serie de argumentos que aparecieron tanto en la doctrina como en la nueva jurisprudencia de la Corte, consideraciones,

⁵⁹ El trabajo de Martín Bernal es paradigmático como sustento historiográfico de la tesis en mención. Según Bernal, la pureza metódica de occidente es un mito que se encuentra fuera de base, incluso, al interior del sistema cultural que la sustenta. La centralidad de Grecia como cuna de la filosofía mundial más que el producto de su originalidad es el resultado de una invención ideológica. Tal como lo demuestra Bernal, “la civilización griega es resultado de la mezcla de culturas originada por esas colonizaciones (la de los egipcios y fenicios) y de otros préstamos posteriores, procedentes del Mediterráneo oriental”. Sus fuentes dan cuenta por ejemplo “de los orígenes fenicios tanto de la polis, o ciudad-estado, como de la “sociedad esclavista”, según la concepción marxista, unidad global surgida hacia los siglos IX y VIII [y] de la transmisión de la ciencia, de la filosofía y de las teorías políticas de egipcios y fenicios a través de los griegos, “fundadores” avant la lettre de dichas materias, si bien en realidad las aprendieron estudiando en Egipto y Fenicia” (Bernal: 1995, 30-47).

⁶⁰ “¿A que conservación se refiere la Corte? Al parecer, lo que quiere decir es que mientras más similitudes guarde un pueblo indígena actual con los pueblos indígenas que habitaban el territorio colombiano antes de los procesos de conquista y colonización, más derechos tienen. ¿Es esto razonable?” (Sánchez y Jaramillo: 2000, 153-154).

⁶¹ “En suma, en este caso la Corte inclinó la balanza hacia el polo de la unidad cultural de la tensión constitucional. Los valores liberales deberían ser la lengua franca hablada por todas las culturas. Si una cultura no habla este lenguaje, no será reconocida ni acomodada” (Bonilla: 2006, 167).

que pretendieron ubicarse por fuera de los supuestos derivados de la jurisprudencia temprana del Tribunal Constitucional, pero que no hicieron cosa diferente a legitimarlos⁶².

En el mismo trabajo que Daniel Bonilla criticó las célebres reglas de la Corte, afirmó, que producto del variado grado de asimilación a la cultura dominante, los pueblos indígenas de Colombia presentan diferencias notables. Así, algunos pueblos indígenas “no pueden distinguirse de las comunidades campesinas de la cultura mayoritaria (v.gr., los muiscas, kankuamos y coyaima – natagaimas) y algunos pocos de ellos organizan su vida privada y pública a través de costumbres que no han cambiado notoriamente durante siglos (v.gr., los nukak makús)” (Bonilla: 2006, 165).

La tesis utilizada por el profesor Bonilla, en la que puede advertirse un argumento de grado, según el cual, existirían pueblos indígenas que difícilmente se podrían distinguir de las comunidades campesinas y pueblos indígenas que han mantenido sus costumbres durante siglos, no hace cosa diferente a reproducir la regla de la Corte que estamos examinando: “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”. Existen al menos tres trabajos clásicos que se mueven entre la antropología, la etnología, y la etnografía que ampliando los argumentos de Bonilla en el campo del derecho, critican su argumento de grado en el campo de los procesos de apropiación y reapropiación identitaria.

El primer trabajo –sobre el que regresaré– es de José María Arguedas (1981), investigación de una calidad etnográfica sin precedentes en América Latina. En ella, el maestro peruano muestra la importancia del mestizaje y la improcedencia de los purismos culturales en cualquier diálogo de saberes. La segunda investigación es de Guillermo Bonfil Batalla, que acuña el concepto de desindianización con el propósito de caracterizar procesos de cambio ideológico en México, donde varios pueblos se despojaron de su identidad indígena en respuesta a presiones externas. “Desde su punto de vista, la desindianización es un fenómeno puramente ideológico; no necesariamente implica el consecuente rechazo a los elementos de la cultura indígena” (Citado por Rappaport: 2005, 59). La mayoría de los denominados pueblos desindianizados que Bonfil Batalla observó en México siguieron conservando una cultura similar a la de los pueblos

⁶² Toda vez que el enfoque de este trabajo se quiere alejar de las generalizaciones, aclaro de entrada la dificultad de encajar a toda la literatura y a cada una de las sentencias de la Corte dentro de la perspectiva que he dejado enunciada. En la medida que vayamos avanzando iré señalando distancias y resonancias con cada una de ellas.

indígenas vecinos. Finalmente, está la etnografía de Joane Rappaport, en mi opinión, un material de consulta obligatoria para acercarse al debate de pluralismo jurídico en el país. La antropóloga norteamericana analizó el caso de varios resguardos indígenas en el departamento de Nariño, preocupándose por estudiar la definición legal de ‘indígena’ desde distintas dimensiones. Una lectura desde la antropología jurídica y política le permitió demostrar que las definiciones legales de la identidad indígena influyeron de manera notable en el cambio conceptual de la identidad entre los propios indígenas (Rappaport: 2005, 58-59).

Analizando la historia de liquidación de algunos resguardos de Nariño que fueron despojados de sus tierras comunales, Rappaport encontró que uno de los argumentos más recurrentes para extinguir el resguardo de Ancuya y varios resguardos quillasingas cercanos a Pasto, fue el de calificar a sus pobladores como campesinos. A pesar de existir documentación colonial que atestigua el carácter de resguardo del territorio del pueblo pasto en Ancuya, y del usufructo constante de las tierras en que se asentaban los quillasingas; hay también evidencias empíricas de que el gobierno construyó un discurso de “campesinización” de los pueblos indígenas proclive a sus intereses de desamortizar sus tierras:

La perspectiva evolucionista que guió los valores de la mayor parte de autoridades gubernamentales alentó el uso de argumentos culturales para persuadir a los comuneros de que ya no eran indígenas. En un estudio sobre el resguardo de Chachaguí, por ejemplo, los observadores de Bogotá concluyeron que “sus miembros gozan de un nivel cultural semejante al del resto de la población campesina del país”. El estudio oficial de Males alega que el monolingüismo castellano reveló ausencia de cultura indígena, haciendo eco de los argumentos de comienzos del siglo XX que favorecían una política de aculturación a través de la enseñanza del lenguaje; debates similares alimentan la crítica actual sobre el mantenimiento del status de resguardo en Cumbal (Rappaport: 2005, 60).

Sostener sin más, y en las actuales circunstancias del país, que los muiscas, kankuamos y coyaima – natagaimas no pueden distinguirse de las comunidades campesinas de la cultura mayoritaria, es desconocer que estos pueblos sufren hoy atropellos tan grandes como los padecidos por los pastos y quillasingas en el sur del país. Entre aquella regla de la Corte Constitucional, según la cual “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía” y aquella asunción comparativa entre pueblos indígenas campesinizados y pueblos indígenas con costumbres invariables emerge un nuevo axioma: “a menor grado de campesinización de un pueblo indígena mayor número de derechos”.

b. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.

Para el Tribunal Constitucional a pesar 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, 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 diversos pueblos indígenas que habitan el territorio nacional.

La presente regla es el punto de partida para jerarquizar los derechos constitucionales respecto a los derechos de los pueblos indígenas. La interpretación parte de la superioridad implícita e inmanente de la cultura constitucional sobre las culturas indígenas, y por tanto, cierra la posibilidad de un diálogo intercultural comprometido con el respeto de la diferencia en pie de igualdad. Igualdad, que contrario a aquello que predica la lógica excluyente del liberalismo individualista, precisa de una relación profunda de alteridad. En la medida que dos tradiciones de derechos y justicias dialogan, el entendimiento se encuentra mediado por el reconocimiento del *otro* como prójimo. De poco vale reconocer los derechos y las justicias de los pueblos indígenas en estricta lógica constitucional, en ese caso, se trata de asimilación del *otro* desde la totalización del pensamiento uni-identitario de lo mismo.

La relación ética se encuentra urgida de lo localizable, y lo concreto no se puede encontrar en discursos que convierten la realidad del *otro* en su propia realidad, ahí, más que localización subsiste exclusión. La relación de los derechos constitucionales con los derechos indígenas se torna más justa si parte de la diferencia radical que las singulariza, por tanto, ya no se trata de la igualdad liberal sino de una “relación [que] es por necesidad asimétrica y no-recíproca, en la medida en que el imperativo del otro se dirige a mí y tan solo a mí. Esta equidad no es igualdad sino asimetría absoluta” (Douzinas: 2008, 424).

En el caso del denominado constitucionalismo multicultural, es el carácter único e irrepetible de los derechos indígenas el que le brinda identidad al constitucionalismo. “El que mi identidad sea intersubjetiva resulta no de una lucha por el reconocimiento, sino más bien de mi sujeción al otro que no tiene lugar a través de leyes y estructuras” (Idem). En la medida que los pueblos indígenas demandaron protección de los derechos humanos, estos últimos adquirieron una responsabilidad frente al *otro* que ha de ser respondida a partir de la peculiaridad de los nuevos derechos humanos

–los indígenas-. Para cumplir el compromiso no sólo se requiere brindar la protección que comporta la universalidad de los derechos humanos, además, hay que comprender que los sujetos y comunidades no son universales, y que es necesario contextualizar los derechos para su praxis cotidiana: “Al contrario de lo que piensa la filosofía moral, la demanda y el imperativo no dependen de la razón universal o la ley universal sino de un encuentro empírico situado en la historia” (Idem).

La ubicación temporo-espacial en que aparece la realidad coyuntural que conecta los derechos propios de los pueblos indígenas con los derechos humanos⁶³-, conlleva a que tanto el universalismo abstracto del liberalismo más pedante como el relativismo particularista del cinismo confeso, pierdan todo sentido en la vida cotidiana de los pueblos indígenas. La dificultad de la aplicación de los derechos humanos sobreviene cuando se desconoce que su legitimidad depende de la aplicación a colectivos concretos, por tanto, con historias y fuentes de vida delimitadas⁶⁴. La pugna que la Corte Constitucional establece entre los derechos fundamentales constitucionales y aquellos *otros* indígenas que podrían contravenirlos, resulta de un equivoco repetitivo que observa realidades antitéticas en la igualdad y la diferencia, como si diferencia significara desigualdad y como si igualdad comportara oposición a la diversidad⁶⁵. Héctor Díaz Polanco (2005), observa en dicha disyuntiva una de las debilidades más protuberantes del multiculturalismo contemporáneo, debilidades que reportan ventajas para los discursos esencialistas:

Las ventajas que para cada una de las posiciones implica el refuerzo recíproco ayudan a explicar que muchos liberales estén interesados en presentar a su adversario autonomista como un esencialismo etnicista; y que cierto autonomismo amarrado a los principios del relativismo absoluto sólo vea liberalismo homogeneizador en cualquier referencia a los derechos fundamentales que la humanidad debe ir construyendo mediante el diálogo y el acuerdo. Cabe aclarar que de la parte indígena, al menos de su sector

⁶³ Sobre la realidad en mención desarrollaremos los fundamentos conceptuales del capítulo IV, donde los procesos de reparación colectiva de los pueblos indígenas serán analizados en el marco de la mencionada intersección: se articularán dos escenarios disímiles que por una realidad de sociedades ocupadas en procesos pragmáticos de reconciliación, integran la defensa jurídica de los derechos humanos con la defensa política de la diversidad cultural. (Véase *infra* pp. 137-196).

⁶⁴ Se trata de una realidad concreta “que nada tiene que ver ni con el egoísmo del individualismo ni con la certeza y la seguridad propia de la pertenencia comunitaria” (Douzinas: 2008, 425).

⁶⁵ “La sociedad de las autonomías es aquella en que la igualdad y la diferencia van de la mano” (Díaz Polanco: 2005, 63).

más representativo, el planteamiento de la cuestión en tales términos estrechos es insostenible y arranca de una interpretación sesgada de sus argumentaciones (Ibid, 44).

En la regla de la Corte Constitucional los derechos humanos no son una realidad histórica sino una *invariante cultural*. De ahí que el denominado núcleo esencial de los derechos fundamentales parta de su superioridad respecto a los derechos indígenas, desconociendo que la defensa de los derechos humanos tiene que darse a partir de la consideración concreta de los sujetos con los que va a interactuar y de la contingencia de sus derechos. Los derechos humanos son universales cuando predicen relacionalidad, en nuestro caso, si dimensionan la necesidad ética de escuchar las voces de los pueblos indígenas⁶⁶. La universalidad de los derechos, incluso en términos liberales, depende de la aceptación histórica de multiplicidad de naturalezas humanas: “La filosofía intercultural no considera los Derechos Humanos como ‘invariantes culturales’ o ‘depósito supracultural’, sino como resultado de un polílogo intercultural’, basado en ‘invariantes humanos’ (Estermann: 1998, 238).

c. 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.

Para la Corte Constitucional 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. Para la Corte hay un ámbito intangible del pluralismo y 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. En todo caso las funciones jurisdiccionales y administrativas asignadas a los pueblos indígenas deberán ejercerse respetando las leyes imperativas que protejan valores constitucionales superiores.

⁶⁶ “Si la sujeción a las normas auto-legisladas es el elemento clave de la identidad y la autonomía, como insistía Kant, entonces dicho proceso involucra el reconocimiento del carácter no esencial de la naturaleza humana, la indeterminación en el corazón del sujeto y la apertura de lo social” (Douzinas: 2008, 446).

La Corte Constitucional explícita la superioridad de los valores constitucionales sobre los derechos indígenas. La exclusión como rasgo inherente al proyecto de modernidad⁶⁷ presenta repercusiones en el campo jurídico que han logrado reacomodarse en el discurso constitucional. La lógica condicionante del reconocimiento constitucional le da cabida a las voces indígenas siempre y cuando se acomoden a lo establecido por la Constitución y la ley. Se trata de un reconocimiento que niega que la identidad pluralista reivindicada desde el derecho constitucional germina a partir de la interpelación de los directamente interesados, y que su mundo social y espiritual no puede reducirse a abstracciones legales:

En tal sentido, el otro ha estado siempre y desde ya en el interior de sí mismo, es una alteridad que descentra y despoja al sí mismo de su primacía. El rostro es una huella de alteridad inscrita en el fundamento del sí mismo. Si tal es el caso, entonces el regreso a sí mismo desde la alteridad está expuesto a esta exterioridad que deja su huella pero que no puede nunca ser interiorizada del todo. El sí mismo está siempre perseguido por la demanda imperativa del otro. Jamás puede retornar del todo a casa, siempre es un exiliado interno (Douzinas: 2008, 425-426).

Desde este punto de vista el entendimiento de los derechos humanos presenta un giro radical. Ellos son ante todo concreciones de los derechos de los *otros*, y responsabilidades y deberes de aquel que dice defenderlos. Únicamente después de esa responsabilidad originaria aparece un tercero que entra en escena. Las confrontaciones entre prójimos representan el tránsito del *otro* al ellos, entonces, asoman los conflictos: “[e]l mundo social es el espacio del egoísmo, la ciudadanía, los órdenes legal y político y los derechos humanos” (Ibid, 427). En ese plano de interacción constante entre el yo, el *otro*, y ellos no sólo aparece la ley sino una paradoja transversal al sentido de los derechos humanos: ellos no son el fruto unívoco de la responsabilidad del yo con el *otro*, al mismo tiempo son la distorsión del imperativo ético, según el cual, el *otro* es irrepetible y no puede someterse a la ley del cálculo⁶⁸.

⁶⁷ A medida que el paradigma de la razón se presenta como el gran logro de la modernidad aparecen también sus grandes paradojas (el exclusionismo es una constante): “Entonces cabría preguntarse, si el proyecto de la modernidad apela la razón, ¿qué tipo de racionalidad puede legitimar la desaparición del Otro? Si esa racionalidad puede inscribir dentro de su entramado conceptual la necesidad de suprimir ontológicamente al Otro, ¿no es dable entonces sospechar de sus supuestos de base? ¿Qué eticidad puede nacer desde un marco conceptual que no impide la desaparición del Otro? ¿Qué orden histórico pervive gracias a ese ocultamiento?” (Dávalos: 2005, 26).

⁶⁸ “[L]os derechos humanos son al tiempo el producto de este primer fundamental ético y una distorsión del imperativo moral, un reconocimiento del carácter único del otro que da lugar, sin embargo, a la necesidad de acomodar a los muchos” (Douzinas: 2008, 427).

Si hay algo que distingue a esta visión de los derechos humanos es su sentido práctico: además de reclamar la peculiaridad de todo ser humano asume que su vida social se desarrolla en el conflicto, así, la distorsión del imperativo ético hace que los dilemas sobre la justicia sólo se puedan concebir a partir de la experiencia. Las Constituciones que asumen la diversidad étnica y cultural se están ocupando de una preocupación ética. Por consiguiente, si convierten al *otro* en una subjetividad generalizada reproducen los modelos liberales antipluralistas (los derechos humanos se fundan en la libre voluntad a priori del sujeto). Sin embargo, la experiencia indica que los derechos humanos se fundan en el dolor y el sufrimiento del sujeto, lo que dispondría una subjetividad ética capaz de reconocer la singularidad del *otro* más allá de la subjetividad dominante.

Esta bondad no depende de la idea según la cual existe o debe existir un horizonte de fines o teloi y virtudes, al contrario del agathon de la antigüedad clásica. En efecto, rechaza tal idea. Y en contraste con la tradición moderna, no se limita a la obediencia de la ley y no convierte al otro en un ejemplo de una naturaleza humana o una subjetividad generalizadas (Douzinas: 2008, 430).

d. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

A decir de la Corte Constitucional los usos y costumbres de los pueblos indígenas prevalecen sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de sus comunidades.

La interpretación conlleva a que los derechos constitucionales sean sustantivos y los derechos indígenas adjetivos. Para la Corte Constitucional, la identidad de los derechos humanos es exclusivamente constitucional, por lo que su carácter universal sólo es predicable para las culturas constitucionales. Para nosotros resulta mucho más loable reivindicar la universalidad de los derechos humanos desde la lógica de las identidades múltiples, “la identidad es entonces contingente y relacional, basada en las demandas y deseos de los otros respecto de mí, y, en segundo lugar, en las determinaciones del sistema jurídico que pueden aparecer fijas en un comienzo, pero que luego resultan ser también contingentes al menos de manera parcial” (Douzinas: 2008, 446).

Para que el principio de universalidad de los derechos humanos sea operativo es necesario despojarlo de su pretensión de transculturalidad. Toda vez que las declaraciones se aplican a

sujetos y culturas con historias singulares, los derechos humanos serán más universales en la medida que sus fundamentos conceptuales logren particularizarse en contextos concretos. Privilegiar los usos y costumbres de los pueblos indígenas sobre las normas legales dispositivas, representa la metáfora de aquella ley que se convirtió en la más suprema de las leyes intrascendentes.

La regla de la Corte Constitucional ubica a los derechos indígenas dentro de las denominadas justicias alternativas⁶⁹. Toda la lógica del planteamiento tiende a convertir a la jurisdicción indígena en ente supletorio o residual: “[e]s común que el discurso desde el Estado plantee que las normas de derecho indígena deben “armonizarse” con la constitución y, con ello, el mensaje implícito es que la carga de la armonización corre a cuenta de los conceptos sustantivos del derecho indígena” (Gómez: 2002, 256).

Tomando como punto de partida las reglas que acabamos de revisar, la Corte Constitucional señaló el proceso de desindianización que han sufrido los miembros de la comunidad indígena de El Tambo, que no conservan la lengua que hablaban sus antepasados ni parte importante de sus costumbres y tradiciones. Para el Tribunal Constitucional, en el presente caso es necesario evaluar la tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales (Ibid, pp. 21-22).

Siguiendo a Agnes Heller la Corte rechaza el relativismo ético extremo y considera que el verdadero respeto de la diversidad cultural debe partir de la tolerancia y el acatamiento de la especificidad cultural, salvo en aquellos casos que se afectó la vida, la integridad o la libertad de la persona. Según la Corte es necesario defender unos mínimos universales éticos que trasciendan el ámbito cultural y que establezcan un marco de entendimiento entre las distintas civilizaciones. Los estándares éticos son los derechos fundamentales constitucionales que deben entenderse como un límite al principio de diversidad étnica y cultural (Ibid, p.23).

⁶⁹ “La misma no parece que pueda sin riesgo de degradación reducirse a justicia alternativa respecto a la del Estado, pues es originaria, previa y al menos así paritaria, con título no inferior a determinar su propia posición. Si constitucionalmente se le reconoce como expresión y garantía de un derecho propio, no cabe otra. Con tal planteamiento aparentemente apreciativo, la propia Constitución deprecia antes de que puedan venir a hacerlo unas leyes, tampoco unas jurisdicciones, en cuya actuación, aquí efectiva, ya sabemos de sobra que no entramos” (Clavero: 1997, 258-259).

A la luz de esos presupuestos conceptuales la Corte Considera que debe examinar si el contenido y forma del acto por el que se expulsó al accionante y su familia de la comunidad indígena de El Tambo, vulneró sus derechos constitucionales fundamentales. En primer lugar, la Corte concluyó que la expulsión del accionante no vulneró la prohibición constitucional del destierro. Según explicó, la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben carácter de naciones. En segundo lugar, la Corte estableció que el accionante y su familia habían sufrido la pena de confiscación, constitucionalmente proscrita. Por lo que estimó que el procedimiento seguido por las autoridades indígenas violó la Constitución y la ley.

Para la Corte Constitucional, la sanción impuesta al infractor no guardó proporcionalidad con la conducta sancionada. En el presente caso la pena de expulsión involucró a la familia del petente que quedó en una situación de indefensión⁷⁰. Por todo lo anterior la Corte Constitucional resolvió revocar las decisiones de primera y segunda instancia, y ordenar a la comunidad de El Tambo que adopte una nueva decisión en lo referente a la conducta del peticionario, con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, con particular cuidado de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento y sanción.

El discurso constitucional es una herramienta altamente funcional para confrontar las normas y procedimientos de los pueblos indígenas. En el presente caso, la justicia constitucional se abroga el derecho de descalificar las normas y procedimientos indígenas que no se acomoden a lo establecido por la Constitución y la ley. La lógica del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural en la jurisprudencia temprana de la Corte incluye a los pueblos

⁷⁰ Aunque la protección que se le brinda a la familia del desterrado resulta razonable, es pertinente anotar que la Corte no se pregunta por la forma en que la comunidad de El Tambo entiende la sanción de destierro y el concepto social de familia. En las tradiciones indígenas de los andes el concepto de familia no es filial y corresponde a la unidad de la comunidad en su conjunto, es por eso, que cuando se visita por primera vez una comunidad indígena, suele confundir el hecho de que los niños(as) llamen tíos(as) a todos los adultos: “La presión moral del Ayllu es permanente y total. El centro de organización social no es la familia sino la comunidad. Es su responsabilidad cuidar a sus miembros. La salud de cada uno es asunto comunal. Para reglar, las leyes morales, no necesitaron ser codificadas ni escritas. Son tradición viva. La coerción moral comunal sola evita ataques contra la ley socialmente formada. En casos raros, cuando un trasgresor persistía, podía llegar a ser expulsado de su comunidad, condenado al individualismo. Castigo temido en extremo ya que las comunidades vecinas procuraban no tener tratos con el ofensor, pues toda ofensa era social” (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 32).

indígenas dentro de la unidad de la nación, sin embargo, no es capaz de reconocer y aceptar sus diferencias⁷¹.

El presente caso evidencia un fenómeno de *alfabetización constitucional* a través de la primacía que la Corte le otorga a los derechos constitucionales por encima de los derechos indígenas. La idea del Tribunal Constitucional de que los derechos indígenas deben estar de acuerdo con la Constitución y la ley, termina planteando que la jurisdicción indígena es un apéndice de la jurisdicción constitucional. El pluralismo jurídico reivindicado por la Corte deviene en un monolingüismo constitucional: la jurisdicción indígena puede hablar pero tiene que hacerlo a través de la lengua dominante, en este caso, la constitucional⁷².

4. HOMO-HEGEMONÍA DE USOS Y COSTUMBRES: A MAYOR ENTENDIMIENTO DEL DELITO MENOR AUTONOMÍA DE LOS CABILDOS

Antecedentes. El indígena páez Libardo Guainas Finscuc interpone acción de tutela en contra del juzgado tercero penal del circuito de La Plata, Huila, por vulneración de sus derechos a la protección de la diversidad étnica y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho que tienen los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, consagrados en los artículos 7, 10, 13, 18, 19 y 246 de la Constitución Política. El actor solicita que lo dejen volver a su comunidad y que se le juzgue de acuerdo a sus normas tradicionales (Sentencia T-496 de 1996, p.2).

Los hechos indican que el 7 de noviembre de 1993, en la vereda de Bajo Cañada, Huila, el actor asesinó a Gregorio Pumba Gutiérrez, comunero de otro pueblo indígena que no se identifica

⁷¹ Como afirma Arnaud, “Las políticas de vuelta a una mayor responsabilidad comunitaria, cuando las sostiene el Estado, suenan a estrategia de poder. Al ser él mismo quien establece las reglas de juego de estas comunidades, asegura una reproducción de su imagen que, al cabo, tiende hacia una puesta en tela de juicio de la hasta entonces clara distinción entre lo que dependía de una regulación estatal y lo que no pertenecía a ella. El derecho estatal, en efecto, puede a la vez, comprometerse menos y estar mas presente” (Arnaud: 2000, 183).

⁷² La literatura comparada da razón de tiempo atrás de este tipo de acontecimientos. José María Arguedas, analizando el proceso de cambio de la cultura en Puquio, muestra su consternación al observar que en tan solo 10 años, los varayoc (autoridades indígenas que en nuestro contexto cumplirían la función de los gobernadores de los cabildos) perdieron funciones claves dentro de la comunidad, que fueron cedidas a los funcionarios blancos o mestizos nombrados por el gobierno central desde Lima. Por ese entonces, lo que ocurrió en Puquio, fue que el Estado empezó a nombrar a “controladores” mestizos para que “asistieran” a los varayoc en el reparto del agua comunal, argumentando que estos últimos eran analfabetos. (Arguedas: 1981, 33).

dentro del expediente y compañero de trabajo de Finscue. El 12 de noviembre del mismo año, el actor fue capturado y puesto a disposición de la Fiscalía Seccional 19 de La Plata, Huila, ente que decidió dictar resolución de acusación en contra del procesado. El juicio fue adelantado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila, que dentro de la etapa probatoria solicitó valoraciones antropológicas y psicológicas a fin de establecer “una posible ININPUTABILIDAD por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena desadaptado al medio social en que se desenvuelve” (Ibid, p.3). La antropóloga forense en concepto del 24 de enero de 1995 aconsejó devolver al actor a su entorno natural para que fuera juzgado siguiendo las normas tradicionales de su comunidad. En opinión de la especialista, el sindicado conserva sus tradiciones y su comportamiento está guiado por las costumbres de sus ancestros. El psiquiatra forense por el contrario, llegó a la conclusión que a pesar del apego de Libardo Guainias Finscue a las tradiciones culturales de su pueblo, su contacto con la “civilización” le otorgaba “capacidad” para comprender la ilicitud de su acto y las consecuencias derivadas de él. “Basa su concepto en el trabajo que ha realizado el actor por varios años, fuera de su comunidad, en fincas de personas no indígenas”, afirmó. (Idem).

En providencia del 26 de abril de 1995, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila, condenó al actor a la pena principal de 20 años y 10 meses de prisión por el delito de homicidio. Frente a la pretensión del actor de ser regresado a su entorno cultural, el juzgado de conocimiento 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”. Siguiendo el concepto del psiquiatra forense, el juez de la causa consideró que el procesado no podía ser considerado un 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” (Idem).

Frente a esta decisión, el defensor del actor interpuso recurso de apelación solicitando su revocación parcial, considerando que su defendido era un inimputable que debía ser regresado a su medio ambiente natural. El abogado sustentó su petición en el concepto de la antropóloga forense, señalando que no fue suficientemente estudiado en la etapa probatoria. El 5 de julio de 1995 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva rechazó las pretensiones del peticionario y confirmó la sentencia condenatoria. En opinión del Tribunal, de la condición de indígena del actor, no se podía derivar su incapacidad para comprender la ilicitud de una

conducta. Por consiguiente, el análisis de la inmadurez psicológica al momento de cometer un hecho punible depende de las particularidades del caso estudiado.

El actor decidió interponer acción de tutela reiterando la solicitud de reconocimiento de su raza indígena para poder ser juzgado conforme a las leyes de su comunidad.

Fallo de primera instancia. La acción de tutela fue conocida por el Juzgado Primero Penal Municipal de la Plata, ente que denegó el recurso de amparo, compartiendo los argumentos de los jueces penales. “Señaló que la pretensión del actor fue ampliamente debatida dentro del proceso penal donde se concluyó la calidad de imputable al momento de cometer el ilícito” (Ibid).

Fallo de segunda instancia. El Juzgado Penal del Circuito de La Plata, Huila, confirmó el fallo de primera instancia considerando que en el caso no se cumplió el factor territorial. Ese hecho impedía la autonomía punitiva, toda vez que los hechos no se cometieron dentro del territorio de la comunidad del inculcado. Además, la normatividad penal es prevalente ya que se trata de un valor constitucional de superior jerarquía al principio de diversidad étnica y cultural, a saber, el derecho a la vida.

4.1. Consideraciones de la Corte Constitucional

Acudiendo al principio de diversidad étnica y cultural la Corte Constitucional cuestiona la concepción liberal del Estado, caracterizada por una visión unitaria y monocultural de la vida social. Según la Corte, dicha posición privilegia un concepto de igualdad de los ciudadanos frente a la ley que desconoce la realidad de la pluralidad normativa, minimizando la complejidad del sistema legal y el desarrollo de los derechos económicos, sociales, y culturales. Para la Corte, la efectividad de la Constitución de 1991 en materia de derechos indígenas depende tanto del reconocimiento de los derechos de los miembros de las comunidades étnicas, incluyendo el principio de no discriminación, como del otorgamiento de ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. A decir de la Corte, “coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia” (Ibid, p.5).

La argumentación de la Corte Constitucional parte del tenor literal del artículo 246 de la Constitución Política: “[l]as autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y

procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional”.

Para la Corporación, el espíritu de la consagración constitucional reconoce la importancia del legislador para determinar la coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema nacional; y la preocupación del constituyente por señalar los conflictos de competencias que derivarán del precepto constitucional. Pensando en la solución jurídica de este tipo de conflictos, la sentencia señala algunas reglas interpretativas que mantienen la lógica del caso de El Tambo.

1.- En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto a la luz de los principios y valores constitucionales (Sentencia T-428/92, Ibid, p.6).

2.- El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto (Sentencia C-136/96, Idem).

3.- El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo 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 (Sentencias C-254/94 y C-136/96, Idem).

Según la Corte Constitucional, la existencia de jurisdicciones especiales conlleva al reconocimiento de un fuero para los miembros de las comunidades indígenas. Se trata del derecho a ser juzgados dentro del ámbito territorial de sus comunidades, por sus autoridades, normas, y procedimientos. Es precisamente sobre el alcance del reconocimiento de las jurisdicciones especiales y del fuero indígena que el Tribunal Constitucional va a delimitar las posibilidades hermenéuticas para evaluar los posibles conflictos de competencias. Siguiendo la filosofía política del artículo 246 de la Constitución Política, la Corte considera que es erróneo pensar que toda conducta reprochable en la que se encuentre involucrado un aborigen deba ser

competencia de la jurisdicción indígena. En concordancia con las reglas planteadas, el fuero se define a partir de sus límites: “[s]in embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen 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” (Ibid, p.7). La conclusión es clara, no es el fuero indígena el que configura al límite, sino el límite al fuero indígena.

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 (Idem).

Curiosamente los nuevos argumentos de la Corte parten de algunas ideas de Isabel Cristina Jaramillo, autora que junto a Esther Sánchez había criticado la lógica de las cuatro reglas que se propusieron para resolver el caso de El Tambo. Siguiendo sus sugerencias metodológicas, el Tribunal Constitucional planteó un par de ejemplos que permitirían determinar su ámbito de competencia atendiendo al fuero personal o al fuero territorial. En primera instancia, sostuvo que si la conducta del indígena sólo es determinada por el ordenamiento nacional, serían los jueces de la República los competentes para conocer el caso. Sin embargo, los jueces tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía la ilicitud de su conducta, para concederle o negarle su derecho al fuero (Ibid, p.8). La segunda posibilidad consiste en que la conducta sea sancionada por ambos ordenamientos, caso en el que no sería pertinente cuestionar su ilicitud. En esas circunstancias, el intérprete estaría compelido a tener en cuenta la conciencia étnica y el grado de aislamiento cultural de la comunidad a la que pertenece el actor. De esa forma, se determinaría la conveniencia de que un indígena sea juzgado por el sistema jurídico nacional o por las autoridades de su pueblo.

La Corte Constitucional planteó dos problemas jurídicos:

1.- “¿Cuál es la jurisdicción competente para juzgar a un indígena, que ha cometido un homicidio contra un miembro de otro pueblo indígena, por fuera del territorio de su comunidad?” (Ibid, p.13).

2.- “¿Incurrieron en vías de hecho los jueces penales al valorar las pruebas aportadas al proceso?” (Idem).

Los hechos del caso que venimos examinando ocurrieron en la vereda de Bajo Cañada, Huila, territorio en el que no se encuentra ubicada ninguna comunidad indígena. En consecuencia y atendiendo al factor geográfico, la Corte consideró que el actor no podía ser juzgado por las autoridades de su comunidad. En cuanto a la consideración personal del actor, la Corte entró a evaluar la pertenencia del peticionario a la etnia páez y su relación con esta cosmovisión. Así, destacó el proceso de aculturación sufrido por este pueblo y su fuerte integración con la visión mayoritaria, indicando que sus costumbres y su visión del mundo han sido modificadas.

Para analizar las transacciones que supone el contacto entre culturas la Corte acudió a los planteamientos de Taylor: “[e]n términos de Charles Taylor, la identidad de las personas se crea a través de un proceso dialógico que incluye nuestras relaciones y los diálogos con los demás”. Analizando las características que permitirían otorgar el fuero personal a un indígena se vuelve a incurrir en el mismo desacierto que varios trabajos antropológicos clásicos están anotando desde la década del sesenta. La Corte llega a la conclusión que cuando un indígena entiende los valores de la cultura mayoritaria se acultura. Según el análisis de la Corte el peticionario sería un indígena aculturado:

En el caso que nos atañe, el informe antropológico establece que se trata de un indígena de la etnia páez, fiel a sus tradiciones y costumbres, que participa activamente de su comunidad y de su ancestro cultural; sin embargo tales consideraciones no excluyen que el peticionario haya podido tener contacto con nuestras normas y nuestra cultura para comprenderla. En efecto, en el caso del actor es evidente la influencia de la cosmovisión mayoritaria, no sólo por la aculturación de la comunidad a la que pertenece, sino porque voluntariamente salió de ella a trabajar “para conseguir plata”, como él mismo lo afirma, aprendiendo el castellano e interactuando con sujetos ajenos a su cultura.

En conclusión, considera la Sala que no es dable reconocerle a Guainas Finscue el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional (Ibid, p.15).

En mi trabajo etnográfico con varios pueblos del sur del país, he corroborado varias de las tesis sostenidas por Arguedas, Bonfíl Batalla y Rappaport. La dificultad de evaluar la conservación de usos y costumbres y la conciencia étnica de un pueblo, parte de la discrepancia que se puede encontrar entre los argumentos de la Corte Constitucional y de los juristas que valoran este problema, frente a la opinión que emiten los pueblos indígenas sobre el mismo. En el alto y bajo Putumayo, destacados líderes indígenas entre los que puedo mencionar a Florentino Agreda

Chindoy, Guillermo Mavisoy, y Concha Chindoy me manifestaron la profunda admiración que profesan hacia el proceso político e identitario del pueblo Muisca. Hace un par de años, Abadio Green Stocen, ex-presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, me manifestó el respeto y orgullo que siente por el proceso político adelantado por el pueblo Pasto.

Las preguntas que me he hecho desde entonces son: ¿Cómo establecer conservación y conciencia étnica cuando el veredicto de los investigadores no coincide con el dictamen de los pueblos?, ¿Qué hacer cuando la doctrina asegura que hay pueblos indígenas que no tienen ninguna diferencia con los campesinos de la sociedad mayoritaria, y cuando éstos son reconocidos por los pueblos que según los mismos investigadores no han cambiado sus costumbres desde hace siglos, como baluartes y maestros de la organización social y política de los procesos que los unen?

En este tipo de casos resulta imprescindible que la Corte Constitucional a través de sus magistrados auxiliares o de peritos especialistas, establezca contacto directo con las autoridades de los pueblos indígenas representados por su cabildo, órgano con verdadera competencia para establecer la condición de arraigo cultural de un miembro de su comunidad. En mi trabajo de campo, he encontrado que son las autoridades del cabildo las que tienen los elementos de juicio para determinar los usos y costumbres de sus pueblos. Ellas están obligadas a conocer las actividades de los miembros de su resguardo, y en la mayoría de los casos, si llegan a determinar que un delito no se ajusta a sus usos y costumbres, suelen entregar al presunto culpable a la justicia ordinaria. En el presente caso, la piedra angular de las cuatro reglas prematuras de la Corte, axioma que reza “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, se reacomoda en las fronteras del derecho penal de la siguiente manera: “a mayor entendimiento del delito menor autonomía”, por consiguiente, “a mayor conciencia étnica mayor autonomía”.

Sobre este aspecto, las enseñanzas que comparte Taita Efrén Tarapué Cuaical, ex- senador de la república por el Movimiento de Autoridades indígenas de Colombia AICO, acudiendo a la voz de uno de los líderes más emblemáticos de su pueblo, realizan un importante aporte al tema que venimos debatiendo:

Juan Chiles dice que hay que saber desatar la letra quechua. Da a entender Juan Chiles en 1700 que los pastos deberíamos saber muchos idiomas –en ese tiempo de nuestros pueblos originarios-. Es decir, el quechua, el quillasinga, el cofán, el inga, el awá, que hasta ahora son lenguas vivas. Pero al mismo tiempo Juan Chiles enseña que desatar la lengua quechua para él era también saber otras lenguas. Como decir hay que saber el inglés, hay que saber el francés, o hay que saber cualquier otro idioma de otro país o de otro

pueblo del mundo. Entonces Juan Chiles ahí enseña que uno debe ser complementario. Cuando un juez diga que nosotros hemos perdido el idioma propio, tampoco es culpa de uno. Es la gran arremetida, nosotros podríamos acusar más que todo a la vida colonial y a la vida republicana, es decir, a los doctrineros que llegaron a nuestros territorios y nos adoctrinaron y que aparte de quitarnos la tierra, también nos robaron nuestra expresión. Pero bien, hoy no podemos asustarnos ni marginarnos por el hecho de que digan que no tenemos idioma propio. Expresarnos hoy con un español -con idioma ajeno-, no significa que uno haya perdido el derecho total. Porque claro, es una parte del derecho de la identidad, es como la indumentaria, como la alimentación, como la concepción... Bueno como todo... como los dioses. Así es el idioma, pero no es total. (La tradición pasto en la voz de Taita Efrén Tarapués Cuaical).

5. POR LA SENDA DEL RESPETO

***Antecedentes:** El indígena páez Francisco Gembuel Pechene interpuso acción de tutela contra el gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el presidente de la Asociación de cabildos de la zona del norte del departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso. Solicitó a través de ese mecanismo judicial, que el informe final de la investigación realizada por las autoridades indígenas del norte del Cauca, en relación con la muerte de Mardem Arnulfo Betancur, no fuera presentado a la comunidad páez (Sentencia T-523 de 1997, p.4).*

El indígena páez Francisco Gembuel Pechene fue acusado de propiciar la muerte del alcalde municipal de Jambaló, Marden Arnulfo Betancur, al señalarlo ante la guerrilla como colaborador de los paramilitares. Dos días después del asesinato, los gobernadores de los cabildos indígenas de la zona del norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de investigar y sancionar a los responsables del crimen. En el curso de la investigación, la comisión de autoridades indígenas recibió el testimonio de Francisco Gembuel Pechene, y recogió testimonios de varios miembros de la comunidad que afirmaban haber visto al sindicado hablando con la guerrilla. De igual manera, respondió la petición del inculcado en la que 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 (Idem).

La comisión citó a la celebración de una asamblea general programada para el 24 de diciembre de 2006 con el objetivo de exponer sus conclusiones a la comunidad páez. Un día después, el actor interpuso acción de tutela contra el gobernador del cabildo de Jambaló y contra el presidente de la asociación de cabildos indígenas del norte del Cauca, argumentando que las autoridades

tradicionales habían desconocido la culpabilidad de la guerrilla en el asesinato del alcalde. Sostuvo que se violó su derecho al debido proceso, ya que no pudo controvertir las pruebas; y porque en su opinión, los usos y costumbres de su comunidad indican que el juzgamiento del delito de homicidio debe tramitarse ante la justicia ordinaria. Solicitó en consecuencia, ordenar a las autoridades indígenas abstenerse de convocar a la asamblea y rendir el informe de la investigación (Ibid, p.5).

Cinco días después y sin que el juez de tutela se hubiese pronunciado, se realizó en el municipio de Jambaló la asamblea de la zona norte. En dicha reunión, Francisco Gembuel Pechene se negó a controvertir lo afirmado por los testigos, y manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que sólo acataría lo que se dispusiera en ese proceso (Idem).

Después de reunirse a deliberar, la plenaria de la asamblea decidió que el sindicato 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 de fuste, los familiares de Francisco Gembuel Pechene, y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden. En consecuencia, el gobernador indígena de Jamabaló suspendió la ejecución de la sanción, y la pospuso para el 10 de enero de 1997 (Idem).

Fallo de primera instancia. El 8 de enero de 1997, el juzgado primero municipal de Santander de Quilichao concedió la tutela al actor. Consideró que se habían violado los derechos al debido proceso y a la defensa, y que la pena impuesta por la comunidad constituía una práctica de tortura (Idem).

Fallo de segunda instancia. El juzgado segundo penal del circuito de Santander de Quilichao confirmó los argumentos presentados por el A-Quo (Ibid, p.6).

Pruebas: A solicitud del magistrado ponente, la antropóloga Esther Sánchez y el investigador Tulio Rojas manifestaron su opinión frente al proceso. Así mismo, se ordenó al gobernador del cabildo indígena de Jambaló informar sobre el procedimiento que tradicionalmente utiliza su comunidad para juzgar el delito imputado al actor, así como el objetivo y significado del uso del fuste y de la sanción de destierro (Idem).

5.1. Consideraciones de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional analizó la posibilidad de solucionar constitucionalmente los conflictos entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía. Para ello, expuso las consecuencias del reconocimiento de la diversidad cultural de la siguiente manera: la Constitución de 1991 estableció la visión de un Estado preocupado por las características particulares de los sujetos y por los proyectos de vida únicos y singulares. En ese nuevo modelo, el Estado tiene la misión de garantizar que las diferentes formas de ver el mundo coexistan; y de resolver las tensiones entre la pretensión de validez universal de los derechos fundamentales y la particularidad de la concepción de los derechos para otras tradiciones culturales (Idem).

La preservación de la convivencia pacífica obliga a que el Estado garantice los derechos de sus asociados, pues el estatus de ciudadanía no tiene por qué depender de diferencias de índole cultural. Los diferentes sistemas de valores deben guiarse por estándares mínimos de tolerancia, sin que ello implique renunciar a los presupuestos identitarios fundamentales de cada cultura. Siguiendo los criterios establecidos en la sentencia T-349 de 1996, la Corte señaló los límites que basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

Para la Corte Constitucional, “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”, por tanto, la preservación de dicha diversidad debe atender a la regla de “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. Por consiguiente, las limitaciones a la autonomía de los pueblos indígenas sólo se admitirán cuando se trate de medidas necesarias para salvaguardar un interés de superior jerarquía, o cuando se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a estos pueblos. Sobre ese punto, la Corte insistió en la valoración del grado de aislamiento o integración de cada pueblo indígena a la sociedad mayoritaria, trazando los límites de aquello que resulta intolerable dentro del consenso intercultural: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, y la legalidad del procedimiento en los delitos y en las penas. La última exigencia tendría que evaluarse siguiendo las normas y procedimientos del pueblo indígena interesado, atendiendo la especificidad de su organización social y política.

La Corte reivindicó la regla de “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”, y por lo tanto la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía (Ibid, p.7). Realizando un viraje metodológico respecto a sus anteriores pronunciamientos, no se restringió a esclarecer los límites impuestos a las autoridades indígenas, como normalmente lo venía haciendo; y se preguntó por las características concretas del ordenamiento jurídico páez de Jambaló. Contrario a lo que había sucedido en sus anteriores fallos, el peritaje antropológico sostuvo que los procesos de dominación y aculturación no han logrado romper el arraigo cultural del pueblo páez. Así, la Corte planteó dos problemas jurídicos, uno en el ámbito de la jurisdicción constitucional, y otro en el terreno de la jurisdicción indígena:

- a. ¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los cabildos indígenas del norte del Cauca?
- b. ¿Las penas impuestas al actor por la asamblea general rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?

Para resolver el primer problema jurídico, la Corte consideró que debía indagar por los presupuestos que orientan el procedimiento de la comunidad páez de Jambaló, y confrontarlos con las actuaciones del cabildo en el caso específico. A partir del peritaje antropológico realizado por Esther Sánchez, la Corte delimitó las principales características del pueblo páez de Jambaló. Comenzó señalando que los procesos de dominación y aculturación no han logrado romper el arraigo cultural del pueblo páez, que ha mantenido su lengua y la autenticidad de sus instituciones jurídicas, políticas, y sociales. Al analizar el procedimiento que utiliza la comunidad para dirimir sus conflictos, encontró que para los paeces toda infracción constituye el rompimiento del equilibrio natural, y que por ello se hacía necesario preguntarle a la comunidad los hechos y las causas que provocaron el desequilibrio.

El procedimiento que adelanta la comunidad está en cabeza del cabildo, que nombra una comisión investigadora para que le presente un informe en caso de que los inculpados no acepten su responsabilidad. El cabildo a su vez valora el informe y determina si cita a una asamblea general, encargada de fallar e imponer sanciones. Dicha asamblea, se considera infalible por basar sus decisiones en la memoria de la comunidad, y tiene la capacidad de dilucidar los sucesos oscuros que produjeron el daño y facilitaron la alteración de la armonía (Ibid, p.8).

Para el pueblo páez las sanciones cumplen una labor preventiva. El castigo del fueite, consiste en la flagelación corporal con un perrero de arriar ganado, aún tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es percibido por los paeces como una entidad mediadora entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador (Ibid, p.9). La expulsión del territorio es el castigo más grave, y en ocasiones puede extenderse a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Para el pueblo páez, existe el principio de reciprocidad, por lo que es una responsabilidad “del núcleo familiar conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros” (Idem).

En el caso del segundo problema jurídico, la Corte consideró que se podía resolver a través de las reglas de interpretación que había establecido en casos pasados. Analizando las implicaciones del fuero personal, la Corte entró a determinar la pertenencia del actor a su comunidad. Encontró que en un primer testimonio el actor se asumía como indígena del territorio de Jambaló, mientras en un segundo interrogatorio afirmaba no pertenecer a dicho resguardo. Siguiendo el concepto del peritaje antropológico, la Corte evidenció el juego de intereses del actor, pues resultaba inconcebible que se atreviera a negar su pertenencia étnica para acceder a los beneficios de la justicia ordinaria, después de haber ocupado importantes cargos de autoridad dentro de su pueblo.

El primer punto que quiero comentar en el presente caso, tiene que ver con la contracara de aquello que Bonfil Batalla denominó procesos de desindianización. Como vimos, el autor mexicano llegó a la conclusión que dichos fenómenos además de estar promovidos por presiones externas, responden a fenómenos puramente ideológicos. El argumento, comprobado empíricamente en múltiples investigaciones etnográficas, resulta cierto a la hora de evaluar el ethos comunitario, sin embargo, también existen variadas evidencias empíricas que demuestran que la conclusión no se puede aplicar a miembros de los pueblos indígenas individualmente considerados. La sentencia de la Corte Constitucional que estamos revisando y especialmente su peritaje antropológico son una buena muestra de ello. La investigación antropológica del pronunciamiento, ofrece varias evidencias para afirmar que el indígena que interpuso la tutela se encontraba en un proceso de desindianización. La conclusión a que llega el peritaje es del siguiente tenor: “la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena” (Idem).

La tesis que defiende sobre este asunto, es que si por un lado resulta desproporcionado afirmar que los pueblos indígenas carecen de responsabilidad al respecto, es igualmente problemático desconocer la responsabilidad de la jurisdicción constitucional sobre esta cuestión. El trabajo etnográfico de Arguedas (1981), sobre el que prometí regresar, es posiblemente el que mejor capta este dilema. Arguedas evidenció que la llegada de la justicia estatal a los pueblos indígenas de Puquio en la sierra peruana, hizo que en tan sólo 10 años los gobernadores de los cabildos perdieran funciones claves, cediéndolas a funcionarios que ocupaban nuevos cargos creados por el gobierno central desde Lima. La tesis de Gabriel Escobar recogida por Arguedas en su investigación sobre la ciudad de Sicaya, es que “los varayoq, autoridad comunal indígena en los ayllus del centro y sur del Perú, [desaparecieron debido] al progresivo y formado mestizaje a que la cultura y la sociedad estuvieron expuestos” (p. 100).

El trabajo de Rappaport (2005) en el sur del país, es contundente en mostrar que muchas veces los indígenas más poderosos políticamente suelen ser los más desindianizados. En su opinión, esto no se podría entender sin precisar que “las fronteras étnicas pueden ser comprendidas más claramente en términos de distribución de poder y no de repertorios culturales” (p.61). En mi trabajo etnográfico he podido corroborar que este tipo de prácticas aparecen en Colombia a partir de 1991. Es eso lo que me han informado reconocidos líderes del orden nacional como el ex-senador del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia, Efrén Tarapués Cuaical, y el ex-vicepresidente de la ONIC, Víctor Jacanamijoy Jajoy. Lo mismo me han dicho reconocidos líderes de los resguardos de Cumbal, Túquerres y Aldana en el departamento de Nariño, y de los resguardos de Sibundoy, Santiago, y Mocoa en el departamento del Putumayo.

Si es a partir de 1991 que ciertos miembros de los pueblos indígenas empiezan a plantear colisión de competencias entre su jurisdicción y la constitucional, y si hay evidencias empíricas en la literatura nacional y comparada del papel de la justicia del Estado en ese tipo de fenómenos, resulta altamente problemático que la Corte Constitucional pruebe la desindianización de ciertos comuneros en sus sentencias, evadiendo la referencia al papel de sus fallos en el desarrollo de dicho fenómeno.

Bartolomé Clavero (1997), miembro del Foro Permanente Para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, viene realizando una propuesta hace más de una década que resulta de singular importancia para casos como el que venimos estudiando. La interrelación de las autoridades

judiciales de los dos sistemas culturales, tendría que ser la condición mínima para hablar de verdaderos diálogos interculturales. Con voluntad política, la discusión sobre la forma de impulsar las reformas resulta de segundo orden, la nueva realidad de Bolivia tendría mucho que aportarnos. No puede haber interacción cuando es la cultura constitucional convertida en jurisdicción, la que decide sobre las culturas indígenas convertidas en actores jurídicos⁷³. La reciprocidad de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción indígena, o si se quiere de la segunda respecto a la primera, depende tanto del grado real de coordinación entre una y otra, como de la interacción entre sus jueces. En opinión del jurista e historiador español,

[e]sto significa la precisión de determinación constituyente por parte de cada cultura y composición constitucional entre todas ellas sin establecimiento de poderes superiores, lo cual no quiere decir inexistencia de instituciones comunes. Las relaciones habrían de discurrir entonces por vías acordadas de organismos coordinadores de composición paritaria o de otra forma equilibrada y por mediación de jurisdicciones igualmente compuestas o así interculturales (p. 252).

En segundo término, me interesa comentar el análisis que la Corte Constitucional realiza sobre la sanción del fuste, que se centra en mostrar la tensión en la percepción de este castigo entre la sociedad mayoritaria y el pueblo páez. A decir del Tribunal Constitucional,

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 fallas 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 (Ibid, p.12).

Para la Corte, las únicas restricciones de la visión mayoritaria sobre la jurisdicción indígena son el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Es sobre la última que el Tribunal Constitucional centró su análisis, pues los jueces de tutela consideraron que la sanción del fuste encuadraba dentro de la restricción mencionada. “La prohibición de la tortura busca... proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que

⁷³ “Conforme a la diversidad de culturas, puede haber perfectamente diferencia también de entendimiento de poderes. No parece que pueda por ejemplo requerirse ni siquiera el establecimiento de democracia entendiéndose la representativa con instituciones legislativas y gubernativas por la sencilla razón de que existen culturas comunitarias que patentemente prescinden de legislación y de gobierno” (Ibid, 252).

pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría” (Ibid).

Citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Constitucional determinó que para hablar de tortura era necesario evaluar los contextos y sujetos específicos de aplicación de la sanción, lo mismo que la intensidad de las penas corporales que deben ser calificadas como graves y crueles. Para el Tribunal Europeo, los criterios de interpretación a seguir son los del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, “porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra” (Ibid, 13). Siguiendo estos parámetros interpretativos, la Corte Constitucional estimó que el fuste no revestía los niveles de gravedad para ser calificado como una sanción que se tradujera en tortura. Tampoco podía considerarse pena degradante porque se trataba de una práctica utilizada normalmente por los páezes, cuyo fin es que el individuo recupere su lugar en la comunidad.

La conclusión a que llegó la Corte Constitucional, se presenta a través de un aspecto valorativo al que quisiera referirme con detenimiento. El contexto ritual que tiene el fuste en la comunidad páez parte del mito del rayo como elemento purificador del individuo. Dicho mito es enunciado en una corta referencia de la Corte como una representación o figura simbólica. Cuando la Corte Constitucional compara el caso del pueblo páez con la interpretación del Tribunal Europeo en el llamado caso “Tyner” en la isla de Man (Inglaterra), donde las autoridades azotaron a un joven con una “vara de adedul” por haber agredido a un compañero de escuela, termina reivindicando una las dicotomías más caras a la teoría del Estado de raigambre etnocéntrico. Señalando el contexto de la pena y la modalidad de su ejecución, la Corte afirma que mientras en el caso trabajado por la Corte Europea “...el lugar de la sanción... es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas”; el caso páez da muestras de una comunidad aborigen [que] aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados”.

Consciente o inconscientemente la Corte Constitucional transita por la problemática distinción entre lo moderno y lo premoderno⁷⁴. Sin desconocer el importante camino que abre la Corte en el

⁷⁴ Queremos cuestionar otra dicotomía del pensamiento eurocéntrico, esta vez, la de las sociedades desarrolladas y subdesarrolladas. En términos reales de calidad de vida, ¿Debería considerarse más desarrollado el programa industrial del “primer mundo” o el equilibrio que han mantenido con la tierra culturas con historias diferentes a las del mundo

presente caso, avanzando en el reconocimiento real de la jurisdicción especial indígena, considero pertinente señalar los problemas que depara el tipo de modelo epistemológico que se utilizó dentro de la justificación que venimos revisando. Dividir a las sociedades en políticamente desarrolladas y en sociedades con tradiciones culturales ancladas en el pasado, comporta ubicar a las primeras en un grado de “evolución” superior al de las segundas⁷⁵. La gran paradoja de este hecho, es que mientras el pensamiento moderno le crítica a la “premodernidad” sus razonamientos mitológicos, la razón moderna no ha hecho cosa diferente a construir teorías capaces de justificar los nuevos mitos⁷⁶, vgr., contratos sociales, modelos estatales, hipótesis normativas, etc.

Peter Fitzpatrick (1998), ha destacado con singular lucidez el carácter mitológico que encierra la teoría del derecho en la modernidad. La afirmación parece un contrasentido, pues tal como lo asevera la Corte Constitucional en el fallo que venimos comentando, si hay algo que caracteriza al derecho en occidente es su ruptura con las concepciones mitológicas: “[a] primera vista puede parecer que esta afirmación entraña una contradicción. Al fin y al cabo, el derecho moderno se formó en la negación misma de ese reino mítico que tanto engañó a los premodernos. Mi respuesta concisa es convenir en ello para decir a continuación, que esa negación tipifica una mitología renovada y, ahora, moderna” (Ibid, 1). En este sentido, la jurisprudencia no ha hecho más que fortalecer el renovado mito del paradigma evolutivo, a saber, la oposición prístina de lo premoderno y lo moderno. La jurisprudencia hace parte del mito y ayuda a reproducir el imaginario de la integridad: de un lado ramifica múltiples visiones del derecho, y del otro funda

occidental? “Por ejemplo, ahora hay menos espacio físico per capita y menos árboles per capita que hace 400 años. ¿Qué significa esto en términos de este escurridizo fenómeno, tan real, denominado calidad de vida? La contradicción que hay que manejar es la que se da entre “progreso” y deterioro, entre el aumento visible de la riqueza y el empobrecimiento real” (Wallerstein: 1999, 170).

⁷⁵ No esta demás insistir en la falacia naturalista del argumento a la luz del lente historiográfico: “En realidad, asumir que desde 1500 Europa tiene que civilizar al mundo, es un gesto paradójica y altamente etnocéntrico, cuando otras civilizaciones (como la china, india, islámica, inca, azteca y maya) habían permanecido, por así decirlo, durante siglos antes de que un grupo de comunidades de bárbaros venidos a menos empezara a postularse a sí mismo como un nuevo centro del mundo, en nombre del cristianismo y de Europa” (Mignolo: 1999, 55).

⁷⁶ “La palabra mito, utilizada por un académico del derecho, suele normalmente equivaler a *ficción* o *mentira*. La posición, acogida comúnmente en la antropología moderna, sin embargo, permite que contemplemos el derecho desde su dimensión mítica y entender que probablemente, para que el derecho cumpla su función social, debe conservar siempre parte de esa dimensión. La diferencia estribaría en el tipo de conocimiento acerca de la realidad que se requeriría para poder comprender el derecho frente a otras formas de aproximación a la realidad” (Morales: 2006, 57).

un imaginario que vuelve homogéneo –o traduce a un derecho compacto- aquello que parecía moverse entre las distintas perspectivas para analizar lo jurídico:

La jurisprudencia abunda en nociones aisladas y opuestas acerca del derecho, pero mantiene una relación con éste. En la medida en que quienes sostienen una concepción enfrentada a otra, lo hacen para reducir esa concepción a los términos de la suya propia. Con el tiempo, otras ideas y la acumulación de conocimientos establecerán la corrección de una posición sobre otra o en vez de otra. La inmensidad del esfuerzo que se ha dedicado a este fin, hasta ahora sin éxito, sugiere que el resultado más probable será una irresolución persistente. Bien pudiera ser que en esa persistencia hubiera elementos del derecho duraderos aunque opuestos, y si concedemos esta posibilidad ¿cómo podría conciliarse la oposición con un derecho unificado? Es evidente que buscaré la respuesta en el mito. Y también es evidente que no podré acomodar como es debido todos los conceptos del derecho que son mutuamente excluyentes. En lugar de eso, empezaré a buscar una respuesta en una oposición que abarque muchas otras y marque la principal división en la jurisprudencia moderna; a saber, la oposición entre el derecho como doctrina autónoma y el derecho como dependiente de la sociedad (Fitzpatrick: 1998, 2-3).

El campo enunciado por el autor inglés, dirige un durísimo cuestionamiento al papel que han jugado las ciencias sociales en la consolidación del imaginario mitológico en la modernidad. Para Fitzpatrick, la oposición entre el positivismo jurídico –reclamando la autonomía del derecho- y de la sociología jurídica -requiriendo la dependencia social del mismo- no es más que apariencia, pues entre una y otra posición prevalecen entidades que en el juego oposicional terminan sustentando y justificando la dinámica mítica⁷⁷. La antropología hace otra parte del trabajo sucio, saldo que también es cobrado en recaudos jurídicos, y que se caracteriza por analizar las cuestiones culturales en términos evolutivos. De este modo, necesariamente se establecen sociedades con derecho y Estado y sociedades que carecen de dichos atributos sociales⁷⁸. Se trata de una lógica funcional en la que el derecho nutrido por su mito y a la inversa, pronostican la verdad de todos los conflictos que llegan a su jurisdicción.

⁷⁷ “La sociología del derecho, para considerar el enfoque más sobresaliente, tiene un gran respeto por la sociología general pero confronta al derecho de una manera estrecha, dejándolo intacto e incluso reforzado en sus propios términos. Por lo general el modo de esta confrontación es funcionalista. El derecho se explica por la función que realiza, y en esto es visto cual si tuviera una relación directa de eficacia en sus efectos sobre el comportamiento o el cambio social” (Fitzpatrick: 1998, 8).

⁷⁸ “En la tradición más antigua de la antropología comparativa el objetivo es, sin duda, fijar el carácter social universal del derecho, pero esto se hace, de modo involuntario o no, dando por sentado atributos del derecho occidental y considerándolos en un registro supuestamente evolutivo o histórico” (Ibid).

Tal como lo evidenciamos hace un momento, la Corte Constitucional ha presentado argumentos en los que se destaca la desindianización de algunos miembros de los pueblos indígenas, sin embargo, era ella misma la que promovía desde la lengua constitucional ese tipo de juego. De tal manera, el conflicto no se resuelve, se reproduce: “[I]ejos de resolver un conflicto, el derecho proporcionará a menudo modos y ocasiones para su creación, expresión y perpetuación, para sostener una esfera de la vida en conflicto duradero con otra. La resolución puede radicar en la naturaleza sistemática del conflicto y en algún otro espacio institucional, además del derecho, como el intercambio” (Fitzpatrick: 1998, 8).

El mito ilustrado del derecho occidental trasladó con singular pericia el modelo totalitario del Dios de Israel: *yo soy el único Dios*, al modelo excluyente del derecho occidental: *yo soy el único derecho*. Una existencia intrínseca que no tiene principio ni fin está justificando su autoridad. Su definición suele empezar por aquello que no es derecho, de ahí, que su identidad provenga de la exclusión de realidades ajenas a su definición no definida. Existe un concepto universal de derecho, que no se sabe qué es, pero existe. En consecuencia, lo absolutamente diferente pese a brindar por exclusión la definición de lo universal está condenado al olvido⁷⁹. Ese lugar trascendente que disemina la autoridad de lo jurídico impone mandatos, y al hacerlo, configura los contornos de la realidad jurídica. En igual sentido, la jurisprudencia constitucional dispone las reglas en que ha de interpretarse la jurisdicción indígena, configurándose una operación de succión por parte de aquellos que tienen derecho a pronunciar el derecho: “[a]sí, el mandato del Estado es ley sólo para aquellos que cuentan con los medios para estar informados de ella. –Al decir de Hobbes- “Sobre los necios naturales, los niños o los locos no hay ley, como no la hay sobre las bestias brutas” (Fitzpatrick: 1998, 78).

El siglo de las luces además de reafirmar con todas sus consecuencias el mito de la civilización y la barbarie, conectó las teorías del progreso con aquellas que pregonaban la evolución. Se trata de historias que juzgan el fenómeno jurídico desde la progresividad epistémica, los abogados no sólo ayudaron a inventar las grandes declaraciones de derechos, además, fueron también coparticipes en la invención de las sociedades primitivas:

Estas historias de la progresividad de la sociedad están estrechamente vinculadas con la progresión del derecho, e incluso contadas en esos términos. Como nos dice Kuper: “el estudio de la sociedad primitiva no

⁷⁹ “Por ende, el mito moderno es el ascenso desde el salvajismo, en vez del descenso desde los dioses” (Ibid, 66).

se consideraba, por lo general, como una rama de la historia natural. Fue tratado inicialmente como una rama de los estudios jurídicos”. La sociedad primitiva misma era “una fantasía... fabricada por los abogados especuladores a fines del siglo XIX” (Fitzpatrick: 1998, 107).

La historia del derecho moderno y la de lo que éste tiene de constitucional, vuelve a partir de aquello que por no estar en los referentes de la modernidad, ni es derecho ni se acopla al constitucionalismo. La historia de aquello que no es el derecho constitucional es al mismo tiempo la historia que lo define. Se trata de una definición naturalizada y mítica que desde sus reglas internas determina que unas culturas progresaron más que otras, así, el vínculo entre colonialismo y constitucionalismo que estamos intentando desentrañar, viene antecedido por el parentesco del derecho moderno con el continente europeo⁸⁰. “Estas doctrinas hacían que los colonizados no fueran personas jurídicas, que sólo pudieran “disfrutar de los derechos del hombre” “por medio de la conquista europea”, y sólo si los europeos los dispensaban” (Ibid, 115). En este contexto, son las denominadas cláusulas de incompatibilidad, es decir, aquellas según las cuales la legislación colonial determinaba los eventos en que el derecho local y la costumbre podían ser efectivos⁸¹, las que terminaban imponiendo un proyecto hegemónico del derecho como práctica exclusiva del europeo. Analizar cómo el alma de ese constitucionalismo de antaño se manifiesta en los efectos instrumentales de aquel multicultural de nuestros días, es un propósito clave de este capítulo, partamos entonces del colonialismo jurídico de ayer pero conectémoslo con el de hoy:

Las normas de sociabilidad eurocéntricas y casi universales, de complejidad o diferenciación en la sociedad, de eficiencia productiva y racionalidad, siguen siendo identificadas de inmediato por las insuficiencias que revelan en aquellas que han sido superadas. En su culminación el derecho no sólo es un producto de esta dinámica ejemplar sino que se convierte en instrumento suyo. Todo esto no es simplemente una cuestión de percepción teórica. Fue confirmado de manera abrumadora en la experiencia del colonialismo...

Grandes civilizaciones se consideraron estancadas y fundamentalmente limitadas por la “comunidad pueblerina” que “restringía la mente humana al ámbito más estrecho posible, convirtiéndola en una herramienta dócil de la superstición, esclavizándola bajo reglas tradicionales, privándola de toda grandeza y energías históricas”... (Fitzpatrick: 1998, 113-117).

⁸⁰ De antaño la eficacia de la diversidad jurídica depende de los sujetos a los que se les va a aplicar la Constitución y la ley: “El africano podía “tener derecho a la ley” más no “un derecho de autonomía [...] porque el africano aún no había encontrado un yo que determinar” (Ibid, 115).

⁸¹ “Con esas cláusulas el derecho local o la costumbre no podían ser efectivos si se encontraba que “eran incompatibles con la justicia natural” o con “los principios generales de la humanidad”, y tales criterios eran, por supuesto, intrínsecos a un proyecto imperial universal” (Ibid, 116).

Un ejemplo teórico contemporáneo de doctrinas jurídicas que han impulsado al constitucionalismo desde supuestos epistemológicos etnocéntricos se puede ver en la obra de H.L.A. Hart. Para el reconocido iusfilósofo británico, la “esencia” del derecho se encuentra en la diferencia entre reglas primarias y secundarias. Diferencia que se construye a partir de una idea de historia universal especulativa: las primeras configuran el orden social de sociedades tribales con un grado de desarrollo incipiente, se trata de meras reglas de obligación –de acción o de abstención-, son normas propias de estadios prejurídicos y de sociedades primitivas. Las segundas, son el puente para la constitución de un sistema jurídico complejo: con una regla de autoridad que identifica a las reglas primarias, con “reglas de cambio” facultativas para introducir nuevas reglas primarias y eliminar las desuetas y con “reglas de adjudicación” que evitan la ineficiencia identificando tanto a los individuos como a los procedimientos para otorgar derechos⁸² (Fitzpatrick: 1998, 207).

El mito de Hart vuelve a comenzar en una era premoderna, edad de piedra justificada en el culto a la razón y por ello mismo quimérica e irracional. Lo irracional funda el culto a la razón, es decir, tanto del origen mítico de la modernidad como de la exclusión-inclusión de otras formas de entender el derecho y la justicia. Excluyente en la medida que subvalora los saberes de otras tradiciones históricas, e incluyente en tanto los supedita a los cánones monolingüistas de su saber: en ambos casos se trata de una política totalitaria de la mismidad ética y política⁸³. Persiste una sinrazón racional en el derecho moderno, su construcción mitológica no sólo construye sus contornos y límites, además, inventa la interpretación del mito como categoría conceptual. La paradoja radica en que por la vía del etnocentrismo, el mito de las sociedades con derecho termina produciendo la imagen de las sociedades prejurídicas, entre estas últimas, se cuenta a las indígenas, donde tal como pasaremos a revisarlo, el mito no es un concepto. Otro tanto ha ocurrido con la “esencia” monológica del derecho moderno:

⁸² “Esta antigua historia puede ser cualquier cosa menos filosofía del lenguaje. Para empezar, es una elaboración del confinamiento del derecho a las reglas que Hart establece de manera arbitraria y esencialista. Pero el alejamiento de Hart de la filosofía del lenguaje va mucho más lejos. Al igual que aquellos a los que ha recriminado por hacerlo, busca ahora explícitamente lo que el derecho es, no su uso ni su contexto. El descubrimiento del derecho como el resultado civilizado de la escena primigenia proporciona la esencia” (Ibid, 207-208).

⁸³ “Al igual que en la historia de Hart, en el pensamiento de la Ilustración explicar los orígenes es establecer una esencia verdadera” (Ibid, 210).

Todos los habitantes de la escena primigenia, desde los salvajes de América del Norte hasta el África colonizada, compartieron una conveniente característica que les impidió contribuir al uso lingüístico: no podían hablar y, así, alguien tenía que hablar por ellos. En la mentalidad imperial que configura la versión de Hart y sus fuentes, el verdadero conocimiento es llevado por el europeo a los salvajes mudos y sin gloria. Su realidad es conocida por primera vez, conocida adecuada y plenamente tanto en sí misma como en la naturaleza universal de las cosas. Los inadecuados conocimientos locales son abarcados de manera infinita y adecuados por el conocimiento europeo el cual, a su vez, es elevado en su relación con ellos (Fitzpatrick: 1998, 217).

Una vez analizados algunos ejemplos que ratifican la construcción mitológica de conceptos claves en el derecho occidental, veamos algunas implicaciones del mito en las comunidades indígenas, y la diferencia entre aquello que las ciencias humanas inventaron como concepto y aquello que en el mundo de los pueblos indígenas se vive y práctica en el día a día. La configuración social de los pueblos indígenas es fruto de la vida que le dan a sus mitos en la cotidianidad, tal como el derecho occidental precisa de códigos legales para producir efectos prácticos; los mitos indígenas son los códigos mediante los cuales dichos pueblos desarrollan su tiempo, su justicia, su lengua, su filosofía, sus rituales, sus imaginarios, sus sistemas de parentesco, su agricultura, su medicina, sus formas de producción, distribución e intercambio, y en fin, todos aquellos aspectos en los que la comunidad humana despliega sus caracteres culturales. El mito para las comunidades indígenas es ante todo normatividad social, por tanto, sus estructuras sintácticas producen formas particulares de entender el mundo y de proceder respecto a su entorno social.

La concepción moderna-occidental del mito va aparejada con la desacralización del entorno natural, no sólo se trata de la construcción de la identidad de las sociedades humanas no europeas como humanidades premodernas y mitológicas, sino del declive y de la justificación epistémica de la destrucción del medio ambiente⁸⁴. El mito se opone a la razón y esta última crea una nueva forma de entender lo mitológico, en ella, se funda el ejemplo más importante de lo que en adelante va a ser el mito para las ciencias humanas: irrealidad y mentira, fabulación e irracionalidad, subjetividad y exorcismo. La historia es científica en tanto deje de ser mitológica.

⁸⁴ La conquista de la naturaleza además de aparejar su explotación indiscriminada, conlleva la consolidación de modos de organización social homogéneos y excluyentes: “La Ilustración sustituye a Dios con la Naturaleza. En términos de los mitos de origen de la ciencia moderna se elimina el obstáculo deífico al progreso de la humanidad en el conocimiento, la superstición limitativa da paso a la verdad incandescente, el hombre sin ayuda se atreve, al fin, a saber, etc., etc.” (Fitzpatrick: 1998, 53).

Una única forma de entender el tiempo y el espacio hizo y sigue haciendo carrera en las ciencias sociales, sucesión de hechos ubicados en un reloj y cronometrados en línea recta: una forma unidimensional de ubicarse en el mundo, proliferación desmesurada de dicotomías excluyentes, para nuestros efectos; de aquella que sigue haciendo carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional –incluso en sus más respetuosos y progresistas-: la de sociedades políticamente desarrolladas y subdesarrolladas.

Contrario a los términos en que la Corte Constitucional presenta las variables de los mitos indígenas,

el mito preinscribe orientaciones que proveen al sujeto social de principios y valores que le permiten relacionarse socialmente en el espacio-tiempo en que se desen-vuelve el actuar humano. Esta forma de sentir y vivir el mito, de actualizarlo y volverlo practica social [...] en la vida cotidiana, pone en cuestión aquellas lecturas occidentales que lo han considerado como mera fábula, como ficción, como un pensamiento prelógico. Jean Pierre Vernant señaló que cierta concepción moderna-occidental del mito lo ha contemplado con ojos griegos, rechazándolo, arrojándolo a las tinieblas de la oscuridad, a las quimeras de la ficción, oponiéndolo a la razón. [...] Mircea Eliade argumentó que el mito es considerado invención o ilusión; los griegos lo fueron rechazando poco a poco, vaciándolo de todo valor religioso, sagrado, metafísico, y pedagógico, y oponiéndolo a la historia, “opuesto tanto al logos como más tarde a la historia termino por significar todo lo que no puede existir en realidad” (Tobar y Gómez: 2004, 43-44).

En nuestra opinión, la sentencia T-523 de 1997 constituye uno de los fallos mejor logrados de la Corte Constitucional en el tema de jurisdicción indígena. La Corte reconoció que la imposición de sanciones occidentales a los miembros de los pueblos indígenas, resultaba incompatible con el principio de diversidad étnica y cultural consagrado en la Constitución. Según dijo, una interpretación en contrario llevaría al siguiente absurdo: “La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria”. Sin embargo, como hemos venido indicando, en la sentencia subsisten y se recrean algunas ideas que siguen siendo predominantes en las ciencias sociales, y que desafortunadamente aportan elementos para construir una imagen neocolonial de las personas indígenas y sus pueblos.

6. TRAZAS DE DOCTRINA ETNOCÉNTRICA

Antecedentes: La señora Edilma Pardo Valencia, interpuso acción de tutela en nombre de su hijo menor, Albeiro Castro, quien fue entregado por ella misma al cabildo de Talaga, después de

haber sido acusado del hurto de unas gallinas. Según doña Edilma, a partir de ese momento Albeiro fue separado totalmente de su familia, por lo que solicitó amparo del derecho al debido proceso. El gobernador del cabildo explicó que lo que se buscaba mediante ese procedimiento era la armonización del menor con el entorno natural, y que la incomunicación entre la madre y su hijo no correspondía a la realidad, toda vez que ella había recibido información de sus condiciones de vida a través de la iglesia católica, y de una carta que le escribió Albeiro desde el sitio donde se adelantaba su proceso de resocialización (Sentencia T-1127 de 2001, pp. 1-2).

Fallo de primera instancia: El juzgado promiscuo municipal de Páez, Belalcázar (Cauca), no tuteló el derecho al debido proceso anotando que la actora entregó voluntariamente a su hijo al gobernador del cabildo de Belalcázar, con lo que expresó su asentimiento para que permaneciera escondido en aras de la protección de su vida.

6.1. Consideraciones de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional asumiendo el derecho a la supervivencia cultural y su fundamento en el derecho a la libre determinación de los pueblos consideró que el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural en Colombia ha implicado una notable maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y una minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Para la Corte, dichos intereses serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura, y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas (Ibid, 4). Los límites trazados por la Corte constituyen el núcleo de los derechos fundamentales, por tanto, el rasero de intangibilidad que el Tribunal había delimitado en la sentencia T-523 de 1997 que analizamos en el apartado anterior.

Para desarrollar tales supuestos en el caso concreto, la Corte solicitó un concepto antropológico sobre el mundo social del pueblo paéz. La antropóloga Esther Sánchez Botero, explicó que para los paeces la honradez era el valor más grande, solamente superado por la vida, y que ese valor se encontraba íntimamente relacionado con el trabajo y sus frutos: “quien roba (hurta), en la práctica está despojando a la víctima de lo que ha ganado con su trabajo, rompiendo a la vez con el principio fundamental de la reciprocidad” (Ibid, p.9).

Mientras para los ciudadanos el robo de una gallina puede carecer de trascendencia, dentro de la cultura paéz ese hecho reviste especial interés desde el punto de vista social y económico. En

primer lugar, porque uno de los principios de su sociedad es no tomar aquello que no se trabaja; y en segundo término porque tienen una economía de subsistencia llamada de *centavo* en la que las gallinas representan liquidez para adquirir todo aquello que no produce su mercado interno. Por consiguiente, el concepto antropológico puso de presente que en el mundo paéz los valores culturales están por encima de los valores afectivos (Ibid, p.10).

A medida que la Corte va desarrollando sus consideraciones se aleja de manera inexplicable del concepto emitido por la perita. Acudiendo a principios de la cultura hegemónica desprecia los valores culturales que según el concepto antropológico hacen parte del mundo paéz. Para cuestionar la separación temporal entre la madre y el hijo, la Corte pone por encima de las prácticas judiciales del pueblo paéz el afecto materno filial expresado en el deseo de la madre de reencontrarse con su hijo. La Corte subraya que la ausencia del menor está minando los sentimientos maternales, y que la necesidad afectiva está conmoviendo a la madre y al hijo. Sin embargo, la Corte deja de lado que la madre entregó voluntariamente al hijo, y que según el dictamen pericial para los paeces el aislamiento temporal no es represivo sino que cumple una función de protección del investigado.

Pero la cuestión no queda allí. La sentencia entra a descalificar el concepto antropológico acudiendo al testimonio del gobernador del resguardo indígena de Belalcázar, señor Marco Tulio Mosquera Yule, quien manifestó que el reencuentro entre la madre y el hijo no atentaba contra el comportamiento cultural de la comunidad, y que como autoridad se encontraba en disposición de facilitar la reunión. El argumento utilizado por la Corte intenta mostrar que resulta ilógico que el concepto antropológico se incline por mantener el aislamiento entre la madre y su hijo⁸⁵, sin embargo, no es capaz de cuestionar los fundamentos conceptuales y etnográficos que lo constituyen⁸⁶.

⁸⁵ El concepto antropológico le presta importancia al reencuentro de la madre con su hijo, sin embargo, puntualiza que es importante tomar esa decisión a partir del diálogo con las autoridades indígenas. Al respecto la antropóloga afirmó: “El encuentro es necesario y valioso hacerlo, respetando la autoridad indígena” (Ibid, p.13). Este último punto no es tenido en cuenta en las consideraciones del Alto Tribunal.

⁸⁶ Estoy retomando algunos argumentos de la aclaración especial de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinoza que revisaremos más adelante. Sobre este particular Cepeda comenta: “Además de lo ya dicho respecto de cómo el fallo interpretó la declaración del Gobernador indígena, nuevamente se observa el sesgo al abordar e intentar resolver el conflicto entre las normas culturales que ordenan el aislamiento del menor infractor y los deseos de la madre de reencontrarse con él desde una concepción individualista” (Sentencia T-1127 de 2001, p.21).

La formulación del magistrado ponente no es inocente, aparentemente se centra en una cuestión adjetiva, pero por esa vía pone en entredicho los fundamentos del ordenamiento jurídico paéz, y cambia el precedente de la sentencia T-523 de 1997⁸⁷. Supeditando el nivel de intangibilidad de los derechos fundamentales a la Constitución y a la ley, los conceptos sustantivos de la cultura hegemónica –la constitucional-, se maximizaron hasta incluir a la cultura indígena dentro de su marco conceptual. La consecuencia no podía ser otra que la minimización del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, que se vieron compelidos a pronunciar justicia y derechos propios a través de lengua ajena. Al referirse al proceso de armonización que adelantaba el cabildo respecto al indígena inculcado la Corte señaló lo siguiente:

Asunto que con arreglo a la Constitución hace parte de las funciones jurisdiccionales que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República (art. 246 C.P.)
[énfasis de la Corte Constitucional] (Ibid, p. 7).

Una vez cuestionado el concepto antropológico, la Corte se refirió a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para hacerlo citó un artículo del profesor Juan Antonio García Amado, ensayo que fundamentó los principales argumentos del Tribunal Constitucional⁸⁸. El escrito, constituye un intento desafortunado de abordar los dilemas de los derechos colectivos, particularmente en lo que atañe a los derechos de los pueblos indígenas. En su escrito, García Amado (2001) empieza interpelando a los juristas y filósofos políticos que defienden con vehemencia la existencia de los derechos colectivos⁸⁹. En su opinión, el ámbito de una posible respuesta debería estar marcado por la prudencia, y en tal sentido, por un cuidadoso y razonable “depende”. Sin embargo, García Amado registra su prudente “depende” en las reducidas

⁸⁷ La aclaración de voto de Cepeda Espinoza destaca que la interpretación de la sala de tutela desconoció que la sentencia T-523 de 1997 “fue elevada al rango de jurisprudencia de unificación mediante sentencia SU-510 de 1998, lo que otorga a esta doctrina constitucional un mayor alcance normativo” (Ibid, p.23).

⁸⁸ En primera instancia me centraré en los supuestos conceptuales del escrito en mención, para regresar a las citas desde las que la Corte Constitucional fundamenta su decisión. Véase (Amado: 2001).

⁸⁹ “Cuando un jurista o un filósofo político se lanzan a afirmar a bote pronto y sin más que sí existen derechos colectivos, debemos desconfiar grandemente, pues o carece del más elemental rigor analítico (y no hay que proclamarse precisamente filósofo analítico para admitir la necesidad de rigor en cualquier análisis teórico) o nos quiere dar gato por liebre, introduciendo de matute tesis filosóficas o políticas muy fuertes que no piensa justificar como debería” (García Amado: 2001, 104).

márgenes del derecho occidental, postura de difícil aceptación para un autor que pretenda emitir juicios de valor sobre pueblos con tradiciones históricas diferentes⁹⁰.

Refiriéndose a las perplejidades que encarnan los derechos colectivos, García Amado, retorna a las tesis monolingüistas que hemos venido cuestionando, afirmándolas con tal vehemencia, que logra desfigurar por completo las posibilidades del diálogo intercultural. Para García Amado, muchas teorías colectivistas no sólo sustancializan a los pueblos oprimidos que dicen defender, sino también a los grupos de agresores, que al ser sujetos colectivos tendrían que gozar de los mismos derechos (Ibid,111-112). Para García Amado, un colectivista consecuente tendría que defender a toda costa la pureza del humus comunitario:

Si es reprochable y contrario a los derechos de un pueblo indígena, pongamos por caso, que sus prácticas religiosas se vean interferidas o contaminadas por prácticas religiosas externas, también lo será de la misma manera que se vean interferidas o contaminadas las prácticas religiosas de un pueblo cristiano. Por esta regla de tres, si los occidentales del “primer” mundo vivimos también en algo que pueda llamarse pueblo, nación, tradición, cultura, etc., y si no queremos autocalificarnos de traidores o desarraigados y desdibujados sujetos genéricos kantianos o rawlsianos, también tendremos el derecho y hasta el deber de defender la pureza de ese humus comunitario que nos forja, de defenderlo frente al “otro” (García Amado: 2001, 112).

La hondura académica y la elegancia intelectual que reclama el autor ibérico hablando de los derechos colectivos deja mucho que desear a la luz de su “pequeñísima” afirmación: en primer lugar, por tratarse de una aserción que evidencia un manejo de fuentes estrecho, toda vez que sus explicaciones, no consideran los aportes de las ciencias sociales en el ámbito del debate, particularmente de la antropología y los estudios culturales. En segundo lugar, porque fruto de dichas discusiones la propia antropología jurídica se ha visto compelida a cuestionar las políticas

⁹⁰ La opinión de Luis Macas sobre estos aspectos resulta imprescindible. En primer lugar, porque se trata del fundador de una de las organizaciones indígenas más importantes del mundo –la Confederación de Nacionalidades indígenas del Ecuador (CONAIE)-, y en segundo termino, porque su trabajo intelectual cuestiona al pensamiento eurocéntrico, pero reivindica el diálogo de saberes entre las distintas filosofías del mundo: “Por eso decimos que es importante recobrar nuestra memoria histórica. En función de esta construcción de una sociedad distinta. A veces se nos entiende mal, quizá a veces con toda razón porque semánticamente no nos hacemos entender. Sí, pero también digo que quizá sea natural, porque en estos últimos tiempos nos hemos visto obligados a hablar y expresarnos, para ser escuchados, en idiomas que no son los nuestros. Y por eso debe ser la dificultad de que los demás nos entiendan ... Hay que hacer un proceso, de re-racionalización, de reconstrucción de saberes, porque no podemos despreciar el bagaje teórico, estético y ético que el mundo occidental ha creado; se trata de enriquecer el conocimiento humano, incorporando la diversidad, nuevas formas de comprender el mundo que también son legítimas porque son históricas” (Macas: 2005, 40-41).

que predicán sin mayor razonamiento una identidad exclusiva. Finalmente, porque la separación tajante entre derechos individuales y colectivos resulta cada vez más problemática a la luz de la estructura holista de los derechos humanos. Pasemos a desarrollar brevemente cada uno de estos puntos.

Desde las aclaraciones preliminares de este escrito seguimos el hilo argumentativo de Carvalho para anotar que el contacto entre culturas y tradiciones con historias particulares ha supuesto una especie de negociación caracterizada por incluir y asimilar lo diferente. Curiosamente situamos buena parte de los ejemplos de la disertación en el campo religioso, ámbito que nos permitió corroborar el dialogo de saberes del que venimos hablando. El ejemplo de García Amado, ubicado sobre los mismos contornos, reivindica un purismo cultural monoteísta que al igual que muchos de los argumentos monojuristas sostenidos por la Corte Constitucional, parte de una inferencia sin demostración, a saber, que las apropiaciones culturales son totales y que por tanto los contextos de reapropiación no existen. La antropología de la religión ha aclarado el equívoco que reproduce García Amado, para analizarlo echemos mano de uno de los trabajos etnográficos más serio y representativo de la región.

Ángel Rama realizó una selección de artículos de la obra antropológica de José María Arguedas intitulada *Formación de una cultura nacional indoamericana*. Para Arguedas (1981), el mestizaje cultural –ya sea artístico, religioso o jurídico- provee a los conocimientos de las distintas culturas de un dinamismo de singular valor a la hora de evaluar el desarrollo creativo que pueden deparar la mezcla de prácticas culturales⁹¹. Desde el análisis esencialista de García Amado, la interferencia religiosa externa –aclarando que su afirmación se afina en obstrucciones jurídicas del mismo tipo-, debe provocar la defensa a ultranza de la pureza cultural de las distintas tradiciones, por el contrario, el análisis de Arguedas muestra la insostenibilidad de los “purismos formativos” y reivindica el diálogo de saberes a través del “mestizaje cultural”. Estudiando el complejo proceso de cambios lingüísticos en la sierra peruana, Arguedas destaca que tanto el

⁹¹ Refiriéndose al caso del Valle del Mantaro en la sierra peruana, Arguedas muestra a manera de ejemplo las valiosas fusiones musicales que se produjeron entre el mundo indígena y el hispano: “La coreografía y músicas folklóricas se han enriquecido, superviven las antiguas danzas y es quizás la única región donde han aparecido otras nuevas. Junto a estas canciones folklóricas ha surgido, asimismo, un vastísimo cancionero popular, de autores conocidos. Las orquestas típicas han incorporado el saxofón y el clarinete. Y como en el arte, en las demás actividades el hombre de este valle se sirve con toda legitimidad de los instrumentos de la civilización moderna” (Arguedas: 1981, 11).

encomendero como el predicador católico se vieron forzados a aprender la lengua nativa de los indígenas, de forma tal, fue el quechua y no el castellano, el principal vehículo para difundir la cultura occidental en la sierra peruana (Ibid, 23).

Pero tal hecho significaba que no sólo el español catequizaba al indio sino que éste a su vez catequizaba al español y a sus descendientes. Tomaban el uno algo del otro, sin ceder en lo sustancial. Las fiestas religiosas católicas no pudieron liberarse de la presencia de personajes y elementos prehispánicos que los acompañaban; ahora mismo, cuando se eleve la hostia en los templos de las aldeas cuzqueñas, indios vestidos con trajes puros de la España del siglo XVII, tocan sendos pututos que atruenan solemnemente; se entonan himnos religiosos españoles traducidos al quechua, con música quechua y con acompañamiento de arpa, violín y queñas (Arguedas: 1981, 24).

La defensa de la pureza comunitaria que forja al sujeto occidental frente al *otro* esgrimida por García Amado, más allá de una salvaguardia extrema, que de violarse conceptuaría apostasía, traición y desarraigo, constituye una execrable muestra de monolingüismo jurídico⁹². Como lo dejamos enunciado en la segunda razón desde la que discutimos los argumentos de García Amado, la propia antropología jurídica se ha visto compelida a cuestionar las políticas que predicán sin mayores razones una identidad exclusiva. Así por ejemplo, Héctor Díaz Polanco (2005), siguiendo la dirección de Hobsbawm, define las identidades negativamente, es decir, contrastándolas con los *otros* y mostrando que en cierto grado son optativas, pues al ser múltiples, resulta irrazonable que exista una identidad universal. En esa lógica, lo que existen son diversas pertenencias que se combinan y que los sujetos van jerarquizando. El fenómeno identitario no puede ser comprendido sin referencia al contexto en que se gesta, lo que significa que es dinámico y cambiante:

Esta perspectiva de las identidades múltiples es ciertamente uno de los cuadros básicos en el que debemos desarrollar una política propia acerca de la diversidad. Y, razonando a contrario, de ella se desprende que de seguro debemos rechazar cualquier política fundada en las identidades como si fuesen esencias, entes

⁹² La experiencia monoidentitaria a la que aludimos puede ser analizada por referencia al etnocentrismo, al sexismo o al clasismo. Tal como lo hemos venido mostrando el discurso constitucional ha reproducido históricamente dichas prácticas sin que sea raro encontrar afamados constitucionalistas que las representen. Así por ejemplo, “[a]ún en 1912, el eminente jurista Maurice Hauriou afirmó que no es que la mujer sea “nula” sino que es un ciudadano “inexistente”, a la manera de un matrimonio incestuoso o entre personas del mismo sexo” (Douzinas: 2008, 119). En pleno 2007, el no menos reconocido García Amado, publicó un blog que intituló *Ay, Colombia*, “escrito” en el que al calor de innumerables epítetos, destacó con especial entusiasmo el turismo académico sexual que patrocina con algunos de sus compatriotas en nuestro país. Tal como lo comentó en otro blog César Rodríguez, las afirmaciones patriarcales que nutren el texto de García Amado representan un “[i]rónico giro histórico del colonialismo: pasamos de la conquista de Indias a la conquista de indias” (García Amado: 2007 y Rodríguez: 2008).

estáticos o invariables, únicos e irreductibles entre sí, que no admiten la combinación de pertenencias y, en fin, imponen la política de la identidad exclusiva. Todo ello promueve el aislamiento, la intolerancia y, finalmente, en lugar de fomentar el pluralismo termina estimulando el paisaje de la homogeneidad múltiple constituida por conglomerados separados y en permanente tirantez (Ibid, 53).

Finalmente, siguiendo el tercer argumento de nuestra crítica a las asunciones de García Amado, debemos anotar que una cosa es clasificar a los derechos humanos en individuales y colectivos con un propósito heurístico, y otra muy diferente, pretender que dicha clasificación constituya una “variable invariable” y desconocer de paso las consecuencias políticas que la instituyen. El valioso triunfo del discurso de los derechos humanos a escala global, se encuentra permeado por altisonantes paradojas que es importante problematizar, entre ellas, la tajante diferenciación – fielmente reproducida por el jurista español- entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales⁹³. División que históricamente más que nacer por generación espontánea o por rigurosidad conceptual, representa las aristas de un discurso constitucional produciendo política económica⁹⁴. La dicotomía internacionalista de los derechos individuales y colectivos en la praxis del derecho de los derechos humanos reproduce desigualdad cuando los primeros se instrumentalizan y los segundos se vuelven fórmulas programáticas, en ese caso, se maximiza la “libre voluntad” y se minimiza la equidad económica, social y cultural⁹⁵.

Después de escindidos, la fórmula liberal reza que los derechos deben ser jerarquizados. Así, los derechos individuales se convierten en sustantivos –por tanto inalienables-, mientras los derechos colectivos devienen en adjetivos –por tanto supeditados a la primacía del individuo-. Bajo la tajante aceptación “universal” de que las sociedades justas e igualitarias precisan de derechos colectivos para ser efectivas, se concreta la cortante realidad “particular” de dichos derechos, a

⁹³ “Lo que creo observar en algunos intelectuales, en cambio, es una mansa aceptación de los tópicos que pregona el liberalismo. Aquella separación entre órdenes de derechos es un ejemplo pertinente. No existe ni el más mínimo fundamento para ello. Pero la disociación tiene el efecto de apuntalar el sesgo individualista de los derechos y, como veremos, de deshacer el eje social que cruza transversalmente los mismos” (Díaz Polanco: 2005, 57).

⁹⁴ “Y advirtamos que se trata no de unas adherencias circunstanciales, sino de unos componentes categoriales. Resultan materiales de la propia construcción, vectores de la propia estructura. El individuo constitucional se ha afirmado mediante la posición de una categoría de propiedad como forma de libertad que por sí misma produce tanto la discriminación interna como la segregación externa. Es un derecho del individuo sobre sí que por su industria se extiende a la naturaleza y al universo” (Clavero: 1997, 23-24).

⁹⁵ Dicha operación fue reconocida por el presidente de Amnistía Internacional, Paul Hoffman, en el discurso que pronunció ante el III Foro Social Mundial de Porto Alegre: “Durante demasiado tiempo se ha prestado demasiada poca atención a los derechos económicos y sociales y, en este respecto, Amnistía Internacional comparte algo de la culpa. Hasta hace bien poco nuestra organización no se había comprometido a trabajar por toda la variedad existente de derechos humanos” (Citado por Díaz Polanco: 2005, 58).

saber, que si éstos se pusieran a la par de los individuales, “gobiernos que hoy se proclaman como campeones de los derechos humanos quedarían situados como los mayores violadores, pues con sus políticas han extendido la sombra de la desigualdad y la miseria sobre la mayoría de los pueblos” (Díaz Polanco: 2005, 59).

En ese sentido, no es difícil corroborar que los derechos de los pueblos indígenas no han dejado de estar a la merced de aquellos que el liberalismo y el constitucionalismo han considerado “fundamentales”, hemos ido aclarando que no se trata de una cuestión de falso dilema, los derechos del *otro* –en este caso colectivos- han estado supeditados a lo que *el mismo* entiende por *otredad*: derechos indígenas a la medida de los derechos humanos y no derechos humanos a la medida de los derechos indígenas. Hablar de derechos humanos indígenas supone la necesidad de reconocer que “mi” derecho existe en la medida de “mi” relación con el *otro*: es la existencia previa de la otra persona la que genera la aparición del derecho. Podemos decir que sobre ese espacio se funda la esencia no esencialista de los derechos humanos:

El otro es siempre una persona única y singular que tiene un tiempo y un lugar, un género y una historia, pero también deseos y necesidades. Si existe en verdad algo “universal” en el discurso de los derechos humanos, si alguna traza metafísica sobrevive a su deconstrucción, quizás ella sea el reconocimiento del carácter absolutamente único de la otra persona y de mi deber moral de protegerla y luchar por ella (Douzinas: 2008, 421).

Ahora bien, sobre los supuestos epistemológicos que hemos venido cuestionando, la Corte Constitucional va a realizar una extensísima cita del escrito de García Amado (2001), mediante la cual se determina –al decir del español- “la escala” de posibles enfoques teóricos para abordar los dilemas de los derechos individuales y colectivos. Tres de ellos son retomados de forma textual por la Corte, y se encuentran representados por lo que García Amado denomina colectivismo radical u organicista, colectivismo paternalista, e individualismo pragmático. Según el autor, en la perspectiva del colectivismo radical u organicista se gesta una suerte de “entificación” de los sujetos colectivos, cuyos bienes, siempre estarán por encima de la autonomía individual. Para García Amado, se trataría de un colectivismo signado por decisiones que deben encarnar el interés y la voluntad del grupo, y que valora negativamente a la democracia representativa, toda vez, que al precisar de la opinión de los individuos puede soslayar el “verdadero” interés del grupo. Los ejemplos que trae el profesor de León para explicar esta postura son los de “[l]as

teorías tradicionales de la monarquía, la doctrina del *Fuhrertentum*, la imagen clásica del pater familias, la del partido como vanguardia de clase, la idea organicista de nación, la noción de democracia orgánica, etc.”⁹⁶.

Desde esta línea argumentativa la Corte Constitucional cita el siguiente párrafo del artículo de García Amado:

La relación que se da entre los miembros del grupo y sus dirigentes tiende a explicarse en términos de empatía, predestinación, mesianismo, tradición sagrada, vanguardia, cabeza-cuerpo, pastor-rebaño, élite-masa, cuerpo místico, etc. Y que en términos similares, “mutatis mutandis, piensan muchos intelectuales románticos de hoy cuando reivindican los derechos colectivos de los pueblos indígenas [énfasis de la Corte Constitucional] (Ibid, 116-117).

El colectivismo paternalista propende por una imposición grupal que se justifica en el propio interés del individuo. Sin considerar que el grupo tiene vida propia, se argumenta que el bien supremo del individuo no es una cuestión que le atañe al sujeto mismo, argumentándose que sólo es posible mediante la acción grupal organizada. Los ejemplos de esta corriente son la organización de la Iglesia mediante la cual el individuo salvará su alma, la del sindicato por la que el trabajador será libre, y la del Estado por la que el súbdito logrará la plenitud “en la sintonía entre identidad individual y señas colectivas; etc.” (García Amado. Ibid, 117).

Finalmente, el individualismo pragmático, corriente a la que le “apostará” la Corte Constitucional de la mano de García Amado, sostiene que sólo el individuo está legitimado para definir su interés, aunque reconoce la necesidad del grupo para lograr dicho objetivo. Desde este punto de vista, la autonomía individual está por encima de la colectiva y su conciliación llega en el momento que los intereses y las voluntades individuales se agregan formando la acción grupal. En consecuencia, García Amado considera que es necesario acudir al principio de las mayorías, para zanjar el problema de la unanimidad y allanar el camino para la constitución de estándares normativos que vinculen a las minorías. Entonces, es la legitimidad del individuo la que precisa los fines y los límites de la colectividad, o dicho en términos constitucionales, los derechos

⁹⁶ Volveremos en seguida sobre la falacia que se deriva de este argumento, a saber, la conexión entre los regímenes autoritarios europeos y la tradición colectivista de las comunidades indígenas.

colectivos se encuentran supeditados en todo caso a los derechos individuales⁹⁷. El Tribunal Constitucional remata con esta nueva cita:

Como fácilmente se aprecia, con tales planteamientos individualistas es difícilmente compatible un sistema de decisión no democrático. Así como el colectivismo propende al autoritarismo, limitando la libertad individual en pro del grupo, el individualismo demanda la democracia y tiende a someter a ella todo menos el valor mismo del individuo autónomo (García Amado: 2001, 118).

La disertación de la Corte Constitucional no hace más que corroborar las falencias argumentativas que veníamos anotando respecto al enfoque con que se aborda la temática de los derechos colectivos, sin embargo, la cita de conclusión del llamado individualismo pragmático sumerge a la parte motiva de la sentencia en un despropósito argumentativo de difícil convalidación. Con una precaria visión historiográfica, la Corte Constitucional y García Amado, comparan las asunciones colectivistas derivadas de los regímenes autoritarios europeos con las tradiciones colectivistas de los pueblos indígenas del continente americano⁹⁸.

Pero como si no fuera poco, el Alto Tribunal acentúa el planteamiento acudiendo a Norberto Bobbio, para esgrimir –como si la historia de Europa fuera la historia de los pueblos indígenas– que es necesario desconfiar de las concepciones anti-individualistas de la sociedad, pues a partir de ellas, han pululado posiciones reaccionarias tales como las de Burke, De Maistre, y Lammenais⁹⁹. El pragmatismo de la Corte pareciese dirigirse a una defensa radical de los

⁹⁷ Las reglas básicas de respeto a partir del principio legitimador de la individualidad son las siguientes: “únicamente se admite la imposición de la regla grupal mayoritaria para asuntos atinentes a esos intereses que sólo pueden alcanzarse o maximizarse por la vía de la actuación colectiva; los individuos que estén en minoría en cada ocasión tienen que ver respetada su autonomía en todo lo que no choque directamente con los ámbitos en que se legitima la decisión mayoritaria; salvo las puras reglas procesales del juego mayoritario, todo lo demás no debe estar sustraído al debate y la decisión autónoma. **Y sobre todo: nada hay en el grupo que no sea contingente y explicable sólo en razón de la protección en común de intereses individuales**” [énfasis mío] (Citado por la Corte Constitucional de García Amado: Ibid, 118).

⁹⁸ Asunciones de ese tipo aparecían a principios del siglo XX en autores dedicados a pensar la realidad Latinoamericana –es cuestión de la que difícilmente se pueden encontrar justificaciones loables–, sin embargo, que dichos desatinos conceptuales se sigan reproduciendo en nuestros días resulta inaceptable. Iniciando el siglo XX el reconocido escritor peruano Francisco García Calderón Rey afirmaba: “Toda la historia de América, la herencia de los españoles y de los indígenas, converge hacia esta exaltación del caudillo. El gobierno por medio de caciques, amos absolutos como los caudillos, es muy antiguo en España, como lo ha demostrado Joaquín Costa en su análisis de los fundamentos de la política española. En cada provincia, en cada ciudad, hay una personalidad central que encarna la justicia y la fuerza, a quien la turba admira, la opinión obedece, y que impone costumbres e ideas. Los indios de América obedecían a los caciques, y los primeros conquistadores comprendieron pronto que al atraer a los jefes locales someterían por este mismo hecho a las poblaciones indígenas” (García Calderón: 1979, 201).

⁹⁹ Los aportes de la tradición liberal-individualista como contrapeso a los regímenes autoritarios que han pululado en el mundo occidental no está en duda, el problema radica en equiparar dicha historia con los procesos históricos de los

derechos individuales, y a la consolidación de una concepción de historia eurocéntrica. Citando a Bobbio la Corte afirmó: “según la concepción individualista de la sociedad y de la historia, el individuo viene primero, la sociedad viene después. La sociedad es para el individuo, no el individuo para la sociedad” (Ibid, p.15).

6.2. Aclaración especial de voto

Para vislumbrar el exabrupto que venimos anunciando no se precisa adscribir al colectivismo radical como lo piensa García Amado y la Corte Constitucional, basta con ir más allá del individualismo radical. Para evitar que cualquier lector desprevenido piense que nuestras consideraciones son exageradas, vale la pena repasar los argumentos que presenta el magistrado, Manuel José Cepeda Espinoza, en su aclaración especial de voto a la sentencia que venimos revisando.

Según Cepeda Espinoza, utilizar como argumentos de autoridad citas de Bobbio y García Amado, para justificar la precedencia de los derechos individuales sobre los derechos colectivos, resulta improcedente a la hora de evaluar el alcance de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Aunque los postulados de dichos autores han tenido un influjo importante en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, no es pertinente trasladarlos a la jurisprudencia constitucional colombiana perdiendo de vista el contexto histórico del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural en el país (Sentencia T-1127 de 2001, p.20).

Para Cepeda Espinoza, la Corte puede citar autores nacionales y extranjeros, sin embargo, no puede perder de vista que sus citas están desarrollando principios constitucionales. La concepción individualista de la sociedad defendida por García Amado y Bobbio puede resultar muy valiosa en ciertos ámbitos, pero es insuficiente para analizar en toda su complejidad la relación entre la cultura de los derechos constitucionales y los derechos indígenas. La posición defendida por García Amado ilustra la controversia entre individuo y colectividad en el contexto histórico europeo, donde colectivismo ha significado totalitarismo o fascismo y por lo tanto opresión,

pueblos indígenas, pues nada tienen que ver unos con otros. Pongamos en contexto a la primera tradición a través de algunas referencias al individualismo argentino: “El más urgente de los problemas de nuestra época (ya denunciado con profética lucidez por el casi olvidado Spencer) es la gradual intromisión del Estado en los actos del individuo; en la lucha con ese mal, cuyos nombres son comunismo y nazismo, el individualismo argentino, acaso inútil o perjudicial hasta ahora, encontrará justificación y deberes” (Borges: 2007, 45).

represión, y 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” (Ibid, p. 21). El contexto del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Constitución de 1991, muy diferente al del colectivismo europeo, vino a tratar de saldar una deuda histórica y a proteger efectivamente los derechos de los pueblos indígenas.

El “pragmatismo individualista” esgrimido por la Corte Constitucional reproduce visiones académicas etnocéntricas, y fortalece a las visiones que no pueden ver derechos por fuera del constitucionalismo. Digamos por consiguiente, que *mutatis mutandis*, piensan muchos intelectuales y Tribunales Constitucionales de hoy cuando reivindican los derechos individuales como invariantes culturales:

Hay equívoco y es común. No sólo se comete entre juristas. El trabajo sucio también lo hace la antropología y el resto de las que se tienen por ciencias sociales, como ahora igualmente la ecología. Presumiéndose científicas para la determinación más o menos mediada de políticas todas tienden a apropiarse de la voz y el voto ajenos, a pensar y decidir por todo el resto. Suplantando humanidad. Ahí radica el problema para el derecho que puede sustraerse no sólo por la política, sino también y previamente por la academia (Clavero: 2002, 88).

6.3. Decisión de la Corte Constitucional

Después de revisar los fundamentos de una ampliación del concepto antropológico realizado a partir de un seminario que dictó la antropóloga Esther Sánchez a la comunidad páez; y en el que los indígenas participantes manifestaron que la sanción de apartar al hijo de su madre no se había utilizado anteriormente, la Corte determinó que la sanción aplicada no formaba parte de las tradiciones de la comunidad indígena páez, y decidió revocar la sentencia de primera instancia.

Es importante anotar que con esa evidencia probatoria la Corte Constitucional debió remitir el caso a las autoridades indígenas para que se cumpliera su tradición. Sin embargo, la Corte se limitó a ordenar que hijo y madre se puedan encontrar con la regularidad que convenga a su seguridad hasta que culmine el proceso de armonización y el joven retorne a su hogar.

En este último caso se vuelve a comprobar que se puede compartir la parte resolutive de sentencias constitucionales que versan sobre derechos indígenas, discrepando al mismo tiempo de

la fundamentación filosófica en que se encuentran sustentadas. La sentencia revisada desestima la memoria histórica que no reposa en las fuentes del mundo occidental; se caracteriza por menospreciar el diálogo intercultural entre las autoridades constitucionales y las indígenas; construye doctrina constitucional partiendo de la existencia de identidades culturales absolutas; y “reconoce” los derechos indígenas a través de los límites impuestos por los derechos constitucionales.

Preguntémonos en consecuencia por los tropiezos que sufre la justicia indígena en los intervalos de sus encuentros y desencuentros con la justicia constitucional, y por los relatos que gestan la privación de voz de la última respecto a la primera. La responsabilidad de traducir lo que es diálogo y aquello que lo desfigura hace que el derecho a la diversidad étnica y cultural corra riesgo de muerte.

CAPÍTULO 3. LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

La colonización se volvió ilegítima en parte por referencia a los procesos que llevaron al dominio colonial, procesos que todavía hoy representan claramente una expansión inaceptable de la soberanía territorial del estado. En la actualidad, la comunidad internacional rechaza por principio la imposición de estructuras estatales a cualquier pueblo, sea cual sea la definición social o política de éste. Parece que la comunidad internacional ha hecho suya la admonición que hiciera el presidente Woodrow Wilson ante la anarquía europea de la primera guerra mundial, al explicar su visión de la autodeterminación: “no existe en ninguna parte algún derecho que permita pasar pueblos de un soberano a otro como si fueran objetos de propiedad”. Hoy en día, los procedimientos que conducen a la creación, alteración o extensión territorial de la autoridad política se regulan normalmente por las exigencias derivadas de la autodeterminación, que requieren niveles mínimos de participación por parte de todos los pueblos afectados conforme a sus intereses respectivos.

(James Anaya: 2005)

1. INTRODUCCIÓN

A raíz de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 –en adelante DDPI-, el panorama de los derechos humanos indígenas en el derecho internacional ha sufrido un giro radical. A lo largo y a lo ancho de este capítulo se estudiarán las implicaciones jurídicas que se derivan del instrumento internacional presentando argumentos a favor de su eficacia e implementación en el contexto nacional.

El papel de garante en el ejercicio de los derechos humanos compele a las instituciones estatales a promover la aplicación de los derechos consagrados en la DDPI. Como lo ha venido sosteniendo el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, profesor James Anaya, la efectividad de la DDPI depende de la puesta en marcha de reformas jurídicas y políticas y de intervenciones de todas las entidades estatales que dentro de sus áreas de competencia tengan algo que ver con los derechos indígenas. Al respecto, el Relator Especial ha ofrecido argumentos jurídicos y políticos contundentes, entre ellos, podemos citar los siguientes:

Las medidas positivas o especiales necesarias para hacer efectiva la Declaración deben abarcar las disposiciones institucionales y los marcos de política nacionales existentes, que en algunos casos tal vez sea necesario reformar para dar cabida a las necesidades particulares de los pueblos indígenas, tal y como señala la Declaración. En función del contexto nacional, pueden necesitarse políticas, programas e instituciones concretos para fomentar la acción concertada de los organismos gubernamentales en relación con los pueblos indígenas. En los países en que ya existan, sus cometidos y sus objetivos deben quedar encuadrados en los derechos y los principios instituidos en la Declaración... El reconocimiento jurídico y la acción judicial son sólo condiciones previas potenciales para hacer efectivos a escala nacional los derechos de los pueblos indígenas proclamados por la Declaración. El antiguo Relator Especial señaló que los recientes procesos de reforma constitucional y normativa de varios países no se han traducido necesariamente en cambios reales en la vida cotidiana de los pueblos indígenas y que continúa existiendo una “brecha de implementación” entre la “legislación y la realidad cotidiana”. Para superar esta brecha es necesaria la participación concertada y orientada a la consecución de objetivos de un gran número de instancias gubernamentales en el ámbito de sus respectivas competencias, y es precisa una combinación de voluntad política, capacidad técnica y respaldo financiero (Informe del Relator Especial: 11 de agosto de 2008, párr.47-55).

A la luz de estas proposiciones, los contenidos que desarrollamos a continuación buscan que todos los actores aludidos contribuyan activamente en la repetición institucional de la DDPI. Para

ello seguiremos el siguiente itinerario: primero, presentaremos un contexto histórico que permita entender los cambios que se dieron en el derecho internacional en el tránsito de la adopción del Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribuales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1957 y la DDPI de 2007. Segundo, evaluaremos el discurso de la no implementación de la DDPI y sus implicaciones prácticas. Tercero, revisaremos el discurso de la implementación de la DDPI y la defensa que ha venido realizando el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas sobre el mismo. Cuarto, entraremos en el plano propositivo y mostraremos algunas herramientas jurídicas que ofrece el derecho internacional para impulsar la implementación de la DDPI. Quinto, expondremos una visión complementaria entre la DDPI y el Convenio 169 que permita la aplicación armónica del derecho internacional de los derechos humanos en los temas de consulta previa; tierras, territorios y recursos naturales; y delitos de desplazamiento forzado y genocidio. Finalmente, concluiremos con 15 recomendaciones, que partiendo de la complementariedad de la DDPI y del Convenio 169, buscan dar razones para la plena aplicación la DDPI.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

La configuración de la era contemporánea de los derechos humanos de los pueblos indígenas ha tenido como antesala la experiencia del colonialismo y los lastres latentes de su legado. La elaboración de la Carta de Naciones Unidas en la segunda mitad del siglo XX vino precedida por la ruina de las teorías que defendían abiertamente la empresa colonial de las potencias europeas¹⁰⁰. La estructura de las normas de descolonización promovidas por el sistema internacional en ese periodo histórico ilustra tanto el ánimo de distanciarse del prototipo colonial como las resistencias que el modelo impuso para garantizar su subsistencia: una de las características más notables de dichas preceptivas fue la negación de las formas indígenas de

¹⁰⁰ “Ya fuera desde la óptica del marxismo o de la democracia occidental, las estructuras coloniales comenzaron a verse como algo esencialmente negativo, en la medida en que negaban el autogobierno a los pueblos colonizados a cambio de una administración controlada por los pueblos colonizadores en su propio beneficio” (Anaya: 2005, 85).

organización política y su carácter previo a cualquier forma de asociación posterior a la colonización europea¹⁰¹.

El Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de la OIT de 1957 y la recomendación 104 vinculada al mismo, personificaban las características más notables de dicho programa. En el proceso de adopción del Convenio 107 no se contó con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, instituyéndose una filosofía política para la protección de los derechos humanos que asimilaba sus culturas y las incluía en los sistemas políticos y sociales dominantes. El primer convenio en materia indígena, “no contemplaba derechos de los pueblos indígenas, sino tan sólo garantías transitorias de derechos de las respectivas comunidades y personas en tanto que no se produjera su asimilación a la población predominante en el respectivo Estado” (Clavero: 2009, 9-10).

El Convenio 107 fundó un paradigma anacrónico para los derechos de los pueblos indígenas¹⁰². Su carácter lesivo y retardatario suscitó un debate en el marco del derecho internacional contemporáneo que impulsó a que en 1986 la OIT convocara a una “Reunión de Expertos” que consideró necesario reparar y revisar los supuestos que sostenían al Convenio 107. En 1989 el cambio de perspectiva se concretó al elaborarse el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

*Todo un simbolismo ya se encierra en el cambio de un nombre en el título entre uno y otro convenio: ya no **Poblaciones Indígenas**, sino **Pueblos Indígenas**. Cierto es que en el primer artículo del 169, un artículo definitorio del sujeto de unos derechos, se puntualiza que la “utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”, lo que sustancialmente está denegando el derecho de libre determinación. Sin embargo, con esa sola denominación, la de pueblos, se comienza a vencer una tendencia muy arraigada en Naciones Unidas de entender que sólo hay poblaciones indígenas destinadas a fundirse en el pueblo predominante dentro del Estado (Clavero: 2009, 10).*

¹⁰¹ “Se consideró que la unidad beneficiaria del régimen de la descolonización era la población de un territorio colonial entendido como un todo, sin tomar en cuenta los patrones culturales y políticos existentes antes de la colonización” (Ibid, 86).

¹⁰² Hay ejemplos más bien recientes de prácticas interpretativas y de instrumentos jurídicos cancelatorios de derechos. En algún momento por fortuna ya superado la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, partieron del supuesto de que el status de ciudadanía dependía de la vinculación a un Estado constitucional. La mencionada interpretación gozó de eficacia, “[u]n Estado como Guatemala, por ejemplo, la alegó para legitimar un cambio de Constitución que cancelaba derechos de las comunidades indígenas a fin de acometer proyectos de asimilación cultural y política” (Clavero: 2009a, 2).

Tanto la garantía de derechos como la denegación de la libre determinación constituyen los ejes del nuevo paradigma: de un lado, la respuesta del derecho internacional a las impetraciones de los pueblos indígenas. Del otro, la disconformidad expresada por los representantes de los pueblos indígenas en la Conferencia Internacional del Trabajo respecto a disposiciones que mantenían el talante integracionista del 107¹⁰³. Pese a todas las tensiones derivadas del Convenio 169, su importancia no está en cuestión. Si bien es cierto que como tratado sólo se aplica a los Estados que lo hayan ratificado, en el caso interamericano, su vinculatoriedad se está elevando a nivel de derecho internacional regional.

La aceptación de ciertos preceptos intangibles en el derecho de los derechos humanos está garantizando la existencia de un derecho consuetudinario internacional. Así lo reconoció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando llevó el caso de la *Comunidad Maya[n]gna Awas Tingni vs. Nicaragua* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El juez Sergio García Ramírez –en voto razonado concurrente–, citó el Convenio 169, no obstante que Nicaragua no era parte del Convenio. Aludiendo jurisprudencia de su propia corporación y de la Corte Internacional de Justicia, el juez García Ramírez señaló que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (...), sino también el sistema dentro del cual se inscribe”, por tanto, “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación”. Concluyó en consecuencia, que en la actualidad existe “un consenso cada vez más amplio y resuelto” alrededor de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, que compondrían el derecho consuetudinario internacional¹⁰⁴ (Corte IDH: sentencia del 31 de agosto de 2001, voto razonado concuerrente, párr. 5-6).

Entre los dos paradigmas que germinaron en el seno de la OIT acaba de nacer un arquetipo que puede considerarse la norma de derechos humanos de los pueblos, las comunidades y las

¹⁰³ Así por ejemplo, “la [i]ntervención de la señora Venne, representante del Grupo de Trabajo Internacional sobre Asuntos Indígenas (en nombre de los pueblos indígenas de Norte y Sudamérica, los países nórdicos, Japón, Australia y Groenlandia)”. Las salvaguardas más criticadas –además de la del artículo primero–, son las de los artículos 8(1), 9(1) y 10(1) (Anaya: 2005, 96-100).

¹⁰⁴ En el caso americano, “este Convenio también, igual que hemos dicho de los tratados de derechos humanos, puede funcionar a un doble nivel, esto es, como norma general además de cómo norma particular entre los Estados que ratifican” (Clavero: 2009, 11).

personas indígenas¹⁰⁵. El 13 de septiembre de 2007 el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas anunció la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Entre las novedades más importantes de la Declaración pueden señalarse dos sucesos ciertamente paradigmáticos:

1.- “Como toda Declaración de Derechos Humanos ha sido adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, pero, como ninguna otra, sin precedente alguno, ha sido previamente elaborada con la participación además decisiva de quienes son titulares de los derechos a los que se refiere, esto es mediante acuerdo con representantes indígenas” (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas: 2008).

2.- La DDPI es el primer instrumento internacional que reconoce sin talanquera alguna el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 3 y acápite del documento). Por disposición expresa del artículo 35 del Convenio 169 según el cual “[l]a aplicación de [sus] disposiciones no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”, la denegación del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas presente en el 169 se cancela automáticamente.

Ahora bien, las implicaciones jurídicas derivadas de los dos supuestos con los que hemos querido arrancar la disquisición sobre el tercer paradigma, serán el fundamento de las recomendaciones que esbozaremos en este capítulo. Todos los organismos del Estado deberían cumplir un papel activo en la incorporación de los estándares del derecho internacional, y por consiguiente, contribuir en la aplicación y desarrollo de las subreglas que resultan del modelo en mención. Con el objetivo de brindar algunos elementos de juicio que apoyen la consecución de dicha empresa,

¹⁰⁵ Uno de los dilemas más dicientes del Convenio 169 respecto a los derechos humanos de los pueblos indígenas - pese a las ingentes interpretaciones que hicieron que el 169 operara como la norma aludida-, radica en la composición subjetiva en la que se basa el mecanismo internacional. Dicho dispositivo, sólo tiene en cuenta a representantes de los trabajadores, empleadores y gobiernos, excluyendo cualquier otro tipo de posición que los sujetos puedan asumir, como por ejemplo; campesinos, desempleados, artesanos, y por supuesto, indígenas. La estructura de la OIT que es la misma desde su creación en 1919, concibe el mundo como un resultado de la división de la dinámica capitalista, que ha creado tan solo dos extremos posibles, colocando a los pueblos indígenas a escoger entre uno y otro, izquierda o derecha, cosificando así el trabajo y la vida de los pueblos. Basta con observar la composición de la Conferencia Internacional del Trabajo, máximo órgano de decisión de la OIT, compuesto por los tres sectores mencionados, para comprender lo ilegítimo que resulta la creación de un proceso de consulta que se votó con la opinión de “todos”, excepto de aquellos a quienes afecta directamente, es decir, la creación de un mecanismo de consulta inconsulto.

empezaremos mostrando los cambios más significativos en la interpretación de los instrumentos internacionales a partir de la DDPI, y los debates promovidos con su adopción.

3. DISCURSO DE LA NO IMPLEMENTACIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL DE ESTADOS

El apoyo abrumador que recibió la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en los debates de la sesión de la Asamblea General donde fue aprobada con 143 países a favor, contrastó con la posición de algunos Estados que se abstuvieron o que votaron en contra del instrumento internacional aduciendo que se oponían a algunos de sus artículos. Canadá, Australia y Nueva Zelanda, tres Estados asentados en territorios indígenas previos a su origen “manifestaron serias reservas en relación con el texto de la DDPI en áreas claves como el consentimiento previo, libre e informado; propiedad intelectual; tierras y recursos naturales y militarización” (Rodríguez-Piñero: 2009, 2). En los tres casos los gobiernos manifestaron que las Declaraciones no tenían fuerza jurídica, y que por consiguiente no eran vinculantes. El Estado Colombiano insistió en que la DDPI no lo vinculaba y decidió abstenerse de votar. Con ese propósito, sostuvo que algunos de sus aspectos contradecían el ordenamiento jurídico interno, tesis de fácil enunciación pero de difícil explicación¹⁰⁶.

La posición de la no implementación de la DDPI no ha quedado relegada a los intrínquilos que supuso su adopción, como lo explica Luis Rodríguez-Piñero existen razonamientos similares que aparecieron con posterioridad a su adopción, y que en su entender, inciden de manera directa en aspectos sustantivos del porvenir de los derechos de los pueblos indígenas. Desde dos niveles diferentes –en los que se están discutiendo cuestiones de fondo-, podemos rastrear el reacomodamiento del discurso de la no implementación en hechos que ocurrieron después del 13 de septiembre de 2007:

1.- Discutiendo la renovación del mandato del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en la sexta sesión del Consejo de Derechos Humanos, Canadá de manera expresa y Estados Unidos de forma soterrada, se

¹⁰⁶ De forma ulterior adhirieron a la Declaración los gobiernos de Australia y Colombia, este último, expresó las siguientes salvedades: no admitir la obtención del consentimiento libre, previo e informado en ningún caso; ni la desmilitarización del territorio indígena; ni la propiedad de estos pueblos sobre el subsuelo.

opusieron a la inclusión de la frase “promueva la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los instrumentos internacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas”. Los coesponsores del mandato, México y Guatemala, habían proyectado una resolución atribuyéndole dicha competencia al Relator, sin embargo, cuando la aprobación de la resolución era inminente, Canadá logró condicionar la aprobación a una limitante que versaba sobre la DDPI. “La resolución finalmente adoptada se refiere a la promoción de la Declaración “*where applicable*” (“*s’il y a lieu*” o “cuando aplicable”, en la traducción más geográficamente descafeinada de las versiones francesa y castellana)” (Rodríguez-Piñero: 2009, 3). Como lo demuestra Rodríguez-Piñero, el método con que los Estados plantearon oposiciones y abstenciones el 13 de septiembre en Nueva York estaba reapareciendo: “la Declaración sólo es válida, es más, sólo puede ser “implementada”, en aquellos Estados que votaron a favor del texto en su momento de la adopción” (Idem).

2.- “Tras el 13 de septiembre de 2007, se difundió entre los Estados y en el seno de Naciones Unidas la especie de que esta Declaración, pues no es un tratado y no se somete por tanto a ratificación, carece de toda fuerza vinculante” (Clavero: 2009, 5). Es la posición del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo y de la OIT, que han venido sosteniendo que el Convenio 169 tiene un rango jurídicamente superior a la DDPI de 2007¹⁰⁷. La tesis también es defendida por la mayoría de los Estados que amparan una visión del derecho internacional que limita la validez de sus propias obligaciones a su aceptación previa y explícita; y por la doctrina internacionalista predominante que defiende la visión del derecho internacional de Estados¹⁰⁸. La teoría iusinternacionalista de este corte ha venido sosteniendo “que para las Naciones Unidas una declaración de la Asamblea General es un tipo de resolución y, por tanto, estrictamente hablando, tiene el valor de una recomendación para los Estados, no una fuerza vinculante” (Zalaquett: 2008, 141).

¹⁰⁷ La contraposición entre la Declaración y el Convenio 169 de la OIT se defendió en la Guía del Grupo de Apoyo Inter-Institucional sobre Cuestiones de los Pueblos Indígenas (GAI) que agrupa a agencias de Naciones Unidas. Véase, (Clavero, 2009b).

¹⁰⁸ Como pasaremos a verlo en el siguiente apartado, donde revisaremos el discurso de implementación de la Declaración, en la actualidad existe también la visión de un derecho internacional de Derechos. Dicha visión, aparece en agencias de Naciones Unidas y en doctrina iusinternacionalista especializada en derechos indígenas.

4. DISCURSO DE LA IMPLEMENTACIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS

Frente al discurso de la no-implementación de la DDPI y de la limitación de los derechos que consagra, ha emergido un discurso que sustenta su valor vinculante. Dicho discurso ha recibido apoyo de algunas agencias de Naciones Unidas, de las organizaciones indígenas, de la sociedad civil, de las agencias internacionales, y de una parte considerable de la doctrina iusinternacionalista especializada en derechos indígenas. Sin lugar a dudas ha sido el Foro Permanente para la Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas la agencia que ha justificado con mayor entereza la importancia de implementar la DDPI sin salvaguardas de ningún tipo.

La primera muestra de compromiso del Foro se dio a los pocos meses de la adopción de la DDPI, al emitir un informe oficial presentado por los ex-miembros Willie Littlechild y Ida Nicolaisen. El informe reflexionó sobre el derecho internacional de los pueblos indígenas, sus mecanismos de protección y la coordinación que debe existir entre los mismos. Además, estudió el impacto de la DDPI en las tareas del Foro, toda vez que su mandato contempla los derechos de los pueblos indígenas. Esta cuestión es resumida por el profesor Luis Rodríguez-Piñero de la siguiente manera:

En torno a esta cuestión, los coautores sacan conclusiones de gran calado. La primera de ellas es que el artículo 42 de la Declaración... constituye “una nueva función del Foro en el ámbito general de su mandato sobre los derechos humanos”, un “nuevo mandato”. La segunda conclusión de importancia es la recomendación de que el Foro establezca “una nueva metodología que lo dote de la capacidad para cumplir el nuevo mandato que se le asigna en la Declaración”. A tal efecto el documento lanza la idea de un nuevo “Comité [Chamber] del Foro sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas” que, “promueva un diálogo constructivo con los gobiernos sobre los problemas, los logros y las prioridades de los pueblos indígenas de cada país”, “de manera periódica”, tomando como modelo “[e]l ejemplo de la labor de varios órganos de las Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos”¹⁰⁹ (Rodríguez- Piñero: 2009, 3-4).

El enfoque del informe Littlechild-Nicolaisen se encuentra inspirado en el mecanismo de Examen Periódico Universal (EPU), el dispositivo más emblemático en la era del Consejo de Derechos Humanos y del nuevo sistema universal de protección que apareció a su lado. Desde el

¹⁰⁹ (Rodríguez-Piñero citando a Littlechild-Nicolaisen: 2009, 3-4).

nacimiento del Consejo en 2006, la resolución de la Asamblea General caracterizaba las cualidades de cooperación del nuevo mecanismo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país con que se esté tratando. La resolución que versa sobre la arquitectura institucional del Consejo hace referencia explícita al EPU y sus características. Por su parte, el informe Littlechild-Nicolaisen, alude a la posibilidad de pensar en una especie de Examen Periódico Universal de la implementación de la DDPI por parte de los Estados (Idem).

Siguiendo esa lógica y en desarrollo de la decisión tomada en la reunión preparatoria de la séptima sesión del Foro Permanente, se le encargó a Bartolomé Clavero realizar una proposición sobre el alcance de la mención del Foro en el artículo 42 de la DDPI¹¹⁰. El jurista e historiador español desarrolló y sacó las consecuencias del estudio de Littlechild y Nicolaisen partiendo de la base que el artículo 42 de la DDPI le ha otorgado un nuevo mandato al Foro Permanente,

mandato que se suma al original conferido por el Consejo Económico y Social. El mandato ahora procede de la Asamblea General mediante una Declaración de Derechos Humanos, la de los Derechos de los Pueblos Indígenas... No estando ahora la materia de los derechos humanos comprendidas en el mandato del Consejo Económico y Social por corresponder al nuevo Consejo de Derechos Humanos, ha de plantearse ante todo la relación del Foro, por su competencia respecto a derechos humanos, con este nuevo Consejo, el de Derechos Humanos. (Informe Clavero: 2008a, párr. 3 y 5).

Para Garantizar el mandato contenido en el artículo 42 respecto al Foro Permanente sería necesario entender que la Asamblea General le ha atribuido al Foro funciones equivalentes a la de los Comités de derechos humanos de los Pactos y las Convenciones o Tratados internacionales: “[i]ndiquemos que puede haber similitudes, pero para subrayarse enseguida que no existen en cambio estrictamente precedentes” (Ibid, párr.9). Según el informe no hay antecedentes al respecto por el carácter singular de la DDPI, que estableciendo su propio valor, ha utilizado la expresión fuerte de *full application, plena aplicación*, dándole un lugar preeminente al Foro Permanente en la salvaguardia de dicho mandato. De tal forma, el derecho internacional ha sufrido una serie de transformaciones en las que se ubica el artículo 42 de la DDPI y el *new mandate* del Foro, pieza que es una sola y que no hubiera tenido cabida en el derecho internacional de Tratados y Comités anexos.

¹¹⁰ **Artículo 42 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:** Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Para el informe Clavero el mandato del Consejo de Derechos Humanos ha comportado un giro radical respecto a las funciones de la antigua Comisión de Derechos Humanos, y sería ahí donde tendría que ubicarse el nuevo mandato del Foro Permanente. El Mandato General que guía las funciones del Consejo de Derechos Humanos, le asignó la función de realizar un Examen Periódico Universal –EPU- que complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados. La importancia del EPU radica en no ceñirse “a las obligaciones contraídas por la ratificación de Convenciones u otros Tratados, lo que corresponde a los respectivos Comités de derechos humanos, sino que puede ir más allá, precisamente al conjunto del derecho internacional de los derechos humanos con independencia de la calificación del instrumento que los registre” (Ibid, párr. 13).

El informe anota que la novedad de la DDPI y de su artículo 42 difícilmente puede analizarse a través de analogías. Su elaboración, como ninguna otra en el ámbito de Naciones Unidas, se acordó con los titulares de los derechos que ella misma protege¹¹¹. Por consiguiente, sin ser Tratado entre Estados constituye Convención o Pacto entre Estados y Pueblos: Estados Nacionales y Pueblos Indígenas¹¹². Para el informe se trata del *Convenant* entre ellos, por tanto, su novedad abriga motivos de peso y razones de fondo¹¹³.

En ese contexto enunciativo, el Consejo de Derechos Humanos instituyó el *Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, invitando a participar en sus sesiones al Foro Permanente y al Relator Especial, con el fin de evitar duplicaciones en las labores de las agencias especializadas. Según señala el informe, el mandato del artículo 42 impone dar un nuevo paso, que consistiría en que el Foro Permanente encuentre el lugar que le corresponde en el

¹¹¹ Posteriormente el informe de Carsten Smith anotó que el procedimiento de elaboración de la Declaración le conferiría un estatus especial: “Se ha desarrollado durante una década de negociaciones entre los representantes de los Estados y los representantes de los Pueblos Indígenas, -el término diplomático “negociaciones” ha sido un término utilizado en diversas oportunidades por representantes de los Estados” (Smith: 2009)

¹¹² “El profesor Sohn observa que la práctica gubernamental de negociar el texto de un instrumento internacional puede generar por sí misma derecho consuetudinario, incluso antes de la adopción formal o ratificación del instrumento: “La Corte [Internacional], por lo tanto, desea prestar atención no solamente a un texto que codifica principios preexistentes de derecho internacional sino también a aquel que cristaliza ‘una norma emergente de derecho consuetudinario’” (Anaya: 2005, 105).

¹¹³ El informe recoge “la teoría avanzada por Robert Williams Jr. En torno al valor jurídico de los tratados celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos y las naciones indígenas. Según Williams, la interpretación de dichos tratados debe guiarse por la intención de la parte indígena al suscribirlos, que vieron entre ellos pactos entre pueblos celebrados en condición de igualdad y reciprocidad, sin las restricciones posteriormente impuestas por una parte, la estatal, en su posterior interpretación” (Rodríguez-Piñero: 2009, 6).

mecanismo del EPU del Consejo de Derechos Humanos para “reafirmarse como el organismo central para tanto la coordinación como el rendimiento de cuentas de los organismos de Naciones Unidas y de los Estados mismos respecto a los derechos de las personas y de los pueblos indígenas” (Ibid, párr. 17).

La propuesta del informe encuentra justificación en el hecho que el EPU ya empezó a funcionar, pero aún sin capacidad de proteger el espectro de los derechos indígenas. Dicha asunción se corrobora analizando el caso de Ecuador, un caso en el que no comparece la DDPI y en el que los documentos de las agencias de Naciones Unidas han minimizado los derechos indígenas al extremo de tratarlos como derechos individuales (Idem). A decir del informe, la labor de coordinación y articulación inherente al EPU no está funcionando en lo que respecta a derechos indígenas, de ahí, que su desarrollo le pueda corresponder al Foro de acuerdo al artículo 42 de la DDPI (Ibid, parr. 18-19).

Siguiendo la propuesta de Michael Dodson, el Foro Permanente acordó adoptar el sistema de examen periódico eligiendo un número de Estados para cada sesión: “[e]ntre ellos podrían figurar los que contengan pueblos indígenas de los seleccionados para examen universal por el Consejo de Derechos Humanos. **El Foro no informaría al Consejo como una agencia más, sino que encauzaría la información del conjunto de las agencias en todo cuanto interesare a derechos indígenas**” [énfasis mío] (Ibid, párr.20). El informe considera que siendo el Foro la instancia especializada, el EPU respecto a derechos indígenas podría realizarse en su seno, con ello, sus informes llegarían al Consejo de Derechos Humanos integrándose y evaluándose en los informes finales. Así, siempre que se encuentren involucrados derechos indígenas, el diálogo constructivo con los Estados contemplado en el EPU contaría con la intervención del Foro Permanente.

El informe Clavero propició que Carsten Smith propusiera en la reunión de expertos sobre el rol del Foro Permanente en la implementación del artículo 42 de la DDPI, que una tarea prioritaria del Foro tendría que ser la elaboración y aprobación de observaciones generales sobre las disposiciones de la DDPI. En opinión de Smith, el primer paso consistía en hacer un comentario oficial del artículo 42, fijando dicha objetivo dentro del período de sesiones 2009. En un hecho que puede calificarse como histórico la plenaria del Foro Permanente acogió la propuesta de Smith y se pronunció sobre el artículo 42 de la DDPI. La observación general del Foro reiteró lo sostenido en el informe Clavero, tanto sobre la competencia de la Asamblea General de Naciones

Unidas para ampliar y reforzar su mandato, como sobre la importancia de adoptar los métodos de trabajo de los órganos creados en virtud de los pactos de derechos humanos. Refiriéndose al marco jurídico de la DDPI la observación sostuvo el carácter vinculante en la órbita del derecho internacional.

La Declaración no es un tratado y, en consecuencia, no tiene la fuerza vinculante de un tratado. No obstante, ello no significa en absoluto que la Declaración deje de tener efecto jurídicamente vinculante alguno. Al aprobar los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, se aspira a que tengan cierto efecto vinculante. El valor vinculante de la Declaración debe verse en el contexto normativo más amplio de las innovaciones ocurridas en los últimos años en las normas internacionales de derechos humanos (Informe sobre el Octavo período de sesiones: 2009, párr. 6).

La observación general del Foro presentó a la DDPI como un desarrollo de las normas universales de derechos humanos. Ello explicaría la identidad entre los axiomas contenidos en la DDPI y los principios de los pactos de derechos humanos más importantes. Así por ejemplo, el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación consagrado en el artículo 3 de la DDPI no es más que la reformulación del artículo 1 de los dos pactos internacionales de 1966 (Ibid, párr. 7). En esa lógica, el aparato normativo de la DDPI estaría inscrito en el marco más general de normas internacionales vinculantes que se fundamentan en otros instrumentos y costumbres, independientemente de su inclusión en la carta de derechos de los pueblos indígenas. “Se podría sostener que la Declaración en su conjunto ya ha adquirido un lugar como parte del derecho internacional vinculante. En efecto, tal es el caso de varios de sus artículos”, afirmó la plenaria del Foro (Ibid, párr. 12).

5. LA IMPLEMENTACIÓN EN CURSO

Pese al sentido anacrónico que la doctrina iusinternacionalista predominante le ha querido atribuir al discurso de la implementación de la DDPI de 2007, una exploración alrededor de la jurisprudencia internacional y la doctrina iusinternacionalista especializada en derechos indígenas muestra con suficiencia que el derecho internacional de Derechos está lejos de ser un invento improcedente. Desde el punto de vista doctrinal la obra del profesor James Anaya, actual Relator

Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, es quizá el mejor ejemplo para poner a prueba nuestra asunción¹¹⁴.

Una de las características más sobresalientes de la obra de Anaya ha sido demostrar que las normas relativas a los pueblos indígenas se han elaborado mediante la reproducción de estándares mayoritariamente compartidos, y por tanto, vinculantes. Así, la expectativa de respeto de estos derechos es inherente a su naturaleza, que en última instancia –por una necesidad histórica-, explícita los derechos humanos que se le reconocen a toda la humanidad. “Asimismo, el sentido de obligación que va aparejado a las nuevas normas de derechos indígenas es de naturaleza jurídica y no simplemente moral”, explica Anaya, quien agrega que la caduca distinción entre obligación moral y jurídica es un rezago –infortunadamente vigente añadiríamos nosotros- del iusinternacionalismo de finales del siglo XIX y principios del XX (Anaya: 2005, 124).

La posición de iusinternacionalistas como Clavero, Rodríguez-Piñero, y Anaya se integró al sistema de precedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el paradigmático caso de la *Comunidad Maya[n]gna Awas Tingni vs. Nicaragua*. En ese proceso, la Comisión elevó el caso ante la Corte Interamericana apelando a la tesis de que las disposiciones respecto a los derechos indígenas no hacen cosa diferente a recoger las normas de derecho consuetudinario de los derechos humanos. Reforzando la tesis, la Corte citó el Convenio 169 –pese a que Nicaragua no lo había ratificado-, y los proyectos de Declaración de la ONU y la OEA, “identificando así, “un consenso cada vez más amplio y resuelto” en torno a los derechos de los pueblos indígenas; un consenso que en su opinión, debería guiar la interpretación de la Convención Americana por parte de la Corte” (Ibid, 126). La Comisión reiteró su posición en un caso que involucró a los shoshones occidentales (*Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*), y volvió a citar el Convenio 169 aunque Estados Unidos no era parte del mismo (Ibid, 214-218).

Ahora bien, como podemos apreciar, la posición esgrimida por el Foro Permanente para las Cuestiones indígenas respecto a la DDPI de 2007 se encuentra sustentada en el desarrollo del derecho internacional de los pueblos indígenas en las últimas décadas. Pese a la preponderancia de los iusinternacionalistas que sostienen lo contrario, la evidencia histórica del desarrollo de los

¹¹⁴ Existe cierto consenso académico en calificar a la obra de James Anaya como uno de los ejemplos más acabados de la doctrina iusinternacionalista de los derechos de los pueblos indígenas.

derechos humanos de los pueblos indígenas muestra la incongruencia de pensar que un instrumento internacional como la DDPI pueda nacer sin vocación jurídica¹¹⁵.

Si bien es cierto que el enfoque formalista en torno a la validez jurídica de los instrumentos internacionales perdura en la práctica jurídica -para la muestra el caso de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos que sigue acogiendo la diferencia entre convenios “vinculantes” y resoluciones de la Asamblea General “no vinculantes”-, no es menos cierto que “[l]os propios proponentes del texto de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ya se definieron en relación con la validez jurídica de la Declaración, y así ha sido acogido en el propio discurso oficial de las Naciones Unidas”¹¹⁶. Desde ese punto de vista, discutir sobre los mecanismos necesarios para implementar la DDPI parecería ser más útil desde el punto de vista práctico. En consecuencia, terminaremos este apartado refiriéndonos a esa cuestión.

El profesor Luis Rodríguez-Piñero ha defendido el discurso de la implementación de la DDPI, sin embargo, ha anotado los obstáculos conceptuales y políticos de la versión que viene promoviendo el Foro Permanente¹¹⁷. Para el experto en derechos de los pueblos indígenas, el artículo 42 de la DDPI tiene por objetivo la transversalización y operacionalización de los derechos indígenas. Transversalizarlos supondría convertirlos en asuntos inherentes a todas las actuaciones de las Naciones Unidas, mientras que la tarea de operacionalización consistiría en acoplarlos a los estándares e indicadores compartidos por el derecho de los derechos humanos para dotarlos de contenidos específicos en relación con políticas delimitadas (Rodríguez-Piñero: 2009, 12).

¹¹⁵ Con anterioridad a la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya se refería de la siguiente forma a la Declaración de Colombia en nombre del grupo Latinoamericano y el Caribe; a la Declaración en nombre de las delegaciones de Finlandia, Suecia y Noruega; y a la Declaración de la delegación de la Federación Rusa: “Estas y otras declaraciones, no directamente relacionadas con obligaciones derivadas de tratado, manifiestan la existencia de normas consuetudinarias. En cada una de estas declaraciones se evidencia la aceptación implícita de ciertos preceptos normativos basados en principios generales de derechos humanos” (Anaya: 2005, 130).

¹¹⁶ Rodríguez-Piñero reseñando “General Assembly adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples, cit., p.1 (definiendo la Declaración como “[a] non-binding text, the Declaration sets out the individual and collective rights of indigenous peoples, as well as their rights to cultura, identy, language, employment, health, education and other issues”) (Rodríguez-Piñero: 2009, 9).

¹¹⁷ Para Rodríguez-Piñero, el Foro debería cambiar su estrategia de promoción y aplicación de la Declaración. En lugar de apelar a un mecanismo que le permita supervisar la implementación de la Declaración por los Estados y otros actores, “debería hacerlo a través de los canales institucionales que existen a su disposición, sin pretensiones de excepcionalidad” (Ibid, 23).

La consecuencia práctica de la propuesta de Rodríguez-Piñero es que el contenido de los derechos reconocidos en la DDPI se delimite a través de una interpretación gradual en la que las instituciones competentes puedan avanzar en la consolidación de su eficacia instrumental¹¹⁸. Así, una de las tareas derivadas de esta opción consiste en la integración efectiva de los estándares internacionales al ámbito interno. En consecuencia, la iniciativa se traduciría en la obligación de los diferentes actores involucrados en la defensa de los derechos humanos a nivel nacional, de contribuir a que los estándares de la DDPI y su “plena aplicación” sean una realidad¹¹⁹.

Más allá del perspicaz cuestionamiento de Rodríguez-Piñero a la interpretación del artículo 42 que realiza el Foro, su posición alrededor de la transversalización y operacionalización de los derechos de los pueblos indígenas plasmados en la DDPI no es incompatible con la posición colegiada que el Foro esgrimió en su Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones. Bartolomé Clavero, miembro de la agencia internacional, sostuvo un diálogo epistolar con Rodríguez-Piñero en el que expresó que compartía la apuesta de la transversalización de los derechos indígenas, siempre que se encuentre inspirada en los principios de la DDPI. Según Clavero, el carácter excepcional que se les ha asignado a los derechos indígenas se empezará a despejar cuando comparezcan en el marco del orden internacional:

Ojalá fuera de otro modo, pero ya hemos visto la necesidad. La cuestión no es entonces la de superar la excepcionalidad, sino la de determinar la localización que les corresponde a los pueblos indígenas y sus derechos en el orden internacional a los efectos mismos de esta necesaria superación. No son los pueblos indígenas precisamente excepcionales por tener por fin reconocidos los mismos derechos que hasta ahora hemos tenido garantizados tan sólo los pueblos no indígenas. Tan poco por esta exclusiva anterior se les ha tenido a éstos últimos por excepcionales, cuando seguramente se hubiera debido. Es ahora cuando se despeja la excepcionalidad¹²⁰.

La razón que Clavero expone para adherir al proceso de transversalización de los derechos indígenas establecidos en la DDPI sirve como puerta de entrada a la propuesta que viene promoviendo el Foro Permanente para impulsar la implementación del instrumento internacional.

¹¹⁸ Dicha posición es compartida por el primer Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades de los indígenas, profesor Rodolfo Stavenhagen. Véase, (Stavenhagen y Charters (eds): 2009, 352-372).

¹¹⁹ En el ámbito de Naciones Unidas, “[l]a interpretación evolutiva de los derechos humanos concierne en primer lugar a los instrumentos humanos generales, incluyendo los principales tratados internacionales de derechos humanos... Desde esta perspectiva, la Declaración debe ser operacionalizada por los comités de vigilancia de los tratados para su interpretación de los tratados generales de derechos humanos” (Rodríguez-Piñero, 2009, 14).

¹²⁰ (Ibid, 29-30).

El discurso de la observación de la plenaria del Foro sobre el artículo 42 de la DDPI no se formula en términos de una interpretación gradual. Una interpretación de ese tipo conllevaría a que su validez jurídica sea igualmente gradual, cuestión incompatible con el pleno efecto vinculante y la *full application* inherente a la disposición expresa de la DDPI.

En los argumentos presentados por el Foro Permanente una interpretación gradual de la DDPI supondría desconocer que “[sus] principios básicos... son idénticos a los de los principales pactos de derechos humanos”, siendo varios de ellos, repeticiones literales (Informe sobre el Octavo período de sesiones: 2009, párr. 7).

La DDPI viene a ser un desarrollo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su extremo descolonizador y lo que le faltaba para tornarse ciertamente universal. Bartolomé Clavero, recuerda las desafortunadas palabras del presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Hervert Vere Evatt, ante el plenario reunido en París en 1948. Aprobaba la Declaración Universal pese a la renuencia de ciertos Estados de peso, el jurista y político australiano le negaba todo valor normativo. Quizá, los parecidos contextuales con lo que hoy sucede con la DDPI sean algo más que un síntoma. La cita de Evatt parece sacada de los textos de la doctrina iusinternacionalista predominante de nuestros días: “[I]a Declaración no representa sino un primer paso pues no es una convención por la que los estados se obligasen al respeto y garantía de los derechos humanos fundamentales; no contiene provisión alguna para su puesta en práctica” (Citado por Clavero en su réplica a Rodríguez-Piñero, 2009, 25).

Acto seguido, en California se cocía la teoría internacionalista que le negaba todo valor normativo a las declaraciones de derechos humanos, la perspectiva de Kelsen se encontraba a la cabeza. El futuro que se avecinó mostró otra cosa. ¿Quién de manera decente podría negar hoy en día el carácter normativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos? Derivando todas las consecuencias que vienen aparejadas con las novedades de la DDPI, la apuesta del Foro Permanente se ha enfocado en la labor titánica de no repetir la historia. Sobre este particular resulta diciente la opinión de uno de sus miembros:

*Pero el futuro no se encierra en el pasado. No juguemos nuevamente al Kelsen de California. No fue mal libro su *The Law of the United Nations*, pero, con su cerrazón ante el valor normativo de los derechos humanos en aras de la soberanía de los estados, contribuyó a distorsionar un presente y, sobre todo, a lastrar un futuro, el que es presente nuestro (Ibid, 29).*

Ningún instrumento internacional de derechos humanos con excepción de la Declaración Universal de 1948 había motivado un debate de las proporciones alcanzadas por la DDPI. Los documentos que hemos analizado –la gran mayoría producidos en Naciones Unidas o por sus funcionarios en calidad de expertos-, son una muestra de su renovado interés en el marco del derecho internacional. Con todas las consecuencias jurídicas y extrajurídicas derivadas del nuevo contexto, y con las implicaciones que ello tiene para el porvenir de los derechos de los pueblos indígenas resulta preocupante que a más de dos años de haberse adoptado la DDPI –con la adherencia de Colombia de por medio-, exista una inoperancia del instrumento internacional al interior de las instituciones judiciales o cuasijudiciales encargadas de aplicarlo¹²¹.

Los presupuestos analíticos de esta propuesta nos conducirán a la segunda parte del capítulo. En ella pretendemos circunscribir una sucinta hoja de ruta en la que se determinen los avances más sobresalientes de la DDPI. Haremos énfasis en cuatro temas: consulta previa, territorio, delito de desplazamiento forzado, y delito de genocidio.

6. LA CONSULTA PREVIA

Antes de la promulgación de la DDPI el sistema de Naciones Unidas carecía de una norma que reflejara de manera global los derechos de los pueblos indígenas. A falta de dicha norma, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 se ocupó y sigue haciéndolo hoy desde otro flanco de los derechos de los pueblos indígenas. En la perspectiva del derecho internacional y pensando en la importancia de estos derechos, cabe mencionar que el Convenio 169 no siguió los causes de Naciones Unidas para la adopción de preceptivas que desarrollan la Declaración Universal. Como afirma Bartolomé Clavero, la importancia del Convenio 169 radica en que no habiéndose producido por los causes de las normas de derechos humanos, “ha estado

¹²¹ La importancia de aplicar la DDPI en las jurisdicciones nacionales ha sido señalada de manera enfática por el Foro Permanente: “De conformidad con el artículo 42, el Foro habrá de considerar que la Declaración es un conjunto de normas superiores que deben aplicarse con eficacia en todas las jurisdicciones nacionales. Por consiguiente, en la labor del Foro la Declaración ocupará una categoría superior respecto de la legislación nacional. Más aun, es el deber del Foro difundir ese punto de vista en todo el mundo” (Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones: 2009, párr. 25.

incluso durante algunos años supliendo la inexistencia de una norma de derechos humanos de las personas, comunidades y pueblos indígenas” (Clavero: 2009, 9).

Ciertamente existe más de una relación entre la DDPI y el Convenio 169, por eso mismo, interpretar al segundo a la luz de la primera supone predicar su complementariedad. Como indicábamos empezando la disertación, ello debe ser así por disposición expresa del 169, que en su artículo 35 señala que el Convenio no podrá “menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”¹²². Una de las piedras angulares de Convenio 169 es el derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados en todas las cuestiones que puedan afectarles. Las consultas deben desarrollarse “de buena fe”, “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas” y “de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Art. 6).

La DDPI ha hecho una puntualización decisiva sobre el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente, estableciendo la obligación de alcanzar su “consentimiento libre, previo e informado”. La regla es reiterada de manera continua en la DDPI, así por ejemplo, en sus artículos 10, 11, 19, 28 y 32. La involucración plena de esta regla en el marco del derecho internacional de los pueblos indígenas presenta entre sus consecuencias más notables su carácter universal, por consiguiente, “obliga a todos, no sólo a Estados, sino también a empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales y a cualesquier agentes políticos, civiles, religiosos, económicos o de cualquier carácter” (Idem). En el marco de la DDPI y de la interpretación del Foro Permanente, la nueva regla les ha otorgado a los pueblos y comunidades indígenas la capacidad de vetar las medidas y proyectos que las pudieran perjudicar. El punto de partida de la consulta es el convenio 169 que originó el derecho, sin embargo, sus requerimientos son ahora más exigentes y se encuentran denotados en la DDPI.

¹²² En consecuencia, “[e]l convenio 169 nunca podrá legítimamente enarbolarse frente a ninguna de sus disposiciones, frente a ninguno de los derechos que en ella se registran. Muy al contrario, el Convenio debe interpretarse conforme a la Declaración. En otro caso, habría una norma de una agencia especializada de Naciones Unidas negando un derecho tan fundamental como el de libre determinación de los pueblos indígenas al tiempo que una norma de derechos humanos de las instancias nucleares de Naciones Unidas lo estaría reconociendo y desarrollando” (Clavero: 2009, 13).

El surgimiento de la DDPI no ha desmejorado al Convenio, por el contrario, se han cerrado sus lagunas y se ha ampliado su espectro¹²³. Al menos dos prácticas de la OIT en su era contemporánea sirven de referente para lo que debería ser la promoción de la DDPI en los años por venir: en primera instancia, es claro que ha aumentado el compromiso de la OIT por promover su Convenio y particularmente el derecho de consulta previa contenido en él, por tanto, se trata de una excelente vía para exigir la eficacia de la DDPI por intermedio del derecho de consulta, ahora desarrollado con mayor probidad en la DDPI. En segundo lugar, la propuesta reciente de “una enmienda de adición al artículo 19 de la Constitución de la OIT, el que trata de la adopción de Convenios y otras normas [que] viene a posibilitar la derogación de los mismos cuando han quedado fuera de lugar... [pondría] definitivamente fuera de circulación al Convenio 107, un instrumento *que ha perdido su objeto o que ya no representa una contribución útil para la consecución de los objetivos de la Organización*”, y que aún se mantiene vigente en algunos países de América Latina, el Caribe y Europa (Clavero: 2009c, 2). La enmienda en mención viene a reforzar la interpretación del principio de favorabilidad en materia de derechos indígenas: la utilidad del Convenio 169 no está en cuestión, sólo que ahora debe interpretarse siguiendo a la DDPI.

7. TERRITORIO, TIERRAS Y RECURSOS NATURALES.

Desde el siglo XVI la doctrina iusinternacionalista estaba invocando nociones de propiedad que buscaban reconocer los derechos preexistentes de los pueblos indígenas sobre las tierras que habían usado y ocupado antes de que los países coloniales se asentaran en ellas. La jurisprudencia de Estados Unidos reconoció “derechos naturales originales” de los indígenas en sus territorios, sin embargo, los aportes doctrinales partieron de ubicar a las culturas indígenas y sus modalidades de propiedad en un segundo plano, desconociendo el significado de su relación permanente con la tierra. “Así, en el caso de Estados Unidos, si bien se reconocieron derechos originales a la tierra, se consideró también que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus

¹²³ “La Declaración de las Naciones Unidas pone de manifiesto el consenso internacional que existe en relación con los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en un modo que es congruente con las disposiciones del Convenio No 169 de la OIT y que las enriquece, así como con otras disposiciones, incluidas las interpretaciones hechas respecto de otros instrumentos de derechos humanos por los organismos y mecanismos internacionales. Como la expresión más autorizada de este consenso, la Declaración establece un marco de acción para la protección y aplicación plenas de esos derechos” (Anaya: 2008, párr.43).

tierras podían ser “extinguidos” unilateralmente por el estado o que, en el mejor de los casos, las reivindicaciones indígenas podían ser satisfechas con una simple contraprestación monetaria” (Anaya: 2005, 205).

El derecho internacional contemporáneo avanzó en la consolidación de las nociones de integridad cultural y no discriminación a la luz del Convenio 169 de la OIT. En la última década el derecho al territorio de los pueblos indígenas dependió del reconocimiento de derechos individuales que cubrían los derechos comunitarios, sin que con ello, existiera la posibilidad de cubrir los derechos de pueblos. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y algunas de las sentencias más emblemáticas sobre derechos indígenas de su Corte son una buena muestra del fenómeno. En casos paradigmáticos como el de *Saramaka* y el de *Awás Tingni*, la Corte Interamericana planteó un cambio en la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana, dando lugar a la invocación del carácter colectivo del derecho al territorio. El alcance de dicho artículo, que en principio garantiza el derecho a la propiedad individual, se amplió hasta proteger la propiedad de tipo comunal o colectiva. La Corte entendió que el artículo 21 de la Convención debía interpretarse en armonía con el Convenio 169, y que en consecuencia se estaba configurando una violación al “derecho de propiedad colectiva privada”¹²⁴.

La DDPI viene a enmendar el primer artículo del Convenio 169, el que define las características del sujeto de derechos indígenas, y el que empieza por señalar que la “utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. El prefacio del articulado del 169 empieza por denegar el derecho de libre determinación, con lo que pone en entredicho el postulado de igualdad inherente a todas las personas, planteando una diferenciación negativa respecto a los pueblos indígenas. Ello es así, en la medida que la “libre determinación de los pueblos” es un principio que funda la filosofía política de la Carta de la ONU, integrada a los pactos internacionales de derechos humanos; a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y al Acta Final de Helsinki. Por consiguiente el absurdo del

¹²⁴ El derecho de propiedad personal como derecho humano de reconocimiento internacional también se encuentra consignado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.17), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art.23) y en la Convención Europea de Derechos Humanos (ETS No 9).

artículo primero del Convenio 169 radica en sostener que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación con excepción de los pueblos indígenas.

El artículo 3 de la DDPI supera el exabrupto del Convenio 169 al reconocer el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas. A ello hay que sumarle que los artículos 26 y 29 de la DDPI extienden todos los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y el territorio a los recursos naturales, superando las talanqueras del artículo 15 del Convenio 169; y que el artículo 25 de la DDPI además de tener en cuenta la relación permanente de los pueblos indígenas con la tierra les otorga el derecho a mantenerla y fortalecerla¹²⁵. Los puntos en mención, ubican los derechos de los pueblos y los derechos de los indígenas a los recursos naturales dentro de los derechos comunitarios al territorio. En consecuencia, se supera la necesidad que tuvo el Sistema Interamericano de reconocer derechos individuales para cubrir los derechos indígenas comunitarios.

8. EL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de ser trasladados de sus territorios fue ampliado por el artículo 10 de la DDPI al exigir el requisito de alcanzar su “consentimiento libre, previo e informado”. En el caso del delito de desplazamiento forzado existen varios argumentos jurídicos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana a favor de la plena incorporación de la DDPI en el ámbito interno. Esto es así, en la medida que el Tribunal Constitucional se ha referido en múltiples ocasiones al valor jurídico de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos; ha reconocido a la costumbre internacional como fuente principal de derecho internacional (Artículo 94 de la Constitución Política); y ha promulgado por la incorporación automática de la totalidad del Derecho Internacional Humanitario al que le ha atribuido el carácter de *ius cogens* (Artículo 214-2 de la Constitución Política)¹²⁶.

¹²⁵ **Artículo 25 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:** Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros, y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

¹²⁶ Al respecto pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, *C-156 de 1999* y *C-225 de 1995*. En igual sentido, el acertado comentario de (Vidal: 2007, 83-85).

El pleno efecto vinculante de la DDPI predicado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, es inherente a la interpretación que ha venido realizando la Corte Constitucional sobre el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH. Mientras el Foro Permanente ha explicado con acierto que los principios básicos de la DDPI son idénticos a los de los principales pactos de derechos humanos; la Corte Constitucional ha establecido que todos los preceptos que reiteran normas ya incluidas en tratados internacionales de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario aprobados por Colombia tienen rango constitucional en el ámbito interno¹²⁷.

Recientemente la Corte Constitucional emitió el Auto 004 de 2009, en el que se refiere de manera particular a los derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento. La importancia del pronunciamiento nos compele a analizarlo en detalle. Para ello presentaremos sus hechos, las subreglas jurídicas derivadas del pronunciamiento, y sus principales problemas jurídicos¹²⁸.

Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado.

TIPO DE ACTUACIÓN:	Auto
OFICINA:	Corte Constitucional de Colombia
NÚMERO Y FECHA:	004 de 2009
RESUMEN DEL CASO: La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció para proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004. La Corte Constitucional ordenó el diseño e implementación de un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas afectados por el desplazamiento y la formulación e implementación de planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el	

¹²⁷ Véase, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-1150 de 2000*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁸ Retomo la metodología de análisis propuesta por Uprimny y Fuentes. Véase (Uprimny y Fuentes: 2006).

desplazamiento forzado para cada uno de los pueblos que se identificaron en riesgo de exterminio.

SUBREGLAS:

A. La reparación integral a las víctimas de los pueblos indígenas debe ser un objetivo autónomo y específico de la política social del Estado.

B. El derecho a la vida tiene un carácter prevalente para los pueblos indígenas desplazados, confinados o en peligro de desplazamiento.

C. Los niños, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, gozan de una protección especial dentro de los pueblos indígenas desplazados.

D. Los pueblos indígenas desplazados tienen derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger residencia.

E. Antes de tomar una decisión sobre el desplazamiento de pueblos indígenas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo.

F. El Estado está en la obligación de que los pueblos indígenas desplazados reciban como mínimo alimentos indispensables y agua potable, cobijo y alojamiento básico, vestido adecuado, y los servicios médicos y de saneamiento indispensables.

G. La atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual.

H. El gobierno nacional no podrá aducir falta de disponibilidad presupuestaria para postergar las acciones tendientes a mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas víctimas del desplazamiento forzado.

HECHOS: En el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de haber convocado una sección de información técnica realizada el 21 de septiembre de 2007 con la participación de distintos pueblos indígenas del país y organizaciones que promueven sus derechos, y de haber analizado los informes que le fueron

presentados después de dicha sesión, la Corte Constitucional se pronunció con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado.

La Corte Constitucional consideró pertinente abordar dicha situación debido al exterminio cultural y físico que están padeciendo los pueblos indígenas en el país. En este momento, al menos treinta etnias pueden considerarse en estado de alto riesgo de exterminio por causa del conflicto armado y del desplazamiento forzado. Según el análisis del Tribunal Constitucional, existen algunos factores comunes inherentes a la lógica de la confrontación que se cierne sobre los pueblos indígenas del país. Dichos factores, fueron agrupados en tres categorías principales: “(1) las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas, y sus miembros individuales, pero afectándolos en forma directa y manifiesta; (2) los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales, en el conflicto armado; y (3) los procesos sociales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas”.

Para la Corte Constitucional los pueblos indígenas están atrapados en medio del conflicto, sin que ninguna de las partes respete su no involucramiento ni su especial protección ni reconozca su particular vulnerabilidad y fragilidad. Los territorios indígenas han sido apropiados por grupos armados ilegales, delincuentes/narcotraficantes, colonos, y agentes movidos por intereses económicos. La distancia entre aquello que consagran los instrumentos jurídicos y la realidad material de los pueblos indígenas es enorme: las medidas interamericanas –cautelares y provisionales- de protección, por regla general han sido ineficaces. Las advertencias y alertas tempranas o informes de riesgo, pese a sus anuncios, han terminado en crímenes y desplazamientos. La titulación formal de tierras y la constitución de resguardos no han garantizado en la práctica que los pueblos indígenas logren la posesión material de sus territorios.

La ruptura de la continuidad cultural de los procesos étnicos, el marcado grado de aculturación de las nuevas generaciones que progresivamente pierden el respeto por los mayores, el gravísimo problema de mendicidad de personas indígenas en las principales ciudades del país, la pérdida acelerada de los idiomas nativos, la gravedad de la situación de la mujer y los menores de edad

indígenas con posterioridad al desplazamiento; la violación de los derechos a la vida, salud, educación, trabajo, seguridad personal, libertad de circulación, alimentación mínima, vivienda digna, paz e igualdad –por solo mencionar los más enfatizados-, llevaron a que la Corte Constitucional declarara que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere.

En consecuencia la Corte Constitucional ordenó el diseño e implementación de un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas afectados por el desplazamiento, con el nombre que los responsables gubernamentales estimen aconsejable ponerle. Igualmente ordenó la formulación e implementación de planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado para cada uno de los pueblos que se identificaron en riesgo de exterminio. Se fijó un término máximo de 6 meses para que las autoridades competentes desarrollaran dichos objetivos, aclarándose que para ello, deberían contar con la participación efectiva de las autoridades legítimas de los pueblos indígenas.

PROBLEMAS JURÍDICOS Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS:

A. ¿La política estatal de derechos sociales, económicos y culturales (DESC) y el deber del Estado de reparar integralmente a los pueblos indígenas víctimas de crímenes atroces se configuran a partir de las mismas fuentes jurídicas?

No. La política estatal de derechos sociales, económicos y culturales (DESC) tiene como fuente la fórmula política del Estado social de derecho consagrado en la Constitución de 1991. Su cualificación especial se deriva de la vulnerabilidad histórica de los pueblos indígenas, a los que por ende, se les debe otorgar un “patrocinio” cualificado tendiente a lograr su igualdad material. Por su parte, la reparación integral de víctimas de crímenes atroces tiene como fuente el deber estatal de reparar el daño ocasionado por tales transgresiones, aunque éstas no hayan sido perpetradas por sus agentes. La reparación integral a las víctimas de los pueblos indígenas debe ser un objetivo autónomo y específico de la política estatal, lo que no quiere decir, que su articulación con la política social del Estado sea incompatible. La Corte Constitucional aborda el problema de la situación del exterminio de algunos pueblos indígenas, sin perjuicio de que respecto a las demás etnias y sus integrantes el Gobierno Nacional aplique una política que

incorpore el enfoque diferencial de diversidad étnica y cultural a que tienen derecho los indígenas desplazados, confinados o en peligro de desplazamiento.

B. ¿Existen derechos de protección especial para los pueblos indígenas desplazados, confinados o en peligro de desplazamiento?

Sí. El derecho a la vida de los pueblos indígenas que padecen el flagelo del desplazamiento forzado se protege de manera particular contra el genocidio, el homicidio, las ejecuciones sumarias o arbitrarias y las desapariciones forzadas, incluido el secuestro o la detención no reconocida con amenaza o resultado de muerte. Los ataques u otros actos de violencia contra los desplazados internos que no intervienen o han dejado de intervenir en las hostilidades estarán prohibidos en toda circunstancia. Los desplazados internos serán protegidos en particular contra: los ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia, incluida la creación de zonas en las que se permiten los ataques a la población civil; la privación de alimentos como medio de combate; su utilización como escudos de ataques contra objetivos militares o para proteger, facilitar o impedir operaciones militares; los ataques a sus campamentos o asentamientos; y el uso de minas antipersonas.

C. ¿Existen grupos especialmente protegidos al interior de los pueblos indígenas desplazados, confinados o en peligro de desplazamiento?

Sí. Ciertos desplazados internos como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales. Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que experimenten una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella.

D. ¿Existen prácticas prohibidas por el derecho internacional por implicar una coacción al desplazamiento de los pueblos indígenas, o su confinamiento en lugares de los cuales no puedan salir libremente?

Sí. Las autoridades no podrán impedir la reubicación de los pueblos indígenas, éstos tienen derecho a escoger su lugar de domicilio, en la medida en que para huir del riesgo que pesa sobre su vida e integridad personal, se han visto forzados a abandonar su territorio ancestral. La

prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los siguientes desplazamientos: basados en políticas de apartheid, “limpieza étnica” o prácticas similares cuyo objeto o resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; en situaciones de conflicto armado, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas; en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial; en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y cuando se utilicen como castigo colectivo.

Los pueblos indígenas desplazados de sus territorios ancestrales tienen derecho a la libertad de circulación y a escoger su residencia. En particular, los desplazados internos tienen derecho a circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos. Derecho a buscar seguridad en otra parte del país, a abandonar su país, a solicitar asilo en otro país y recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro.

E. ¿Las autoridades competentes se encuentran obligadas a tomar medidas y a ofrecer garantías que mitiguen el desarraigo de los pueblos indígenas desplazados?

Sí. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilite alojamiento adecuado a las personas desplazadas; de que el desplazamiento se realice en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene; y de que no se separe a los miembros de la misma familia. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes se respetarán las garantías siguientes: a) la autoridad estatal facultada por ley para adoptar tales medidas adoptará una decisión específica; b) se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento; c) se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados; d) las autoridades competentes tratarán de hacer intervenir a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación

y gestión de su reasentamiento; e) las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y f) se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes.

F. ¿Existe una lectura particular de los derechos económicos sociales y culturales de los pueblos indígenas desplazados?

Sí. El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas supone una gravísima afectación de este tipo de derechos, en consecuencia, se ha establecido un alcance mínimo desde el que debe partir su interpretación. Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes suministrarán a los pueblos indígenas desplazados, como mínimo y sin discriminación, y se cerciorarán de que puedan recibir en condiciones de seguridad: a) alimentos indispensables y agua potable; b) cobijo y alojamiento básicos; c) vestido adecuado; y d) servicios médicos y de saneamiento indispensables. Se tratará en especial de garantizar que las mujeres participen plenamente en la planificación y distribución de estos suministros básicos.

Deberá respetarse el derecho a la salud de los pueblos indígenas desplazados; los comuneros enfermos o heridos y los que sufran discapacidades recibirán en la mayor medida posible y con la máxima celeridad la atención y cuidado médicos que requieren, sin distinción alguna salvo por razones exclusivamente médicas. Cuando sea necesario, los desplazados internos tendrán acceso a los servicios psicológicos y sociales. Se prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole. Se prestará asimismo especial atención a la prevención de enfermedades contagiosas e infecciosas, incluido el SIDA.

Para dar efecto al derecho a la educación las autoridades competentes se asegurarán de que los desplazados internos, en particular los niños desplazados, reciban una educación gratuita y obligatoria a nivel primario. La educación respetará su identidad cultural, su idioma y su religión. Se tratará en especial de conseguir la plena e igual participación de mujeres y niñas en los programas educativos. Tan pronto como las condiciones lo permitan, se facilitarán los servicios de educación y formación a los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres, con independencia de que vivan o no en campamentos.

G. ¿Se deben adoptar medidas de acción afirmativa a favor de los pueblos indígenas que se encuentran en condiciones de desplazamiento?

Sí. En la sentencia T-602 de 2003 la Corte Constitucional sostuvo que “siempre que no sea posible el retorno al lugar de origen de los desplazados en condiciones de dignidad, voluntariedad y seguridad, la respuesta estatal debe articularse en torno a acciones afirmativas (...) que garanticen (i) el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación, (ii) la promoción de la igualdad, y (iii) la atención a minorías étnicas y a grupos tradicionalmente marginados, ya que no puede obviarse que Colombia es un país pluriétnico y multicultural y que buena parte de la población desplazada pertenece a los distintos grupos étnicos, así como tampoco puede olvidarse que dentro de la población afectada un gran porcentaje son mujeres y, bien sabido es que éstas padecen todavía una fuerte discriminación en las áreas rurales y en las zonas urbanas marginales. Para expresarlo en otros términos, la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual. Las medidas positivas, entonces, deben estar orientadas a la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables, tales como los niños, los adultos mayores o las personas discapacitadas”.

H. ¿Es posible que el gobierno nacional aduzca falta de disponibilidad presupuestaria para postergar las acciones tendientes a mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas víctimas del desplazamiento forzado?

No. La Corte Constitucional advirtió expresamente “que la inexistencia de apropiaciones presupuestales o la no disponibilidad inmediata de presupuesto no será admitida bajo ninguna circunstancia... como justificación válida para el incumplimiento [de las ordenes emitidas en materia de desplazamiento]”. Los órganos competentes tienen la obligación de asegurar presupuesto suficiente y oportunamente disponible, “para lo cual tienen el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a las disposiciones normativas que puedan constituir un obstáculo para ello”.

9. EL DELITO DE GENOCIDIO

La DDPI ha dado un paso trascendental al consagrar en su artículo 7 que “[l]os pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y **no**

serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo” [énfasis mío]. Si consideramos que la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha venido a hacer efectiva después de cincuenta años la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, revisar las implicaciones que ello puede tener para los derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas resulta trascendental.

El Estatuto Penal ha tipificado una serie de delitos junto al genocidio que ahora pueden perseguirse internacionalmente. Así por ejemplo, los delitos de traslado forzoso de población, desaparición forzada, apartheid, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, entre otros. El primer precedente al respecto ya se ha sentado. “[E]l 14 de julio de 2008, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional interpuso una acusación contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Presidente de la República de Sudán, por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en Darfur” (Clavero: 2009d, 3). El 4 de marzo de 2009, la Sala Primera de Cuestiones Preliminares de la Corte cursó orden de detención contra Al Bashir por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra sin mención del delito de genocidio.

Para dos de las tres magistradas que conformaron la Sala, resultaba clave probar la intención específicamente genocida en lo que se refiere a la voluntad y determinación de asesinar en masa. Para la Fiscalía y la magistrada Anita Usacka, jurista que disintió de la opinión de sus compañeras de Sala, la tipificación del genocidio en el artículo sexto del Estatuto de la Corte señala de manera enfática que el delito puede cometerse por medios diferentes al asesinato en masa. El artículo sexto dispone: “*A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial (...)*”. La interpretación de la Fiscalía y de la magistrada Usacka le recordó a la posición mayoritaria de la Sala que el genocidio no es sólo a), sino también b) y c).

Si reparamos en que la Corte Constitucional en su Auto 004 de 2009 comprobó el exterminio cultural y físico que están padeciendo los pueblos indígenas en el país, hay que tomarse en serio – como lo viene haciendo la Corte Penal Internacional y su Fiscalía- la descripción del genocidio de los ordinales b) y c) del artículo sexto del Estatuto Penal¹²⁹. A este respecto, vale la pena señalar que resulta fundamental que los organismos del orden nacional competentes jueguen un rol activo en la divulgación de las consecuencias del derecho penal internacional para los pueblos indígenas, más, cuando Colombia ha ratificado formalmente el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹³⁰.

En el marco del derecho internacional, el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas viene haciendo lo que le corresponde de acuerdo al mandato de la DDPI. En el artículo 10 de la DDPI se prohíbe los actos de genocidio contra los pueblos indígenas, por consiguiente, el Foro se ha planteado en serio el reto de hacer que la Convención sobre el Genocidio sea efectiva para la protección de los derechos de las personas y pueblos interesados. Actualmente Naciones Unidas tiene un Asesor Especial del Secretario General para la Prevención del Genocidio, señor Francis Deng, que defiende un concepto amplio del genocidio en aras de su verdadera protección. Para Deng es necesario atender la *percepción popular*, es decir, la apreciación de aquellos y aquellas que perciben el peligro de genocidio sobre la marcha. Deng considera que son las víctimas los sujetos mejor calificados para dar la señal de alarma.

En el caso colombiano la señal de alarma no sólo la han dado los pueblos indígenas, sino los dos Relatores Especiales sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas¹³¹ y la Corte Constitucional en su Auto 004 de 2009. Bartolomé Clavero,

¹²⁹ El Relator Anaya recomendó en su informe sobre Colombia, “**invitar al Asesor Especial para la prevención del Genocidio de las Naciones Unidas para monitorear la situación de las comunidades indígenas que se encuentran amenazadas con el exterminio cultural o físico, según la Corte Constitucional en su Auto 004. Asimismo, [instó] al Estado a continuar su cooperación con el Fiscal de la Corte Penal Internacional**” [énfasis original]. (La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior: 2010, párr. 64).

¹³⁰ “Al contrario que la *Corte Internacional de Justicia*, la *Corte Penal Internacional* no depende en el ejercicio de su jurisdicción de la acción o el parabién de los Estados. Representa ya una justicia internacional independiente. Su fiscalía puede presentar casos de oficio y conforme a criterio propio, según la información que recabe o las denuncias que reciba. Igualmente, la *Corte Penal Internacional* admite casos como cualquier otra jurisdicción ordinaria, conforme a los méritos del mismo sin otras consideraciones ni políticas ni diplomáticas” (Clavero: 2009c, 2).

¹³¹ La crisis humanitaria de los pueblos indígenas se puso de presente tanto en el informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen de 2004, como en el informe de 2010 del actual Relator Especial, James Anaya. Véase, (Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los

miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, ha sido tajante en señalar que si un periodista le llegara a preguntar sobre la posibilidad de contemplar la comisión de genocidio indígena en Estados como Colombia, Perú o Chile, respondería de la siguiente manera: “no es que se haya cometido genocidio” en estos países, “sino que se está cometiendo” (Clavero: 2009d, 8).

10. A MANERA DE PROPUESTA: CRITERIOS PARA INTERPRETAR DE FORMA COMPLEMENTARIA LA DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL CONVENIO 169 DE LA OIT

Siguiendo la interpretación que predica la complementariedad de contenidos de la DDPI y el Convenio 169, esta sección concluye el capítulo presentando 15 ejes de comparación entre los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.

- 1. Los recursos naturales ubicados en tierras y territorios indígenas.** Uno de los avances más significativos conseguido por la DDPI tiene que ver con los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. Los artículos 26 y 29 de la DDPI señalan que todos los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y el territorio se extienden a los recursos naturales. Mientras el artículo 15.2 del Convenio 169 confiere trato diferenciado al derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, cuando pertenezca al “Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras”; los artículos 26 y 29 de la DDPI consideran que el control de los territorios indígenas va aparejado con el manejo de los recursos naturales que se encuentran en ellos. El Convenio 169 protege con un estándar más alto a los territorios que a sus recursos naturales. Su artículo 15 garantiza el derecho de los pueblos indígenas “a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” y a ser consultados “a fin de determinar si [sus] intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Por su parte, los artículos 26 y 29 de la DDPI garantizan el control de sus “tierras, territorios y recursos que tradicionalmente

indígenas: 2004 y La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior: 2010).

han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. La posibilidad de participar en la utilización de los recursos otorgada por el Convenio no garantiza el respeto de las decisiones de los pueblos indígenas, mientras la DDPI asegura el control territorial y fortalece la independencia de las decisiones de los pueblos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ya se ha pronunciado sobre la importancia de considerar a los recursos naturales como parte integrante de las tierras y territorios indígenas. Así, en el caso del pueblo Saramaka v. Surinam expresó: “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo” (Corte IDH: sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 121).

2. **Amparo a las tierras, territorios y recursos indígenas amenazados por terceros.** El artículo 8.2.b. de la DDPI extiende la protección que el artículo 17 del Convenio 169 le brinda a la propiedad, posesión, o uso de las tierras pertenecientes a los pueblos, comunidades o personas indígenas a los recursos naturales que se encuentran en dichas áreas¹³².
3. **Obligaciones del Estado respecto a la adjudicación de tierras, territorios y recursos indígenas.** Los artículos 26 y 27 de la DDPI desarrollan y especifican la obligación que el artículo 14.2. del Convenio 169 impone a los gobiernos en el sentido de “tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. El Convenio no señala el procedimiento para situar dichas tierras, lo que le brinda al Estado un margen de discrecionalidad que eventualmente podría lesionar los derechos de los pueblos indígenas. La discrecionalidad en la decisión se ve reducida por

¹³² La sentencia *Awas Tigni v. Nicaragua* presenta varias consideraciones sobre la importancia de proteger las tierras y territorios indígenas frente a terceros.

la DDPI, que le exige al Estado asegurar el reconocimiento y la protección jurídica de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas. Con independencia del proceso que se surta para determinar las tierras, la DDPI exige la participación de los pueblos, comunidades y personas indígenas afectadas. De tal forma, “[l]os Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido de manera reiterada a la obligación del Estado de delimitar, demarcar y titular los territorios de propiedad comunal de los pueblos indígenas, absteniéndose de realizar entre tanto, “actos que puedan llevar a que los agentes del propio del Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de los [pueblos indígenas]” (Corte IDH: sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 137).

- 4. Herramientas jurídicas para proteger los derechos a la tierra, el territorio y los recursos indígenas.** El artículo 27 de la DDPI es un desarrollo del artículo 14.3. del Convenio 169 que señala que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. La eficacia de la formulación del Convenio 169 depende del grado real de interrelación que puedan mantener el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico indígena. Preocupada por la protección efectiva de los derechos a las tierras, territorios y recursos indígenas, la DDPI sostiene la necesidad de avanzar en procesos conjuntos, que partan de considerar la igualdad entre los participantes: “un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de los pueblos indígenas”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la existencia de mecanismos jurídicos internos que protejan el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas no es suficiente cuando éstos se tornan ineficaces. En aquellos casos de decisiones judiciales dilatadas en el tiempo, la Corte Interamericana ha establecido que se configura la violación del principio de plazo razonable, figura que garantiza el derecho al debido proceso dentro de la Convención Americana. En el caso *Yakye Axa v. Paraguay* anotó lo siguiente: “la Corte considera que el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado por los miembros de la Comunidad Yakye Axa desconoció el principio de plazo razonable y se mostró abiertamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma... La Corte considera que es necesario que el Estado garantice el goce efectivo de los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (Corte IDH: sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 104-225).

- 5. El carácter previo de la consulta.** La consulta a los pueblos indígenas debe adelantarse con anterioridad al desarrollo de las medidas o proyectos con capacidad de afectarlos. El artículo 32 de la DDPI ratifica lo dispuesto en el artículo 15.2 del Convenio 169, al disponer que los Estados deben realizar las consultas “antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos”.
- 6. Consulta en medidas legislativas y administrativas.** El artículo 19 de la DDPI reitera lo preceptuado en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 al obligar a los Estados a consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de que se adopten medidas legislativas o administrativas que los afecten. Sin embargo la DDPI da un paso adelante al afirmar que ello debe hacerse con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

El requerimiento de la DDPI ya se acogió en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, diferenció entre “consulta” y “consentimiento” manifestando que “el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (Corte IDH: sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 134).

- 7. Consulta en proyectos con capacidad de afectar los recursos naturales de las tierras y territorios de los pueblos indígenas.** Los artículos 10 y 32 de la DDPI amplían el marco jurídico del artículo 16 del Convenio 169, según el cual la consulta a los pueblos indígenas es obligatoria cada vez que sea necesario trasladarlos de sus tierras tradicionales a otro lugar, en ese evento excepcional, se deberá contar “con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”. El artículo 10 de la DDPI se refiere de manera explícita a la prohibición del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de sus tierras y territorios, enfatizando que “[n]o se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados”. El artículo 32 por su parte, se centra en el proceso de consulta y en el consentimiento libre, previo e informado “antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras y territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos y de otro tipo”.
- 8. Consulta para desarrollar actividades militares en las tierras o territorios indígenas.** El artículo 30 de la DDPI da un paso adelante respecto al Convenio 169, al exigir a los Estados la realización de “consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.
- 9. Consulta sobre los procesos de reparación por daños en las tierras o territorios indígenas.** Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos las medidas utilizadas para resarcir los daños causados en las tierras o territorios de los pueblos indígenas deben contar “con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes, y de los miembros... [de] las comunidades indígenas vecinas” (Corte IDH: sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 210).

10. Consulta según las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que se debe garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en los planes de desarrollo o inversión dentro de sus territorios, y que los Estados tienen el deber de realizar consultas que se ajusten a las costumbres y tradiciones de los pueblos interesados. En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte expresó: “Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con [los] pueblo[s], de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros de [los] pueblo[s] indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales de [los] pueblo[s] [indígenas] para la toma de decisiones” (Corte IDH: sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 133).

11. Consulta sobre los mecanismos que ayuden a fortalecer el propio proceso de consulta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas sobre los mecanismos de consulta que se deben seguir antes de adelantar medidas o proyectos que puedan afectarlos. En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam y en su interpretación, la Corte señaló que la determinación de los beneficiarios de los pueblos indígenas y de sus compensaciones deberá ser hecha en consulta con los pueblos indígenas y no unilateralmente por el Estado. Acogiendo el criterio de los representantes del pueblo Saramaka, la Corte puntualizó que “tales asuntos pueden ser discutidos y analizados durante el proceso de consulta y el proceso de búsqueda de acuerdos sobre las medidas legislativas y administrativas requeridas para, *inter alia*, dar efecto al requisito de compartir beneficios... Consecuentemente, el Tribunal reitera que todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con [los]

pueblo[s] [indígenas], así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la “justa indemnización” que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por [dichos] pueblo[s] de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia” (Corte IDH: interpretación de la sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 25-27).

12. Consulta por transgresión del proceso de consulta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido reiterando la obligación de consultar a los pueblos indígenas cuando se estén desarrollando procesos de reparación sobrevinientes a la violación de su derecho a la consulta, o a perjuicios ocasionados en sus territorios. Para la Corte, cualquier decisión que tenga que ver con procesos de reparación y su implementación debe consultarse previamente. En el caso *Yakye Axa v. Paraguay*, la Corte señaló que un proceso reparativo en equidad requiere de una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana, y que para ello el Estado no podía decidir unilateralmente sino consensuar con los pueblos interesados, “conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario” (Corte IDH: sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 151).

13. Reparaciones a los pueblos indígenas. Los artículos 11, 20, 28 y 32 de la DDPI desarrollan y concretan los postulados de los artículos 15.2 y 16 del Convenio 169. Los procesos de reparación a los pueblos indígenas a la luz del Convenio 169 contemplan tres posibilidades: a. “una indemnización equitativa, por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de [actividades]... de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. b. Tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que estaban ocupando, en el evento que no hayan podido retornar a ellas. Cuando los pueblos indígenas prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles con las garantías apropiadas. c. Una indemnización plena para las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

Las reparaciones a los pueblos indígenas contempladas en la DDPI además de observar las previsiones del Convenio 169 se extienden al patrimonio inmaterial; la desposesión material; diferentes formas de despojo de bienes; y daños de diverso orden. Para ello se

contempla: a. la implementación de “mecanismos eficientes, que podrán incluir la restitución... respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”. b. La reparación justa y equitativa a “[l]os pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo”. c. “la restitución, o cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. d. La reparación justa y equitativa respecto a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas, incluyendo los daños “de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”.

14. Reparaciones colectivas. Los artículos 7, 26 y 40 de la DDPI amplían las medidas de reparación colectiva contempladas en los artículos 5.a y 13 del Convenio 169 de la OIT. La DDPI al igual que el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos con derechos de esa misma índole frente a sus tierras y territorios. Sin embargo, la DDPI extiende la familia de los derechos y las reparaciones colectivas a los recursos naturales presentes en las tierras y territorios indígenas, insistiendo en que los derechos y las reparaciones colectivas deben analizarse de acuerdo a las costumbres y tradiciones de dichos pueblos.

15. Delito de Genocidio. A diferencia del Convenio 169 de la OIT el artículo 7 de la DDPI ha contemplado que “[l]os pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo”. Con esta disposición, la DDPI ha abierto la posibilidad de que las personas, comunidades o pueblos indígenas puedan acudir a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Los efectos penales de la DDPI deben abonar el camino para que los derechos indígenas sean protegidos en el marco del derecho penal internacional con garantías no inferiores a la de los derechos humanos de gentes no indígenas.

CAPÍTULO 4. TIEMPO Y ESPACIO DE LAS REPARACIONES COLECTIVAS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA

Las cascadas de agua del Perú, como las de San Miguel, que resbalan sobre abismos, centenares de metros en salto casi perpendicular, y regando andenes donde florecen plantas alimenticias, alentarán en mis ojos instantes antes de morir. Ellas retratan el mundo para los que sabemos cantar en quechua; podríamos quedarnos eternamente oyéndolas; ellas existen por causa de esas montañas escarpadísimas que se ordenan caprichosamente en quebradas tan hondas como la muerte y nunca más fieras de vida; falderíos bravos en que el hombre ha sembrado, ha fabricado chacras con sus dedos y sus sesos y ha plantado árboles que se estiran al cielo desde los precipicios, se estiran con transparencia. Árboles útiles, tan barbaros de vida como ese montonal de abismos del cual los hombres son gusanos hermosísimos, poderosos, un tanto menospreciados por los diestros asesinos que hoy nos gobiernan.

(José María Arguedas: 1983a).

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo pretende delimitar algunos criterios que posibiliten la implementación de procedimientos tendientes a garantizar la reparación integral de los pueblos indígenas, teniendo como referente normativo la ley 975 de 2005 -de justicia y paz- y como referente contextual el actual proceso de transición por el que atraviesa el país. Para hacerlo partiré de la hipótesis de que existe una relación inescindible entre tiempo, lengua y justicia. Dicha hipótesis debe ser leída en perspectiva cultural, es decir, sin perder de vista que las “categorías” de las que parte mi conjetura quieren resaltar la *diferencia* que produce la experiencia del tiempo y el espacio, tanto en las estructuras socio-semióticas de los pueblos, como en sus prácticas de organización social. La hipótesis traza un mapa extenso de sub-hipótesis. Siendo así, y atendiendo a la delimitación del escrito, quiero detenerme sucintamente en la que considero una huella imprescindible de la forma en que los pueblos “indígenas” entienden la justicia y en la que por tanto han de enmarcarse los criterios propios de la reparación colectiva: emanada del tiempo que profesan las culturas amerindias, la estructura sintáctica de sus lenguas y sus “formas” de organización social, se encuentran en conexión directa con la *naturaleza* y con las entidades tutelares que propician su equilibrio¹³³.

Nótese que la delimitación del escrito teje sus supuestos partiendo de dos realidades singulares: de un lado, la normatividad de un proceso de reconciliación, y del otro, la normatividad que profesan las comunidades indígenas en la vida cotidiana dentro de sus territorios¹³⁴. Las dos normatividades se unen en un momento histórico determinado, imponiendo el reto de tender puentes entre realidades disímiles, con el objeto de hallar puntos de complementariedad que viabilicen procedimientos de transición respetuosos de la dimensión normativa en que las comunidades indígenas entienden los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Sobre este particular, resulta pertinente anotar las graves deficiencias de la ley de justicia y paz

¹³³ Al respecto puede verse, Bacca y Valencia (2008, 51-75).

¹³⁴ Tomaré como referente normativo de la cotidianidad de los pueblos indígenas, los mitos que sustentan las distintas explicaciones sobre su ordenamiento social y sobre la forma en que entienden la justicia. Este será el punto de partida para reconducir sus explicaciones del mundo a lo que implicaría una reparación integral en contextos de justicia transicional. Cabe anotar que se ha prestado poca atención a la tradición oral de las comunidades indígenas para “comprender, identificar o visibilizar que en esos aspectos y sus interrelaciones subyace una normatividad social que regula la vida social; que consagra deberes entre las personas y con la naturaleza; que previene, soluciona y transforma los conflictos, haciendo posible la reproducción y convivencia social” (Tobar y Gómez: 2004, 52).

(en adelante LJP) en lo que a tales procedimientos se refiere. En primer lugar, es preocupante que después de más de 15 años de haber sido reconocida constitucionalmente la diversidad étnica y cultural del país, el marco jurídico de justicia y paz no contemple un tratamiento diferenciado para reparar a las comunidades indígenas¹³⁵. En segundo lugar, es igualmente alarmante que la LJP no haya tenido en cuenta el prolífico adelanto de la materia en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH)¹³⁶, con la consigna de integrar los estándares internacionales a la legislación nacional¹³⁷.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (en adelante CNRR) ha allanado algún camino con sus “Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa”, encargo que le compete según las funciones asignadas por la LJP (artículo 52.6) y según el decreto reglamentario 3391 (artículo 16). Las mencionadas recomendaciones aluden de manera particular a las comunidades indígenas, señalando a sus víctimas como un grupo especialmente vulnerable que requiere la diligencia y celeridad de los órganos judiciales para realizar las investigaciones correspondientes. Dada su condición de vulnerabilidad, las comunidades indígenas ostentan una calidad de víctima especial, por lo que la evaluación de los daños sufridos en sus estructuras sociales han de agravarse si se comprueba la ausencia de “especial protección” otorgada antes de la violación. Finalmente, las recomendaciones apuntan a reconocer la importancia de empezar el proceso de reparación con la restitución de los territorios ancestrales de dichos pueblos, procurando garantizar las medidas de restitución con garantías de no repetición (Salinas: 2007, 167).

¹³⁵ La única mención expresa es la del artículo 9 del decreto 3391 de 2006, en el que se indica: “[L]as autoridades competentes brindarán atención adecuada a las necesidades especiales de las mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas discapacitadas o de la tercera edad, etnias, raizales, negritudes y demás grupos poblacionales que requieran especial protección estatal de conformidad con el artículo 13 de la Carta Política” (Salinas: 2007, 172).

¹³⁶ Lo anterior, pese a que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en lo que a pueblos indígenas se refiere, es corta en número pero fecunda en argumentos, y de pocas reglas generales pero con una eficacia instrumental importante a la hora de determinar procesos de reparación en casos particulares.

¹³⁷ En este punto, retomando la ausencia de procedimientos diferenciales en la LJP, es importante resaltar que según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías de no repetición contemplan dentro de sus componentes las denominadas medidas de acción y revisión legislativa. Medidas que ponen en igual jerarquía normativa tanto la obligación de retirar del ordenamiento jurídico aquellas normas que impidan la garantía plena de los derechos humanos, como aquella otra tendiente a adoptar normas que garanticen la prevalencia de los mismos. Al respecto puede verse, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Memorando sobre reparaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta este primer panorama normativo, regresemos al supuesto metodológico central que se suscribe en el presente capítulo. Si partimos de la tesis de la existencia de una relación inescindible entre tiempo, lengua y justicia, tesis que ha de leerse en perspectiva cultural, podemos concluir que las experiencias de los procesos de reparación colectiva dependen de la victimización particular de cada comunidad singularmente asentada en su territorio y portadora de una temporalidad, de un idioma y de una ética heterogéneos (habrá posibilidad de ahondar en esta cuestión en los apartados 3.2. y 3.3.). En este capítulo me detendré en la justicia profesada por la tradición de los pueblos indígenas del territorio transversal panamazónico, recogiendo algunas de las voces que se cruzan en el tránsito entre el páramo y la selva. Me refiero especialmente al gran pueblo de los pastos, heredero de la costumbre milenaria de los andes y a los pueblos awá, inga y kamentza, receptores territoriales del cruce entre los andes y la amazonia. Teniendo como referente su ordenación del mundo a partir de la prodigalidad de sus mitos, intentaré explicar algunos aspectos que podrían resultar pertinentes a la hora de hablar de justicia transicional y de procesos restaurativos en el orden de la colectividad étnica.

Los parámetros que expondré, pese a reconocer sin ambages la singularidad de cada comunidad indígena, tienen alguna pretensión de generalidad. Demanda sustentada en la última aclaración de la nota introductoria sobre el supuesto metodológico con el que empecé mi disertación, a saber, que los pueblos indígenas de nuestro continente comparten como raíz “*iusfilosófica*” en su entendimiento de la justicia, la prevalencia del equilibrio natural como una necesidad cósmica para el equilibrio entre las relaciones de los hombres en su vida cotidiana:

Las leyes humanas no eran diferentes de las leyes naturales. Imposible vivir fuera de estas últimas. El microorganismo construye en su interior un reflejo del exterior. El átomo repite al sistema solar, al sol con su protón y a los planetas con sus neutrones. El Tawantinsuyu repitió al micro y al macro organismo haciendo de la familia la molécula básica de la organización social, repitiendo al sol con el padre y a la tierra con la madre, ninguno superior, ambos imprescindibles e inescindibles (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 24).

Ahora bien, refirámonos brevemente al último postulado teórico de la nota introductoria, aquél según el cual tanto las normatividades de los procesos de reconciliación como aquellas que profesan las comunidades indígenas en su vida cotidiana, “logran” articularse en un momento histórico determinado -creo que en este punto se juega en buena medida el cometido del presente capítulo-. Dicha mixtura será analizada como una suerte de complementariedad histórica,

construida con base en los estándares ofrecidos por el SIDH y particularmente por los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)¹³⁸, donde buscaré articular dos escenarios disímiles, que por una realidad de sociedades ocupadas en procesos pragmáticos de reconciliación, integran la defensa jurídica de los derechos humanos con la defensa política de la diversidad cultural. Se trata de vislumbrar escenarios donde los derechos a la verdad, la justicia y la reparación sean analizados y aplicados de acuerdo con la forma en que las distintas comunidades se interrelacionan con su entorno social y con sus semejantes¹³⁹. La tesis de este ensayo sostiene la necesidad de considerar los estándares de reparación colectiva desarrollados por la Corte IDH como la herramienta procesal más estimable para lograr la reparación integral de las comunidades indígenas víctimas de la violencia en el país.

2. CONSIDERACIONES NORMATIVAS

No cabe duda que desde el punto de vista social, el conflicto armado interno es una de las situaciones más complejas y preocupantes por las que atraviesa nuestro país. Si bien la sociología política ha logrado importantes réditos a la hora de evaluar las causas que han determinado el accionar violento de los grupos armados al margen de la ley, es necesario abonarle al campo jurídico y particularmente al derecho de los derechos humanos, su preocupación por las consecuencias de dicho accionar y, en este sentido, por las condiciones en que quedan las partes más vulnerables en medio del conflicto: las víctimas. Las violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos en el marco del conflicto armado interno dejan en condición de indefensión a la población civil de nuestro territorio nacional, la cual ha sido sometida a un régimen de guerra

¹³⁸ Cabe anotar que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el problema de los pueblos indígenas ha adquirido también una dimensión de importancia dentro del sistema de Naciones Unidas. El precedente más significativo lo constituye la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, instrumento normativo que vio la luz al calor del debate del grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas creado en los años ochenta. Dicho grupo “ha realizado trabajos de primordial interés para esclarecimiento actual y reparación posible, pero el principal podrá ser, si prospera, el que sienta unas bases, el texto de la Declaración de Derechos de los Pueblos indígenas” (Clavero: 2000, 54-63). Al tiempo, es importante señalar que los Estados americanos, “incluso los de reconocimientos constitucionales más aparentes, [estuvieron] frenando en Naciones Unidas el proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos indígenas. El panorama interamericano [aportó] poco, salvo silencio embarazado o réplica modesta” (Ibid).

¹³⁹ El marco teórico de la antropología estructural “nos ha hecho entender que cada cultura, época y pueblo tiene su propia ‘estructura’ semántica, dentro de la cual, cada elemento tiene una significación peculiar” (Estermann: 1998, 89).

permanente, que en el caso de los pueblos indígenas se ha dilatado en el tiempo, como lo iremos mostrando: de la conquista a la colonia, de la colonia a la república y de ésta a la coyuntura por la que atravesamos en la actualidad. En la mayoría de los casos, ni el Estado -ya sea en su fase usurpadora, o en aquella otra colonizadora, o en su curso representativo y finalmente multicultural- ni nadie, ha asumido la responsabilidad por los daños causados.

El panorama señalado hace imperioso que desde la órbita de los derechos humanos se promueva el trabajo mancomunado con las organizaciones de base y con las ciencias sociales para la construcción de mecanismos idóneos que atiendan en alguna medida los requerimientos y necesidades de las víctimas del conflicto armado interno, con el fin de restablecer sus derechos y de generar garantías jurídicas capaces de repercutir socialmente en el desarrollo de condiciones de vida más dignas. Al *tiempo*, y en consonancia con la orientación de este capítulo, resulta pertinente anotar que es igualmente imperioso que en el seno de la filosofía política que sustenta tanto el discurso como los ordenamientos nacionales e internacionales del derecho de los derechos humanos, se reconozca la matriz histórica de los postulados que devienen del mencionado programa. En tal sentido, cabe subrayar que los pueblos indígenas “leen” e “interpretan” los derechos humanos dentro de otro contexto histórico, a saber, el de su tradición particular. Es a partir de esta última que los derechos humanos adquieren una voz y por tanto una lengua que coincide en algunos aspectos con la costumbre “dominante”, pero que, como es apenas lógico, disiente de otras, fruto de una historia cultural que proviene de una percepción del mundo ciertamente diferente al de la cultura occidental, entre otras razones.

En medio del choque, que por otras razones históricas que iremos mostrando “logra” mudar en complementariedad cultural, hay algo claro: una cosa es predicar universalidad en beneficio de los intereses de la humanidad y otra muy distinta pretender que la(s) humanidad(es) que habitan el mundo provienen de una historia universal¹⁴⁰. La aceptación del segundo argumento invalida la primera tesis: en cierta forma, los intereses del “ente universal” que llamamos humanidad dependen de los intereses singulares del sujeto comunitario real, quien predica historias de vida singulares y por tanto memorias y ordenamientos políticos y jurídicos diversos. En efecto, la

¹⁴⁰ “Tradicionalmente, los historiadores han llamado a sus documentos “fuentes”, como si se dedicaran a llenar sus cubos en el río de la verdad y sus relatos fueran haciéndose más puros a medida que se acercaran más a los orígenes. La metáfora es muy vívida, pero también equívoca, por cuanto implica la posibilidad de realizar una exposición del pasado libre de la contaminación de intermediarios” (Burke: 2005, 16).

universalidad se valida en la singularidad y, por ello, la generalidad de los derechos humanos se hace válida en el nivel del respeto de aquello que las tradiciones que difieren de su “esquema” historiográfico entienden en su tiempo y espacio -en la percepción de la realidad derivada de dichos planos- por los mencionados preceptos.

Tales derechos, por tanto, presuponen lógicamente un substrato o subjectum, el “hombre”, a quien ellos son dados. Pero la única condición previa ontológica o metodológica de la filosofía moderna es la voluntad libre, condición compartida por todos y que existe de forma prístina antes de cualquier predicado o determinación. La auto-fundamentada naturaleza del hombre moderno significa que su realidad empírica es construida fuera de los derechos que han sido proclamados a condición de que ellos sean presentados como sus derechos perpetuos. El “hombre” en abstracto, a la larga con personería jurídica necesita estas exageradas afirmaciones para poder ascender en la escena histórica y suceder a Dios como el nuevo fundamento del ser humano cuya naturaleza debe ser inventada para que opere a modo de justificación retrospectiva de los inusuales derechos creados por las declaraciones. Como Lyotard indicó, “el hombre debió haber firmado el Preámbulo de la Declaración (Douzinas: 2008, 113-114).

Finalmente, algo más va a quedar claro a medida que vayamos planteando nuestros puntos de vista: la reparación de los pueblos indígenas en la actualidad pende de dos realidades paralelas, que si se quiere, pueden ser leídas también en clave de complementariedad. De un lado, se debe precisar que el principio de exclusión al que han sido sometidas las comunidades indígenas tuvo el beneplácito de la ley desde los tiempos de la conquista, es decir, que la responsabilidad del Estado en el sinnúmero de crímenes de lesa humanidad del pasado pende aún en la memoria de los comuneros del presente. En segundo lugar, en la violencia de coyuntura que siguen padeciendo los pueblos nativos prima un principio que encuentra sustento jurídico en el derecho de los derechos humanos¹⁴¹, criterio según el cual subsiste un deber del Estado de proteger y garantizar los derechos de las víctimas -sean indígenas o no-, y en estricto sentido persiste también la obligación de poner su “aparato” a disposición de las reparaciones de nuestros días¹⁴².

¹⁴¹ La jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que el derecho de reparación tiene una vocación de “universalidad” tanto en su alcance, su naturaleza, sus modalidades, como en la determinación de los beneficiarios. Al respecto, también ha dicho que nada de esto puede ser modificado por el Estado obligado, si acaso invocara para ello disposiciones de su derecho interno. La mencionada vocación ha tenido también un desarrollo diferencial en tratándose de reparaciones colectivas. En consonancia con los pronunciamientos del Tribunal Internacional, sostendremos que en los pueblos indígenas la reparación integral pende de la reparación diferencial.

¹⁴² “Principio 33: Derechos y Deberes dimanantes de la obligación de reparar. Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, lo cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor” (Joinet, 1997).

La directriz jurídica en mención ha logrado consolidarse en el plano internacional a través de la doctrina *Joinet/Bassiouni/Van Boven* y de los pronunciamientos emitidos en el seno del Sistema Interamericano, profundizando en el reconocimiento de un estándar internacional que debe ser aplicado¹⁴³. Siendo así, tanto la omisión como la violación de una obligación propia del derecho internacional, origina con plenas consecuencias jurídicas y políticas la responsabilidad estatal. La tesis de la responsabilidad en derechos humanos ya no se encuentra fundada exclusivamente en la cooperación entre los Estados a favor de la paz mundial, sino que procede a la vez de un principio superior del orden internacional, a saber, la prevalencia de la dignidad humana. Si en principio la Corte IDH establecía la responsabilidad estatal a partir de la conexidad entre un derecho violado y la obligación de respetarlo de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ahora -concretamente desde la sentencia de Pueblo Bello- para establecer la violación de los derechos consagrados en la Convención ya no se requiere determinar la mencionada obligación de respeto -la culpabilidad o la intencionalidad de sus autores-, basta con que exista una obligación del Estado incumplida (Cuervo: 2006, 121-123).

A la par que es oportuno señalar las incidencias del estándar, es necesario también hablar sobre sus límites cuando de su aplicación a pueblos indígenas se trata. En ambos asuntos, nos referimos a sucesos propios de su práctica en situaciones concretas. La finalidad del criterio apunta, entre otras cosas, a lograr la *restitutio in integrum* o plena restitución, es decir, que perdura la intención de restablecer a las víctimas al estado anterior en que acaeció la violación. Si tratándose de las víctimas en general el aludido objetivo es problemático -para decir lo menos-, lo es más si se trata de sujetos colectivos como las comunidades indígenas. La importancia política y jurídica de la reparación no está en cuestión, pero aquello que nace como atenuante y calmante del crimen contra la humanidad no puede proyectar una restitución plena. Pretenderlo así, implicaría una suerte de giro de la reparación al perdón, lo cual no es loable. El perdón es una cuestión de la víctima no presente, mientras que en la reparación necesariamente interviene un tercero. El

¹⁴³ En este sentido, es también claro que el actual proceso de desmovilización de los grupos paramilitares se tornaría más sostenible y legítimo internacionalmente, en la medida en que se observe la mencionada doctrina, “para ello, el estándar de reparación de la Corte Interamericana es el referente que debería aplicarse por parte de la Comisión Nacional de Reconciliación, no sólo para blindar el proceso a eventuales litigios internacionales ante la propia Corte Interamericana, sino para asegurar unos estándares que permitan restablecer la dignidad de las víctimas en un horizonte de reconciliación y de reinserción a la vida civil de parte de los miembros de los grupos que ahora se desmovilizan” (Cuervo: 2006, 119).

perdón es la imposibilidad fáctica de la plena restitución, mientras que la reparación corresponde a una terapia de la reconciliación¹⁴⁴. En resumen, la reparación siempre será una cuestión donde prima lo parcial¹⁴⁵.

Ahora bien, ese aspecto parcial que parecería cruzar cualquier tipo de reparación, será abordado en el capítulo en perspectiva historiográfica. Hacerlo así implica reconocerle un lugar preeminente al derecho a la verdad. Dicho lugar, que se hace explícito en este momento, se va a diseminar en los márgenes del texto. Diseminación que aparecerá en el encuentro del referido nivel historiográfico con la experiencia etnográfica desde la que se recreará la memoria colectiva de los pueblos indígenas: hasta donde nos sea posible, serán las voces de los comuneros las que hagan resonar su memoria y serán ellas las que narren su historia. En el lugar de entrecruzamiento de historiografía y etnografía, el lector deberá hacer aparecer el nivel jurídico, pues en este ensayo la memoria es considerada una garantía de no repetición. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón (2006), han anotado con acierto que los derechos a la justicia y a la reparación no son posibles si antes no se garantiza el derecho a la verdad:

En efecto, la verdad se erige como un derecho individual de las víctimas a conocer las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los crímenes atroces, así como en un derecho colectivo de la sociedad a acceder a un relato histórico sobre las razones por las cuales sucedieron tales crímenes atroces (Uprimny y Saffón: 2006,10).

Lo que intento decir es que siendo la memoria una cuestión de historiografía, y viceversa, es en ese nivel donde finalmente se juega la etapa del derecho. La interpretación actual del concepto de “crimen contra la humanidad” pende de una sucesión histórica delimitada, se trata nada más y nada menos que de los límites que instituciones internacionales imponen a la soberanía de los

¹⁴⁴ “Desde que la víctima ‘comprende’ al criminal, desde que intercambia, habla, se entiende con él, la escena de la reconciliación ha comenzado, y con ella ese perdón usual que es cualquier cosa menos un perdón. Aun si digo ‘no te perdono’ a alguien que me pide perdón, pero a quien comprendo y me comprende, entonces ha comenzado un proceso de reconciliación, el tercero ha intervenido. Pero se acabo el asunto del perdón puro” (Derrida: 2003, 11).

¹⁴⁵ Al respecto, es importante señalar que la Corte IDH ha reconocido “parcialmente” la parcialidad de la reparación a través de la distinción entre víctima y beneficiario. Sin embargo, dicha distinción se torna nuevamente parcial en la medida en que su raigambre conceptual se encuentra centrada en el aspecto económico. En el mismo sentido, vuelve a ser importante señalar que más allá de la mencionada distinción, la Corte IDH reconoce un concepto de reparación que es mucho más amplio que lo meramente patrimonial. Volviendo a la distinción: “víctima es quien directamente se ve afectado por una violación de un derecho, y beneficiario es quien puede suceder el derecho a una indemnización de quien fue víctima. La Corte Interamericana ha interpretado de manera amplia la condición de víctima y de beneficiario, extendiendo la titularidad de la indemnización a dependientes que no sean familiares y a ascendientes que demuestren una afectación” (Cuervo: 2006, 138-139).

Estados-Nación. Al respecto, resulta sano evadir romanticismos de tipo histórico. Se sabe de Estados poderosos que han determinado decisiones claves en el ámbito internacional, pero se sabe también de conceptos y doctrinas que desde el derecho internacional han puesto en jaque a dichos Estados:

Se trata de un orden y de un “estado de hecho” que pueden ser consolidados al servicio de los “poderosos” o bien, por el contrario, poco a poco dislocados, puestos en crisis, amenazados por conceptos (es decir, performativos instituidos, acontecimientos por esencia históricos y transformables), como el de los nuevos “derechos del hombre” o el de “crimen contra la humanidad”, por convenciones sobre el genocidio, la tortura o el terrorismo. Entre las dos hipótesis, todo depende de la política que recurre a estos conceptos (Derrida: 2003, 13).

Al decir de Derrida (2003), la fuerza jurídica de estos nuevos conceptos apela implícitamente “a una especie de más allá del derecho en el derecho”, para lo cual toma como ejemplo la decisión de Francia en 1964, en virtud de la cual los crímenes contra la humanidad seguirían siendo imprescriptibles. Lo imprescriptible, anota, alude a un orden trascendente de lo incondicional, “[a] una especie de ahistoricidad, incluso de eternidad y de Juicio Final que desborda la historia y el tiempo finito del derecho: para siempre, “eternamente”, en cualquier parte y siempre, un crimen contra la humanidad será pasible de un juicio, y jamás se borrará su archivo judicial” (Derrida: 2003, 13). Una idea del más allá del derecho nutre y justifica la universalidad de la más universal de todas las jurisdicciones, valga el ejemplo, para anotar la importancia de verdades que estando por fuera de lo jurídico determinan de forma decisiva su fuerza y “operatividad”.

Tal como el nivel jurídico requiere de la memoria para fortalecerse “instrumentalmente”, ésta precisa del primero para evitar la impunidad. Uprimny y Saffón, muestran con acierto la necesidad de complementar la veracidad extraída de los procesos -verdad judicial-, con la verdad reconstruida institucionalmente bajo objetivos disímiles a los propiamente judiciales -verdad extrajudicial-, y con la verdad social no institucionalizada¹⁴⁶ de la que hemos venido hablando

¹⁴⁶ Este tipo de verdad en la historia de la violencia de las comunidades indígenas ha atravesado por fases en las que ni siquiera se logra establecer un mínimo de verdad. Contemporáneamente las verdades de la narración histórica “más intelectual” -las de aquellos investigadores que narran la historia indígena desde las bibliotecas-, siguen viendo con recelo a las fuentes de esta tradición, y la verdad oficial construida desde las instituciones sigue censurando las voces de los comuneros. Uno de los tantos ejemplos al respecto, es la censura del documento histórico del líder indígena Aymara Ramiro Reynaga, cuya investigación fue quemada tras un golpe militar en Bolivia; luego ocultada en los depósitos de una imprenta en México pese a la demanda interpuesta; enseguida una editorial norteamericana incumplió el contrato de publicación; y finalmente su traducción francesa -que conllevó años de esfuerzo- fue

como un baluarte de la memoria colectiva (2006, 11). Dicha complementariedad deberá operar en todo caso a partir de los contextos específicos de aplicación y, tratándose de comunidades indígenas, requiere de lógicas diferenciales en la cuales preguntarse por el entendimiento particular de la verdad en el contexto cultural resulta imprescindible. Así como la verdad social es clave en perspectiva de la reparación de tipo histórico que requieren las comunidades indígenas, la verdad judicial es de suma importancia en la reparación de tipo coyuntural que hoy afrontan los pueblos aludidos dentro procesos pragmáticos de justicia transicional¹⁴⁷. Los casos de Perú y Guatemala son buenos ejemplos para contextualizar esta explicación preliminar: en estas experiencias la verdad social sobre las violaciones repetidas de derechos humanos de las comunidades indígenas parecería indiscutible, y la penuria de verdad judicial que repare dicha historia es también una cuestión evidente. Así,

[el límite] *de la verdad producida por las comisiones de verdad es el riesgo que tiene de convertirse en una verdad inocua. Este riesgo se presenta por el hecho de que, en muchas ocasiones, los informes u otros documentos de conclusión producidos por las Comisiones de Verdad no contienen una denominación de responsabilidades individuales de los victimarios de crímenes atroces, sino que consisten en relatos globales sobre lo ocurrido, que contienen meras verdades genéricas* (Uprimny y Saffón: 2006, 30).

Finalmente, atendiendo a la importancia de fortalecer herramientas jurídicas que permitan consolidar condiciones materiales para que las víctimas retornen al estado anterior a la violación de sus derechos, estableciendo además garantías de no repetición que les aseguren un futuro más digno, resulta imperioso realizar algunas precisiones conceptuales a la hora de hablar de reparaciones a los pueblos indígenas. Es necesario distinguir entre la política estatal especial de derechos sociales, económicos y culturales (DESC); cuya fuente es la fórmula política del Estado social de derecho consagrado en la Constitución Nacional y cuya cualificación especial radica en la vulnerabilidad de las poblaciones aludidas, a las que por ende se les debe otorgar un

desaparecida por un antropólogo de la misma nacionalidad que sigue siendo considerado en el ambiente académico como defensor de lo indígena (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 12-13).

¹⁴⁷ No está de más anotar que pese a que acudiremos a la acepción *justicia transicional* para precisar conceptualmente la discusión, las dificultades enunciativas del mencionado paradigma en el contexto nacional son evidentes. Frente a las actuales negociaciones estas dificultades que tienen que ver, “de una parte, con el hecho de que las mismas se realizan únicamente con uno de los actores del conflicto armado y, como tal, no podrán traer como resultado el fin de este último; y de otra parte, con las grandes reservas que existen sobre la posibilidad de que dichas negociaciones transformen al menos parcial o fragmentariamente el orden social y político, en razón de las dificultades que existen para que las estructuras de poder del paramilitarismo sean efectivamente desmontadas y no simplemente legalizadas” (Uprimny y Saffón: 2006, 14).

“patrocinio” especial tendiente a lograr su igualdad material; entre la atención humanitaria, cuya fuente es el humanitarismo y cuyo objetivo es reaccionar y disminuir los efectos de situaciones de crisis; y la reparación integral de víctimas de crímenes atroces, cuya fuente es el deber estatal de reparar el daño ocasionado por tales crímenes, así éstos no hayan sido perpetrados por sus agentes (Uprimny y Saffón: 2007, 1-2).

La atención humanitaria es por esencia temporal, aunque en casos como el del desplazamiento forzado lo transitorio es tan crítico que tiene una propensión a la permanencia. Cuando la aplica, el Estado busca disminuir los efectos de la crisis, pero sin garantizar el restablecimiento del derecho de las víctimas. De otra parte, “la reparación integral se distingue de las políticas general y especial de protección de DESC, en tanto que busca saldar una deuda específica por violencias directas que fueron ejercidas contra ciertas víctimas” (Ibid, 3). La dimensión reparativa es propia de los procesos de reconciliación, por tanto, más allá de la necesidad de reparar materialmente a las víctimas, siempre va a subsistir una dimensión simbólica que pone de presente la reparación de aquello que definitivamente es irreparable. Por el contrario, “la política social no tiene ni ese foco ni esa dimensión simbólica específica, ya que tiene el propósito de superar exclusiones sociales y pobreza pero de personas que ya son reconocidas como ciudadanos integrados a una comunidad política” (Ibid).

Las precisiones trabajadas por Uprimny y Saffón (2007), resultan determinantes como influjo conceptual del texto por las siguientes circunstancias: como lo reiteran los autores, la reparación precisa dos vocaciones: una meramente restitutiva y otra transformadora. La primera busca restablecer a la víctima a la situación que antecedió al crimen, mientras la segunda se enfoca a cambiar las fuentes materiales de exclusión social inherentes a la genealogía del conflicto que originó las atrocidades. De forma tal, en nuestro caso, la primera buscaría que los pueblos indígenas volvieran a acceder a los derechos que les fueron conculcados después de que los crímenes atroces acaecieron, sin *reparar* en aquello que dentro de su estructura social es definitivamente irreparable. La dimensión transformadora, por el contrario, propondría reformas estructurales tendientes a variar una violencia que data de la conquista y que tal como lo seguiremos anunciando reaparece en los distintos momentos históricos de la historia nacional.

La vocación transformadora de las reparaciones dificulta el establecimiento de unos límites precisos entre las reparaciones masivas y las políticas sociales de protección de DESC. Estas

últimas, suelen abarcar puntos programáticos que tenderían a cambiar la realidad social. En el caso de los pueblos indígenas, por ejemplo, buscarían acabar con la discriminación étnica, cuestión que sin lugar a dudas hace parte de la dimensión transformadora de las reparaciones colectivas. Sin embargo, el hecho de no mantener la mencionada distinción implicaría reducir las reparaciones colectivas a las políticas sociales que le competen al Estado de acuerdo con la consagración constitucional de la diversidad étnica y cultural o, en sentido inverso, llevaría a limitar las políticas derivadas del multiculturalismo constitucional únicamente a las reparaciones transformadoras a que haya lugar. Las reparaciones colectivas dependen de los efectos de la violencia que las comunidades indígenas sufren en la coyuntura del conflicto armado interno; la diversidad étnica y cultural es una cuestión de protección especial de DESC derivada del texto constitucional. En conclusión:

Si bien las políticas estatales de reparación tienen vínculos indudables con las políticas sociales –tanto generales como especiales- de protección de DESC y con las medidas estatales de atención humanitaria para víctimas de crímenes atroces, resulta necesario no confundirlas, con el fin de evitar la disolución de unas en otras. En particular, resulta de fundamental importancia considerar la reparación integral de las víctimas como un objetivo autónomo y específico de la política estatal, sin perjuicio de articular éste y otros objetivos, como la política social del Estado o las medidas de atención humanitaria adelantadas en favor de víctimas de crímenes atroces. (Uprimny y Saffón: 2007, 4).

3. DE LA REPARACIÓN DIFERENCIAL A LA REPARACIÓN INTEGRAL

En armonía con lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política de Colombia, según el cual “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*”, tanto los mecanismos para la reparación de las víctimas como la determinación judicial de la reparación (reguladas por el decreto 3391 de 2006, artículos 16 y 17), “deberían” interpretarse como normas que supeditan la reparación de los victimarios mediante actos de reparación directa o de programas de reparación colectiva a la determinación de los pueblos indígenas y sus autoridades tradicionales para decidir de acuerdo con sus usos y costumbres -siguiendo los lineamientos de su ley de origen y de su derecho mayor-. La mencionada reparación debe ajustarse a las necesidades materiales y espirituales de las comunidades. En tal sentido, y siguiendo las disposiciones constitucionales que garantizan la diversidad étnica y cultural del país, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, “deberían” enfocarse en

contextos de políticas públicas diferenciales capaces de garantizar el respeto de la otredad étnica en procesos de justicia transicional.

El propósito del presente apartado es proporcionar algunas herramientas claves para entender el mundo de los pueblos indígenas, en un intento de constituir una lectura comparada que desemboque en algunos criterios que ayuden a construir herramientas procesales para la reparación de los grupos étnicos. Intentaré adentrarme en los “proyectos” de vida de algunos pueblos indígenas del sur del país y desde tal dimensión argumentaré a favor de los pronunciamientos de la Corte IDH, como estándares válidos de ayuda a la pervivencia de dichos pueblos.

El cometido parte de la voz de los comuneros de estas comarcas, abiertos al devenir de los tiempos, atentos a reapropiar lo ajeno con la consigna de fortalecer lo propio, en pie de lucha frente a los múltiples victimarios que siguen atropellando sus derechos. Voz que aparece en Juan Chiles, líder y sabedor de la tradición del gran pueblo de los pastos, aquél que por los años de 1700 impulsó el movimiento de recuperación del territorio ancestral de su pueblo y que, para hacerlo, acudió tanto a levantamientos en contra de los usurpadores como a las escrituras coloniales que en “derecho” demostraban la “titularidad” de las tierras. Es la enseñanza que, luego de pasar de generación en generación, transmite hoy Taita Efrén Tarapés Cuaical, sabedor de la costumbre andina y ex-Senador de la República por el Movimiento de Autoridades indígenas de Colombia -AICO:

Pero llegaron 514 años de interrupción. Por eso Juan Chiles sabio de nuestro pueblo originario, en otra metáfora dice: hay que saber leer los libros de Carlo Magno, 1759 (reales provisiones de las parcialidades de Chiles, Panán y Cumbal), saber leer los libros del rey, significa leer lo del otro para entender lo nuestro, es decir la interculturalidad, es decir la complementariedad, por ello no basta sólo la universidad desde occidente y tampoco basta la educación propia desde la cultura, deben complementarse. Por eso dicen los mayores saber ir y venir pero no quedarse, involucrase, desenvolverse así como la espiral cósmica. (La tradición pasto en la voz de Taita Efrén Tarapés Cuaical).

3.1. El derecho a la reparación colectiva: un problema de historiografía de la memoria en el mundo andino

El primer secuestro cometido en las tierras de América del Sur tiene fecha y victimarios claramente establecidos. Era noviembre de 1532, cuando el regidor de una organización social

centralizada de varios pueblos comunales llamada Tawantinsuyu (Kheswa, Tawa-cuatro, Inti-sol, suyu-región), el Inca Atawallpa (Kheswa, Ataw-viril, hallpa-tierra dulce y negra) dispuso entrevistarse en Cajamarca con unos extranjeros recién llegados que pedían reunirse con él. Tan pronto el Inca fue a visitar a los extraños, éstos lo apresaron de forma violenta. Entre tanto, la caballería de los forasteros atrincherada esperaba la orden de empezar la matanza. Al día siguiente Cajamarca amaneció ensangrentada, miles de cadáveres de Kheswas de todas las edades estaban tirados por calles y plazas, sin embargo, el jefe de los extranjeros -Francisco Pizarro- no asesino al Inca, ordenando su confinamiento. Pizarro, que venía con un aborigen de las tierras del norte que hablaba el Runa Simi (Runa-humano, Simi-lengua) o Kheswa y el idioma de los extraños (personaje al que llamaban Felipillo), le comunicó al Inca su pesar por tenerlo encadenado, argumentando que su propósito era cuidarlo de sus soldados que pretendían matarlo. Pizarro le propuso un “acuerdo”: su libertad llegaría si llenaba el cuarto que servía de prisión con oro y otros dos cuartos con plata (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 39-41).

Emisarios comunales recorrieron el territorio Incaico recogiendo dichos metales. Atawallpa no entendía el propósito de solicitar tal cantidad de oro y plata. Mientras para los europeos eran garantía de estatus social y económico, en la tradición andina el oro fue utilizado por sus cualidades de moldeo y repujado y por su resistencia a los ácidos, la humedad, el aire y el tiempo. Utensilios de uso diario y variedad de “objetos” artísticos fueron repujados en oro.

En Koricancha (kheswa, Kori-oro, cancha-plaza grande) fueron fundidos en oro puro y en tamaño y volumen naturales vicuñas, alpacas, cóndores y otros animales andinos, pastores con hondas y cayados, maizales. Hasta los terrones de tierra eran oro fundido y trabajado en detalle. Las plomadas para dar peso a las redes de pescar y los anzuelos grandes para atrapar ballenas eran de oro mezclado con cobre. Lo fundíamos para unir piedras en cimientos de algunas construcciones... Todo lo de oro o plata fue fundido en barras. Desaparecieron calendarios, libros, objetos religiosos, ceremoniales, artísticos (Ibid, 41-44).

Una vez los emisarios del Inca llenaron los cuartos, éste no fue liberado; se decretó la condena de estrangulación. Era el 29 de agosto de 1533 y el primer secuestro de la historia del subcontinente terminaba convertido en homicidio y masacre. Por ese entonces, el Inca se acercaba a los 32 años de edad.

Al conversar con Diego Fernando Tupaz Pastas, líder del gran pueblo de los pastos y comunero del Resguardo Pastas de Aldana, sobre las incidencias del derecho de reparación integral para las víctimas de los pueblos indígenas, hay un punto que queda claro en medio de las incertidumbres

que se levantan cuando hablamos de la traducción de dicho concepto a un idioma nativo como el kichua, y es que, según comentaba mi interlocutor, para su pueblo -y en ese momento se refería a las diferentes culturas indígenas- la reparación integral debería ser considerada dentro de dos momentos: una reparación de tipo histórico que data de la conquista, pero que sigue teniendo antecedentes en la colonia, la república y el mundo contemporáneo¹⁴⁸; y una reparación integral asociada con contextos de justicia transicional, que Diego Tupaz denomina una reparación de coyuntura:

La reparación de la que se habla en este momento es de tipo coyuntural, los reclamos milenarios incluidos los de la violencia de hoy, han querido resolverse en la democracia multicultural... Para mí es difícil hablar hoy de reparación colectiva si no se reconoce a las víctimas, es decir, lo que nosotros exigimos... El Estado no es el ente procedente para decir qué debe entenderse por reparación colectiva, toca preguntarles a las comunidades (La tradición pasto en la voz de Diego Fernando Tupaz Pastas).

La reparación de tipo histórico a la que se refiere Diego Tupaz, debería tener un eco en el marco del derecho internacional, para lo cual es pertinente hacer énfasis en la necesidad de trabajar en el reconocimiento de las verdades sociales que subyacen detrás de los crímenes atroces cometidos contra los pueblos indígenas. El genocidio perpetrado contra la humanidad de Abya Yala y eternizado en el tiempo hasta nuestros días, no tiene precedente en la historia de la violencia y de los crímenes contra la humanidad. La evidencia demográfica de los pueblos originarios un siglo y medio después de la conquista no deja de causar espanto, la exacerbación del racismo entre el siglo XVII y el XIX es hoy una evidencia de la historiografía, mientras en el siglo XX el panorama siguió siendo desolador. Ilustremos estos períodos históricos enmarcándolos dentro de algunos ejemplos específicos:

De acuerdo a estudios mejor fundados... es posible admitir que la población de América... fuera de entre 70 y 88 millones antes de la conquista. Un siglo y medio después, y debido a su impacto, aquellas poblaciones se habían reducido a 3.5 millones en todo el continente (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga, citando a Darcy Ribeiro: 1989, 56).

¹⁴⁸ “La historia ayuda a situarnos por los recovecos de un mapa de fronteras que necesitaron operaciones sangrientas no sanadas todavía pues produjeron heridas que aún se encuentran purulentas. He ahí el detalle que marca la diferencia. Ante tanta injusticia acumulada a lo largo de la historia, distíngase –no se confundan ni equiparen- las lesiones irreparables y las que todavía alcanzan a sujetos presentes por tracto nunca interrumpido. Colonialismo mediante y activo, con el sello colonial inscrito en la propia geografía política de estados por América, hay historias que, de tomarse en cuenta, puede que constituyan títulos de derechos” (Clavero, 2008: 11).

[El papel del racismo] consistirá en permitir establecer una relación positiva, por decirlo así, del tipo “cuanto más mates, más harás morir” o “cuanto más dejes morir, más, por eso mismo, vivirás”. Yo diría que, después de todo, ni el racismo ni el Estado moderno inventaron esta relación (“si quieres vivir, es preciso que hagas morir, es preciso que puedas matar”). Es la relación bélica: “para vivir, es ineludible que masacres a tus enemigos (Foucault: 2001, 230-231).

Germán Castro Caicedo (1991) reconstruye la secuencia de los hechos ocurridos una mañana del 25 de diciembre de 1967, en pleno siglo XX, en las llanuras de Arauca -para ser más precisos en el río Capanaparo-, con base en un sumario de 635 hojas y de entrevistas personales. A decir del escritor, en el expediente “el lector hallará uno de los casos más sangrientos de nuestra historia delictiva” (Ibid, 41), la narración se desenvuelve entre la crónica periodística y la prosa de la literatura de terror -quisiera el lector tener la certidumbre de que se trata del género literario, sin embargo, se le antoja a la realidad desvirtuar la aspiración del leyente-.

Estando de pesca Anselmo Aguirre (venezolano) y Marcelino Jiménez (colombiano), observaron tres canoas ocupadas por 18 indígenas cuivas, cuya visión hizo surgir en ellos una “idea”, que se expresa en la voz de los protagonistas de la siguiente manera: “Matemos estos bichos aquí mismo camarita, le dijo Aguirre a Jiménez, pero éste pensó un segundo y respondió: Aquí no camarita, porque se pueden escapar algunos” (Ibid, 43). Aguirre y Jiménez, acordaron ofrecer comida y regalos a los indígenas, instándolos a visitar el hato de “La Rubiera”, estancia a la que los nativos arribaron al atardecer del 27 de diciembre y donde los trabajadores se habían puesto de acuerdo para adelantar la masacre. Luego de servirles comida, y como si se tratará de una redada, empezó la matanza. De la forma más inusitada, Cupertino Sogamoso -uno de los asesinos- narra dentro del expediente los hechos: “Al indio herido a bala lo remate de una puñalada y lo atajé y ahí quedó muerto luego. Luego corrí a una niña como que fue y le di una puñalada en la barriga y fue a caer más adelante” (Ibid, 44). En la escena murieron niños indígenas -incluido un recién nacido- y como si fuera poco la masacre fue presenciada por los niños que vivían en la finca; 16 muertes en total y tan sólo dos indígenas que sobrevivieron para contar tan cruento acto de terror es el “saldo” de los estragos. Luis Morin, administrador de la finca, declara: “... quiero agregar que cuando mate al niño de 8 años, como vi que había quedado vivo y como se me había acabado el peltrecho, le di también un macetazo... Yo no sabía que era malo matar indios” (Ibid, 45).

Una vez concluyeron con la masacre, procedieron a incinerar los cuerpos regándoles huesos de vacas muertas “para que no se notara” y “a los 18 días vino el gobierno y nos puso presos” (Ibid,

46). En el proceso, los acusados dicen no haber tenido conocimiento que matar indios fuera un delito, y agregan que dicha práctica es costumbre en la región desde hace varios años. De forma tal, los acusados no tuvieron inconveniente en realizar una confesión plena de los hechos, pues, en su medio, dar muerte a un indígena constituía una hazaña antes que un delito, era el fin de un “salvaje” y por tanto la redención de un “civilizado”.

Estamos hablando de 1967, una época demasiado cercana y una realidad demasiado prolongada. Carlos Gutiérrez Torres, fiscal que inicio la instrucción criminal por la muerte de los cuivas, alcanza a percibir una herencia de raigambre colonial en los hechos de la masacre de La Rubiera: “Quien en este caso se acerque a la realidad objetiva, encontrará que éste no es un fenómeno de un enero reciente, sino un problema que comenzó en 1492 y se ha mantenido durante toda nuestra vida institucional (Ibid, 49).

En efecto, la cruda herencia de la violencia colonial se ha prolongado en el tiempo, como si se tratará de una mutación genética que pasó de la colonia a la república y de ésta a las democracias contemporáneas. Así, varios líderes indígenas coinciden al resaltar que las intimidaciones se han recubierto en violencias que no necesariamente son físicas, pero que incluso causan más daño que aquellas violencias perpetradas por grupos armados ilegales como la guerrilla o los paramilitares. Al respecto, la conversación sostenida con Taita Miguel Chindoy, líder y ex-gobernador del pueblo kamentza del alto Putumayo fue realmente iluminadora:

Creo que la intención de la ley de justicia y paz está muy lejos de captar el horizonte de lo que necesitamos los pueblos indígenas. Para nosotros la violencia no sólo viene de parte de la guerrilla y los paracos, hay otros actores a los que si usted quiere les podemos llamar los invisibles. Esos causan un desplazamiento de tipo cultural que está debilitando a nuestros pueblos... De otro lado, creo que también hay violencia cuando se incumplen las leyes que protegen a nuestros pueblos: hoy la mesa de concertación de los pueblos indígenas no se cumple, la ley 21 sobre consulta a nuestros pueblos no se cumple... Es una violencia sistemática que quiere apropiarse del territorio... Es un genocidio cultural (La tradición kamentza en la voz de Taita Miguel Chindoy).

Lo que Diego Tupaz catalogaba como una reparación de tipo coyuntural -la que finalmente es el eje de este capítulo-, debería partir de las estructuras sociales propias de las colectividades afectadas. En el escenario en mención, resulta prioritario abogar por políticas públicas diferenciadas, pues es poco plausible que de la existencia de estructuras sociales que han consolidado su propia ley a partir de usos y costumbres afianzados en el devenir de su historia, se

deriven leyes generales y abstractas que pretenden universalizar las subjetividades¹⁴⁹. La aceptación del imperativo ecológico de salud social y política que parecería derivar de la pretensión de exigir paliativos restaurativos para las víctimas, sólo se torna posible social y políticamente si la reparación empieza por dejar de lado otros mecanismos que también acuden a la violencia¹⁵⁰, es decir, en la medida en que reparar colectivamente implique a la vez respetar los valores, usos y costumbres de la colectividad étnica. Así, tal como lo comenta Diego Tupaz, parecería que el derecho de consulta a las comunidades afectadas debería convertirse en un imperativo de la reparación colectiva¹⁵¹. El presente argumento no debe ser leído como un obstáculo práctico a la reparación, sino como un principio de respeto por el “ordenamiento” de la realidad del otro:

Por supuesto, nadie se atrevería decentemente a objetar el imperativo de la reconciliación. Es mejor poner fin a los crímenes y a las discordias... Pero, una vez más, ese respeto por la palabra o por el concepto no traduce solamente un purismo semántico o filosófico. Todo tipo de “políticas” inconfesables, todo tipo de maniobras estratégicas pueden ampararse abusivamente tras una “retórica” o una “comedia” del perdón para saltar la etapa del derecho –en este caso del derecho propio- (Derrida: 2003, 12).

3.2. Usos y costumbres: la territorialidad como imperativo de la reparación colectiva

Si de lo que se trata es de aplicar reglas procesales que respeten los usos y costumbres de las comunidades indígenas para reparar a sus víctimas integralmente¹⁵², necesariamente hay que

¹⁴⁹ “Subsiste una ecuación monocultural en este tipo de leyes, y es que se tiende a pensar que ‘filosofía’ es ‘filosofía occidental’. Esta ecuación (que es una equivocación) es el reflejo moderno y hasta ilustrado de la ecuación colonialista: ‘cultura’ es ‘cultura europea’, de la ecuación católica: ‘teología’ es ‘teología romana’, o de la ecuación aristotélica: ‘ser humano’ es ‘varón adulto’” (Estermann: 1998, 43).

¹⁵⁰ “Parece ser que dirigirse al otro en la lengua del otro es la condición de toda justicia posible, pero esto parece no sólo rigurosamente imposible (por cuanto sólo puedo hablar la lengua del otro en la medida en que me la apropio y asimilo según la ley del tercero implícito) sino que incluso excluido por la justicia como derecho en tanto que éste parece implicar un elemento de universalidad, el recurso a un tercero que suspenda la unilateralidad o la singularidad de los idiomas” (Derrida, 1992: 143).

¹⁵¹ El carácter previo de la consulta a los pueblos indígenas se encuentra consagrado en el artículo 32 de la DDPI y en 15.2 del Convenio 169.

¹⁵² Desde ahora, la tesis de complementariedad entre el derecho mayor de los pueblos indígenas y SIDH empieza a cobrar validez y debe ser leída como una crítica a las herramientas procesales que derivan de la LJP y a la necesidad de acoger los planteamientos que sobre la materia viene realizando la Corte IDH. Este tribunal “ha reconocido la importancia de ordenar medidas de reparación que atiendan las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas, como por ejemplo, la realización de ceremonias especiales en los territorios étnicos en los que participen los líderes y autoridades y los miembros de la comunidad” (Corte IDH: sentencia del 19 de noviembre de 2004, párr.101).

empezar indagando por su “comprensión” del territorio. En este apartado voy a referirme a la forma en que el pueblo pasto concibe su territorialidad -agregando algunas percepciones de otros pueblos indígenas-; y a la forma en que dicha apreciación debería tenerse en cuenta a la hora de reparar integralmente a cualquier pueblo indígena. Ahora, es preciso regresar sobre la hipótesis central de este capítulo: la relación tejida entre el tiempo, la lengua y la justicia que profesa una determinada cultura. Y es *justo* hacerlo, en la medida en que es el contacto y la reciprocidad de la comunidad con el territorio la que va a hilvanar su concepción del espacio -por tanto su temporalidad-¹⁵³; es ésta la que va a definir las estructuras sociolingüísticas de la voz, el lenguaje en el que ha de expresarse la ley y -por tanto su lengua-¹⁵⁴; y es aquí donde se jugará la organización socio-política de la cultura -por tanto donde se diferenciará lo justo de lo injusto-¹⁵⁵.

La cultura andina del pueblo de los pastos florece en el departamento de Nariño. De tradición agrícola y tejedora, sus diferentes resguardos y cabildos sitúan sus puntos referenciales siguiendo la cadena de volcanes y lagunas sagradas que bendicen su territorio. Ejemplo de organización política, el pueblo pasto se ha caracterizado por gestar una batalla franca y decidida por recuperar su territorio ancestral, librándose a sí mismo de la condición de peonaje impuesta por el gamonalismo y los terratenientes hereditarios de turno. De la siguiente forma, se refiere Taita Efrén Tarapué Cuiacal a su cultura ancestral:

Hace más de 3.000 años que nuestra cultura se desarrolló en este territorio transversal panamazónico y vertical cósmico donde florecieron los Ayllus como la tuza, piartal, capulí, cuasmal, pastarán. Las dos cordilleras de este macizo lindado con el amanecer (la amazonia y sus culturas), con el atardecer (lo pacífico, su naturaleza y sus culturas), con el arriba según la constelación de la cruz del sur, el Cayambe, las culturas como las Karanqui, Otavalo, Natabuela y con el abajo, el Galeras, mama cocha y sus culturas... En este territorio, parte de la Pacha Mama, la conciencia y los conocimientos fueron en saber entender la existencia sobre la lectura del territorio transversal y vertical cósmico.

¹⁵³ “Cada concepción de la historia va siempre acompañada por una determinada experiencia del tiempo que está implícita en ella, que la condiciona y que precisamente se trata de esclarecer. Del mismo modo, cada cultura es ante todo una determinada experiencia del tiempo y no es posible una nueva cultura sin una modificación de esta experiencia. Por lo tanto, la tarea original de una auténtica revolución ya no es simplemente ‘cambiar el mundo’, sino también y sobre todo ‘cambiar el tiempo’” (Agamben: 1995, 131).

¹⁵⁴ “Una cosa es clara: el lenguaje sólo entra en acción asociado al factor tiempo. Ninguna forma semántica es atemporal. Y cuando usamos una palabra despertamos la resonancia de toda su historia previa” (Steiner: 1995, 46).

¹⁵⁵ “Es injusto juzgar a alguien que no comprende la lengua en la que la ley está inscrita o en la que la sentencia es pronunciada, etc.” (Derrida: 1992, 143).

La percepción del territorio de las diferentes culturas se encuentra “ordenada” alrededor de su experiencia vital en el entorno social. De forma tal, cada cultura participa de un ritual del tiempo diferente, esculpe formas de conocimiento particulares y ofrenda condiciones de vida que responden a “realidades” delimitadas. La práctica del tiempo en las culturas andinas *da* cuenta de una relación inquebrantable del hombre con el ecosistema. Cada ciclo natural tiene repercusiones insondables en la cotidianidad de la comunidad; el devenir de la naturaleza escribe la historia del andar de los hombres en la tierra, el caminar es la marca de las entidades tutelares dejando sus huellas en los *presentes* que van y vienen. Las culturas andinas –aunque esto se puede extender en términos generales a los pueblos indígenas-, no han disociado la experiencia del espacio de la experiencia del tiempo, lo cual rompe de tajo con buena parte de las dicotomías propias de la cultura occidental.

Para los pastos por ejemplo, es impensable la diferencia entre teoría y praxis. La teoría es real en la medida que se ejerce, de manera que no podría haber un agricultor teórico y otro práctico; o una tejedora que conoce la teoría del color y otra que la practica¹⁵⁶. De igual forma, la experiencia de vida del indígena desconoce la separación entre el territorio y la comunidad que lo habita: el territorio vive, en tanto la comunidad lo habita y la comunidad es indisociable del espacio territorial. En el lago Titicaca, cerca de la isla del sol, observé a una comunidad aymara preparándose para una faena comunitaria, uno de los comuneros decía: “el indio sin tierra no es indio”. Taita Efrén Tarapués, pone de presente esta relación en otra de sus sabias enseñanzas:

Desde la perspectiva del pueblo de los pastos en principio el territorio se considera como un organismo vivo que tiene espíritu, por tal razón siente, presiente y reproduce vida. Se debe venerar, respetar, cuidar, proteger como a la Madre Tierra, pues tanto el territorio como la Madre Tierra guardan las energías vitales para todo organismo vivo.

De la relación con el territorio, los pastos derivan su ordenamiento social: para este pueblo andino, existen cuatro dimensiones temporales: el antepasado, el pasado, el presente y el futuro. El tiempo del antepasado alude a las enseñanzas de los ancestros, en esa dimensión temporal el pueblo pasto ubica el conocimiento generacional que se ha transmitido de padres a hijos; sobre el antepasado -sobre el territorio que hizo posible la existencia de este tiempo- los pastos ubican su

¹⁵⁶ “La ‘misma’ realidad (por ejemplo los movimientos astronómicos) es experimentada de manera muy distinta de acuerdo al horizonte cultural (un astrofísico occidental y un campesino runa), y por lo tanto ya no se trata de la ‘misma’ realidad” (Estermann: 1998, 40).

ley de origen, es decir, que ésta nace en la tierra. La ley de origen del pueblo pasto es indisociable de los principios que rigen el entorno natural –esto nuevamente puede extenderse para la generalidad de los pueblos indígenas-. Reparar integralmente a las víctimas de una comunidad étnica supone en primera instancia el retorno del equilibrio natural de cada una de ellas con su territorio. La justicia indígena nace en el territorio y nuevamente tanto la una como el otro son indisociables. La victimización de un comunero indígena representa también el desequilibrio con el entorno comunitario. Luego de aclarar que el principio de autoridad del cabildo como vehículo de organización política de la comunidad proviene de la autoridad espiritual legada por el territorio, Taita Efrén Tarapués, connota la organización sociopolítica de los pastos como parte de lo que denomina la gobernabilidad desde la sabiduría natural y cósmica:

La “Cosmocracia Andina”, como el modelo de la administración y la gobernanza según las constelaciones, las orientaciones, las irradiaciones y el ordenamiento natural... La sagralidad, como una de las normas de la moralidad natural, tomado de la ley del orden natural, de donde se dice que todo tiene espíritu y por ello todo lo que se recibe hay que devolver, se recibe agua de la naturaleza y por ello hay que venerarla.

El tiempo pasado para los pastos, contrario a la tradición del tiempo cronológico, donde se connota como los acontecimientos que tuvieron lugar en una estación remota, presenta una ubicación temporo-espacial delimitada. El pueblo pasto ubica al pasado en el año de 1520. Ahí sitúan tanto la llegada de los españoles como su conquista e instalan un tiempo de decadencia donde prima la violencia, las leyes de papel y la fragmentación del territorio, entre otras. Lo que para algunos cronistas de la colonia connota “desarrollo” y “civilización”, para los pastos indica destrucción de la ley de origen y desequilibrio con la naturaleza. En el pasado, el pueblo pasto se vio compelido a reorganizar su estructura social y a reapropiar las leyes de los extranjeros para resistir a la violencia que los estaba destruyendo. Para los pastos los derechos humanos hacen parte del pasado, sin embargo, son también una herencia legada para el presente en el que la violencia no ha cesado y en el que vuelve a ser necesario reapropiar lo ajeno con la consigna de fortalecer lo propio. La claridad de los calendarios lunares y solares que alumbran la mente cósmica de Taita Efrén Tarapués Cuaical, vuelven a dar cuenta de mi planteamiento:

De este pasado hemos herenciado muchas cosas que hoy hacen parte de nuestro diario vivir y se han incrustado a los usos y costumbres de las culturas... Nuestra lucha desde 1520 ha estado presente hacia la reivindicación de nuestros derechos. Gracias a nuestros ancianos y mayores hoy gozamos de lo que se conoce como los resguardos y los cabildos, figuras jurídicas hoy parte de la concepción territorial del pueblo de los pastos. La lucha de nuestros mayores ha hecho que hoy seamos amparados por los derechos en papel,

sobre la posesión de nuestros resguardos con los títulos coloniales como un precedente de nuestro derecho mayor.

El pueblo pasto percibe el presente como la temporalidad donde confluye el antepasado y el pasado. Siguiendo la temática de este ensayo, podemos decir que para los pastos en el presente confluye la cosmocracia andina con el garantismo constitucional de los derechos humanos. El presente augura el futuro, sin embargo, sigue legando las violencias del cruce traumático del antepasado con el pasado. En ese punto, tal como lo declaraba el amigo Diego Tupaz, la justicia de transición y la reparación colectiva para los pueblos indígenas es un nudo coyuntural entre la violencia pasada y la violencia presente. La verdadera reparación para los pueblos indígenas llegará en la reconstitución del antepasado, es decir, en el fortalecimiento del equilibrio vital de los distintos pueblos con su entorno natural. La reparación colectiva propia de la coyuntura debería empezar preguntándose por los usos y costumbres de los pueblos indígenas, pues para ellos reparar a las víctimas de los crímenes de lesa humanidad implica necesariamente restaurar la armonía originaria que la violencia del pasado y del presente ha ocasionado en su territorio ancestral.

Desde esta perspectiva llamamos a combatir aquellas políticas públicas de reparación colectiva que conciben los discursos de la diferencia en los pueblos indígenas como si tratará de un problema de seres con color de piel diferente o con vestidos “bonitos”. Lo que está detrás de las políticas de la alteridad es un llamado a avizorar que cada cultura tiene una ordenación del mundo diferente, y que por tanto, se precisan procesos de reparación respetuosos con la concepción del tiempo de los *otros*. Si el liberalismo como filosofía política aboga por el respeto a que el individuo se haga una idea de mundo desde su libertad y fuero interno, adscribimos a él y exigimos ser lo más liberales posible. El mayor Efrén Tarapués es quizás el crítico más conspicuo de la filosofía del derecho y del tiempo del maestro Hegel¹⁵⁷:

¹⁵⁷ Hegel y su filosofía del derecho han generalizado la experiencia del tiempo y el espacio hasta universalizar de la manera más radical la comprensión de la historia. La división entre sociedades con sistemas jurídicos (sociedades con derecho) y sociedades que carecen de ellos (sociedades sin derecho), está a la base de la unidimensionalidad temporal predicada por el autor alemán: “Por la misma determinación, sucede que naciones cultas consideren y traten a otras, que más atrasadas en los momentos sustanciales del Estado (los pueblos pastores, cazadores, agricultores, etcétera), como bárbaras, con la conciencia de un derecho desigual, y su autonomía es considerada como algo formal” (Hegel: 1968, 282). “Desde un punto de vista filosófico, el fundamento ideológico de un derecho comparado vinculado con la raza puede remontarse fácilmente hasta la teoría de Hegel, que defendía la estrecha dependencia

Vivimos un presente donde la ciencia y la tecnología ha degradado y ha profanado las plantas sagradas convirtiéndolas en sustancias de la muerte, vivimos un presente aterrorizado por el miedo, porque desde 1520 los pistoleros deambulan por los territorios, vivimos un presente con mucho de la herencia colonial, con el uso del tiempo horizontal laborista y fragmentalista con la frecuencia 12 – 60, vivimos un presente sin cóndor en los andes, con unos volcanes sin hielo, con unos paramos agotados, con suelos salinizados, vivimos un presente con una economía del microminifundio y de la economía narco guerra, un presente donde el Dios es el dinero.

Finalmente, el futuro es para los pastos la razón que impulsa su lucha milenaria por retornar al gobierno de los antepasados, pero en la consciencia del presente que viven hoy. Futuro es conservar los usos y costumbres para la niñez del porvenir, es soberanía alimentaria, es derechos humanos asentados en el presente pero interpretados en el horizonte de la cosmocracia andina, es fortalecimiento ancestral del gran nudo de huaca -nudo de los pastos-, es huanga¹⁵⁸ y tejido, es respeto por el mundo occidental cuando éste se vuelve respetuoso de la naturaleza, es gobierno propio, es ley de origen, es respeto a los mayores, es diálogo intercultural. Futuro es justicia, y cuando los defensores de los derechos humanos pedimos *verdad, justicia y reparación integral* para los pueblos indígenas, primero debemos reparar en lo que dichos pueblos entienden por cada uno de esos conceptos.

La justicia para los pueblos andinos -y en esto existen muchas semejanzas con el resto de las comunidades indígenas del continente- se encuentra guiada por el principio de relacionalidad de todos los seres vivos. Para la justicia andina el hombre y sus derechos deben ser interpretados como un puente encargado de velar por la prevalencia del orden natural. Los derechos del sujeto sólo pueden entenderse en la medida que éste sea percibido dentro de las relaciones vitales de la comunidad y su entorno territorial. De tal forma, la violación de un derecho tiene la connotación del desequilibrio producto de la fractura del contexto comunitario. En el mundo andino la justicia nace en el marco de un contexto celebrativo y ritual. No sólo se es justo entre individuos, la

entre instituciones y raza y, por consiguiente, habría una relación entre las instituciones romanas y su base indoeuropea” (Monateri: 2006, 117).

¹⁵⁸ Siguiendo la traducción propuesta por Diego Fernando Tupáz Pastas y por Samuel Otavalo, comuneros del gran pueblo de los pastos y del pueblo otavalo respectivamente, dentro del proyecto denominado “Kichua: El kichua en el pensamiento andino”; la palabra huanga designa en el mundo andino al telar, que dentro de la raíz kichua del pueblo de los pastos es la “herramienta madre para la elaboración de ruanas y cobijas”. En el caso de la raíz kichua del pueblo Otavalo, el telar es nombrado con el verbo-sustantivo Ahuana que al *tiempo* representa la herramienta de tejido y la acción de hilar, es decir, una de las tantas intercepciones lingüísticas del kichua en las que se une el pensar y el hacer o el pensar como hacer: El telar y el tejer.

justicia se profesa a un nivel de interrelación múltiple siguiendo los principios emanados del “funcionamiento” de la tierra, lo cual permite establecer una suerte de relación entre la ética de los pueblos andinos y el principio estoico de eticidad: *vivir conforme a la naturaleza (homologúmenos té physei zén)*¹⁵⁹.

La concepción sobre el pensamiento de lo justo y lo injusto en los andes -y esto es clave en el tema de reparaciones colectivas para comunidades étnicas-, no tiene su medida estrictamente en el hombre. Por el contrario, el proyecto de vida de éste depende de todos los entes de la naturaleza, lo cual adquiere sentido en la medida en que sea construido en comunidad¹⁶⁰. Mientras para buena parte de las éticas occidentales, el principio ecológico de preservación de la naturaleza tiene sentido como práctica de conservación de la vida humana, para la ética andina se trata del mantenimiento mismo de la vida en su acepción más amplia, desde los microorganismos -si se quiere- hasta el territorio como nicho de sostenimiento de la ley de origen. Estermann formula el principio ético andino de la siguiente forma: “Actúa de tal manera que contribuyas a la conservación y perpetuación del orden cósmico de las relaciones vitales, evitando trastornos del mismo” (1998, 231).

El concepto de reparación colectiva integral en el marco del derecho de los derechos humanos se ve compelido a indagar por la forma en que cada pueblo indígena percibe la realidad del mundo. En otras palabras, siguiendo la hipótesis puesta a consideración de los lectores, se encuentra en la necesidad de indagar por la apreciación de las “estructuras” temporo-espaciales de los pueblos víctimas de la violencia. En el caso del pueblo de los pastos, reparar integralmente supondría restaurar el equilibrio del antepasado, garantizando condiciones materiales para el futuro. El tiempo presente, y ahí deben valorarse los contextos pragmáticos de justicia restaurativa, únicamente puede entenderse en el caso de los pueblos indígenas andinos y particularmente en el

¹⁵⁹ Sin embargo, Josef Estermann anota las limitaciones de la ética estoica respecto a la justicia andina: “En primer lugar, la ética estoica es una ética racionalista; ‘vivir conforme a la naturaleza’ significa vivir conforme a la razón (logos)’. La ética andina no es racionalista, por lo menos no en un sentido ‘lógico’; es ‘racio-mórfica’ en un sentido pachasófico. En segundo lugar, la ética estoica es una ética individual, una búsqueda de la apatheia personal, a través de la perfección de la ‘virtud’ que es racional. La ética andina es colectiva y hasta meta-antropológica. En tercer lugar, la ‘naturaleza’ para la ética estoica, es más que el cosmos, la naturaleza humana que es definida (en referencia a Platón y Aristóteles) como ‘racionalidad’. Para la ética andina, la ‘naturaleza’ es pacha en el sentido amplio que venimos de explicitar” (Estermann: 1998, 229).

¹⁶⁰ El giro antropológico en la filosofía del derecho occidental, tiene su máxima expresión cultural en el período de la ilustración y a su más connotado representante en Kant. “Esta concepción halla su expresión más destacada en el imperativo categórico material de Kant: El hombre nunca es sólo medio, sino siempre fin en sí mismo” (Ibid, 230).

pueblo de los pastos, interrelacionando las dimensiones del antepasado, el pasado, el presente y el futuro.

En la ciclicidad del tiempo andino reparar integralmente supone volver al equilibrio natural. Para los pastos, los elementos de reparación integral tendrían que buscarse en el antepasado, toda vez que es allí donde los sabedores de la comunidad encuentran las condiciones sociales que anhelan para las generaciones por venir. Un proceso de reparación integral exitoso en el mundo andino, sería aquel que garantizara el horizonte del tiempo futuro, aquel que lograra brindarle a la niñez y a la juventud de los pueblos indígenas las enseñanzas de los antepasados. Las víctimas de hoy añoran el tiempo de los antepasados y observan en la violencia del tiempo presente una prolongación del pasado colonial. Las enseñanzas de los sabedores de hoy están sustentadas en las enseñanzas de los sabedores del antepasado, que versan sobre el tiempo del futuro. Diego Tupaz comenta sobre el antepasado y sobre el presente, y la sapiencia de don Efrén Tarapué nos habla sobre el futuro y sobre la relación entre la justicia andina y el tiempo que se desprende de ella:

Para los indígenas el conflicto no surge hoy, a las generaciones de ahora nos cogió todo, los mayores necesariamente llegan a la tierra... Para nosotros, el territorio es una reparación integral de nuestra vida, para nosotros el territorio implica cosas muy diferentes que para otras colectividades. A los pastos nos tocó repararnos y recuperar nuestro territorio... Taita Efrén, cuenta de la existencia de cédulas reales de 1536 en las que consta nuestro derecho, pero eso no sirvió y nos tocó hacerlo por posesión. No es la reparación de una persona, es la reparación de un sistema de vida... Ahora, Uribe anunció en un consejo comunitario la creación de un sistema legal que prohibiría nuestro derecho a que seamos nosotros mismos los que nos reparemos. (La tradición pasto en la voz de Diego Fernando Tupaz Pastas).

Futuro debe ser la ampliación de la percepción sobre lo imprescriptible, lo inalienable, lo sustentable, lo sostenible, la reciprocidad, la armonía, la convivencia en la diversidad, los reconocimientos plenos sobre nuestros derechos especiales, el reconocimiento territorial, el ejercicio de nuestros planes de vida, los reglamentos internos. Futuro debe ser caminar por el Shaquiñan hacia la sagralidad, camino por donde anduvieron los ancestros, ancianos y mayores, hermanos andinos de la mente y consciencia cósmica. Futuro para los andinos es continuar con el uso sagrado del tiempo no horizontal sino esférico de la frecuencia 13–28 y no 12–60. El tiempo de las 13 fases lunares de 28 días es la frecuencia sagrada... Lo justo, lo sincronizado (La tradición pasto en la voz de Taita Efrén Tarapés Cuaical).

Resumiendo, podemos decir que en la territorialidad andina el tiempo no es cronológico, y que la división tajante entre el pasado, el presente y el futuro, propia de la historia occidental, es desconocida. Por consiguiente, la diferencia radica en que mientras para el tiempo sucesivo de

occidente la relación entre el pasado, el presente, y el futuro tiene consecuencias predominantes en análisis historiográficos de tipo teórico, en las comunidades andinas pasado, presente y futuro aparecen e interactúan en la cotidianidad de la comunidad. En efecto, no se puede establecer una continuidad lineal entre los mismos. Los niños y niñas, expresión por excelencia del tiempo que vendrá, son cargados por las mujeres andinas en sus espaldas, haciendo eco de la imagen según la cual el futuro que se apresta a llegar está atrás. La sabiduría de la senectud de la tradición andina se vive como un tiempo que está adelante, y los más cercanos a dicho camino son los niños: la sabiduría de la ancianidad es un reflejo de la conciencia de la niñez. En la palabra de un anciano o una anciana hablan como mínimo cuatro generaciones de tradición oral ininterrumpida. En el salivar de los mayores, se expresa la actualización de la historia comunitaria como mito vivo. De ahí que las voces de líderes míticos como Juan Chiles en el caso del gran pueblo de los pastos, Tupac Amaru para la tradición Quechua o Tupak Katari para la costumbre Aymara, por sólo mencionar algunos ejemplos del mundo andino, sigue siendo recibida por niños, niñas y ancianos. Cuando se *da* el presente, se regalan trazos de adelante, pero al *tiempo* se cimientan las bases del porvenir. En la territorialidad andina el fraccionamiento temporal de la cultura occidental se convierte en *otra* forma de experimentar la historia:

En quechua, existe un sólo vocablo común para 'futuro' y 'pasado': nawpapacha. Para diferenciar los dos, se usan formas de sustituto como hamuq ('lo que viene'), quepa (después), ñawpa ('antes'), qayna ('anterior'). El 'presente' es expresado por kunan que significa simplemente 'ahora' (a veces también kunan pacha: 'tiempo de ahora'). Las formas verbales del presente y futuro 'comparten' las segundas personas ('tú' y 'vosotros'), es decir: no existen formas específicas para el futuro para 'tu' y 'vosotros'. Para el runa, el futuro no es algo que 'viene' delante, y el pasado algo que está (o se 'va') atrás, sino al revés: el futuro en cierto sentido está "atrás" y el pasado "adelante"... Pero también viceversa (Estermann: 1998, 184).

3.3. La reparación para el pueblo kamentza

Como lo hemos venido anunciando, el intento de esclarecer aquello que las poblaciones indígenas entienden por los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, implica el esfuerzo de un acercamiento hospitalario a la ubicación temporo-espacial que profesan las culturas dentro de la ordenación de su vida cotidiana. En este acápite quiero entrelazar brevemente el camino allanado frente a la relación entre tiempo y territorio con aquella otra de la lengua y la justicia. La tentativa pone a prueba la hipótesis puesta a consideración de los lectores: si cada cultura hereda una percepción temporo-espacial, es de ahí de donde van a emerger las "lógicas" de organización

social. El mencionado tejido va a partir de la lengua kamentza, idioma del que apenas conozco algunas palabras, y que por tanto, va a tener como narrador principal a Taita Miguel Chindoy, quien además de llevar el mencionado idioma como lengua materna es un conocedor versado en las costumbres de su pueblo. No está de más anotar que en el testimonio de varios sabedores y sabedoras de la costumbre kamentza, he podido hallar múltiples puntos de encuentro entre el tiempo que interviene en su comunidad y el tiempo que nace de los calendarios de los pueblos andinos¹⁶¹.

Siendo 30 de mayo de 2008 me encuentro con don Miguel Chindoy, esta vez lejos de su comunidad, ubicada en el alto Putumayo -Valle de Sibundoy-. La cita tiene lugar en el Mercado de las Nieves en el centro de Bogotá. Su visita a la ciudad está relacionada con reuniones del movimiento indígena para hablar y plantear propuestas sobre la situación de sus pueblos en el contexto nacional. Nuestro encuentro tiene un fin claro: hablar sobre el actual proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, y sobre la forma en que las comunidades indígenas deben ser reparadas en contextos pragmáticos de justicia transicional. Luego de plantear puntos de vista personales sobre las incidencias del conflicto armado en las comunidades indígenas, Taita Miguel Chindoy coincide con don Efrén Tarapués y con Diego Tupaz a la hora de ubicar los procesos de reparación de la actualidad como asuntos de coyuntura, dentro de una historia de violencia de “larga duración” que comenzó con las víctimas de la conquista y sobre la que es lícito seguir exigiendo verdad, justicia y reparación.

Desde el saber ancestral de los kamentzas no hay duda sobre el carácter colectivo de aquello que en el derecho de los derechos humanos se denomina reparación integral. Luego de exponer la hipótesis de mi trabajo intentando llevarla al mundo kamentza -orbe al que me acerqué hace ya más de seis años de la mano de Taita Florentino Agreda Chindoy, sabedor y médico tradicional de esta costumbre-, le solicito a Taita Miguel que hablemos sobre la posibilidad de traducir reparación y verdad a su lengua nativa. Obviamente no se trataba de una digresión alrededor de un aspecto meramente lingüístico, y él lo sabía mucho mejor que yo. Sin embargo, le hablo sobre

¹⁶¹ El pueblo kamentza, pese a compartir infinidad de costumbres con los pueblos andinos, no puede ser calificado como tal. Kamentzas e ingas recepcionan el mundo de los andes con el mundo de la selva, ello hace que conserven tradiciones de los dos ecosistemas. Los ingas, sin embargo, llevan por lengua materna al kichua, uno de los troncos lingüísticos del mundo andino regionalizado en su idioma: el inga. Ello no ocurre con el kamentza, que tiene la característica de no tener un tronco lingüístico delimitado: él mismo es un tronco lingüístico.

la imposibilidad de dividir presente, pasado, y futuro dentro de las lenguas indígenas y sobre como esa imposibilidad tendría consecuencias en aquello que implicaría la verdad y la reparación en contextos de justicia transicional. Taita Miguel Chindoy, sabedor y ex-gobernador del pueblo Kamentza, explica todo con meridiana claridad:

En la experiencia kamentza existe lo que nosotros denominamos nyetskang – be tsabiam o bien común, o beneficio de todos. Este bien común implica solidaridad, tolerancia, esfuerzo mancomunado. Lo que le pasa a uno es de la incumbencia de todos, se trata de la reparación a un pueblo y ahí está inmerso para nosotros el principio de justicia... Ahora, la verdad como término no existe en el kamentza, se trata de una cuestión práctica. Nosotros decimos tsabe jubna que maneja dos tiempos inescindibles: uno material y otro no material. Así, su traducción literal es buen pensamiento, pero también quiere decir conducta, sentimiento, espiritualidad. En nuestros idiomas, en nuestra cotidianidad, no se separa el cuerpo del espíritu. Jubna traduce pensamiento, sentimiento, conciencia, dimensión espiritual y material del ser humano. (La tradición kamentza en la voz de Taita Miguel Chindoy).

Hasta este momento don Miguel nos abre el sendero al entendimiento de la verdad en su pueblo. Insiste en que la verdad no puede ser teórica: “quien obra bien obra con la verdad, la verdad es con la vida”, dice. Si la verdad es con la vida, los derechos también tienen que ser con la vida. En mi experiencia con algunas comunidades indígenas he entendido que para ellas violar un derecho implica causar un desequilibrio en el entorno natural. Si no se cuidan los árboles, por ejemplo, se viola el derecho que tiene la comunidad a respirar un aire limpio. Este aspecto tiene que ver con la dificultad de separar los derechos humanos de los derechos que las comunidades le atribuyen al territorio como ente vivo -de los derechos de las plantas y de los animales, para ser más explícitos-. “Hoy se habla mucho de ecosistema y de nichos ecológicos, para nosotros eso es milenario” aclara don Miguel, quien reafirma el entendimiento particular que se le otorgan a los derechos fundamentales desde la tradición de su pueblo. En ese punto va a recalcar la importancia de la interculturalidad:

En temas de derechos fundamentales nos están dejando solos a los pueblos indígenas. Cuando se trata del derecho al agua, a los páramos, a los ríos, a las lagunas, del derecho a la vida misma, nos estamos quedando solos. La excepción puede estar dada por una que otra ONG ambientalista, pero se trata nada más que de la vida de la tierra, es decir, de la vida del hombre mismo. Muchos nos ven como un estorbo, no sirven para el desarrollo del país dicen, en ese caso hay otra verdad: que no hay voluntad, no hay intención. Entonces, la única alternativa es actuar en conjunto, en eso sí se quiere yo soy liberal... los que quieran aprender con nosotros que lo hagan, son muy tontos por ejemplo aquellos que piensan que en las 60 lenguas indígenas del país no hay ningún patrimonio, pero también seríamos tontos nosotros sino compartimos ese conocimiento

pues sería más fácil acabarnos. Hay una diferencia entre el vehículo y el patrimonio, nosotros somos un simple vehículo y la lucha es por perpetuar el patrimonio (Ibid).

Sobre los anteriores presupuestos aparece en la conversación el tema de la reparación y su entendimiento en los pueblos indígenas, específicamente en la comunidad kamentza:

Nosotros hemos venido planteando la reparación hace mucho tiempo. El gobierno nos incluye en un plan de desarrollo, nosotros hemos hablado de la necesidad de un plan de reconstrucción de los pueblos indígenas. Este sería un principio de justicia, para nosotros justicia no es el acto de una sanción sino aclaración. Nosotros decimos *ja-buaienan*. *Aiená* traduce vivo, *aienan* traduce corazón, *ja-ienan* traduce nacer/crecer, *ja-bu-aienan* traduce orientar. Para nosotros la sanción nace a partir de la orientación. La reparación derivaría de la justicia, y para nosotros la justicia nace desde la orientación. En el cabildo *ja-buaienan* se entiende como orientación en tres sentidos: primero está la *aclaración*, que generalmente es para los niños a quienes se les enseña nuestras costumbres; luego viene la *advertencia* cuando pese a haber aclarado se reincide; sólo después de la advertencia aparece la *sanción*. Así, si hay sanción es para la vida, para mantener al corazón. Nuevamente no hay separación entre el cuerpo y el espíritu (Ibid).

Don Miguel Chindoy termina insistiéndome en el carácter interrelacional de la comunidad con su territorio. Entre tanto, yo pienso en las tres leyes que la justicia de la tradición Quechua -para Dussel la cultura en el extremo oriente del oriente- les exige a los comuneros con sus semejantes (Dussel: 2002, 30). Vislumbro en dichos mandamientos un imperativo que el Estado debería tener en cuenta a la hora de reparar a cualquier víctima: *Ama llulla* o no ser mentiroso, *Ama Kella* o no ser ocioso y *Ama Sua* o no ser ladrón.

3.4. A manera de recapitulación

Hasta aquí he querido brindar un panorama general que le permita al lector comprender la importancia del territorio en el mundo de los pueblos indígenas. Como lo anoté arriba, el mencionado análisis pretende cubrir cierto margen de universalidad. Generalidad que en el presente trabajo busca allanar dos puntos esenciales. Primero, anotar que la reparación integral de cualquier comunidad indígena debería suponer el acercamiento a su concepción del territorio. En el lugar de origen de la comunidad y destacando la importancia de sus mitos como leyes de normatividad social, tanto los funcionarios públicos como los investigadores encargados de establecer medidas de reparación tendientes a restaurar el equilibrio social de comunidades indígenas, pueden encontrar un camino tendiente a proponer medidas restaurativas que respeten los usos y costumbres de los pueblos en cuestión. El éxito de este objetivo puede fortalecerse si

los encargados de proponer las medidas de reparación integral se acercan a la forma en que la comunidad se organiza dentro de su territorio, es decir, si indagan por su percepción del tiempo y el espacio. Desde la temporo-espacialidad de una cultura, es más fácil hacerse una idea de su pensamiento sobre lo justo y lo injusto. Finalmente, la mencionada ética se pronuncia y ejerce a través de una lengua particular, por lo que preguntarles a los sabedores y autoridades de las comunidades indígenas por la forma en que entienden conceptos propios del derecho occidental desde su idioma, investigando la posibilidad de traducirlos al castellano, resulta definitivamente pertinente. Segundo, debo comentar sucintamente que el interés en recalcar la importancia del territorio para las comunidades indígenas parte de que uno de los principales problemas de victimización de estos pueblos es el desplazamiento forzado¹⁶².

Si bien es cierto que en contextos pragmáticos de justicia transicional resulta conducente emitir algunos criterios generales de reparación para las comunidades, también resulta conveniente insistir en la singularidad de los usos y costumbres de cada pueblo indígena. Con el propósito de señalar la importancia de este aspecto, quiero ejemplificar brevemente un par de casos que ponen de presente la relevancia de tener en cuenta la particularidad de cada pueblo indígena. Tal como el territorio de las comunidades indígenas connota unas condiciones de tiempo, lengua y justicia delimitados, las condiciones geográficas de ubicación del territorio van a caracterizar usos y costumbres que configuran específicas concepciones de organización social.

Delimitemos el primer ejemplo. Así como es imposible entender la percepción del territorio del pueblo pasto sin referencia a lo que ha implicado la recuperación de su territorio ancestral en el marco de su historia de vida; también sería improbable entender la percepción del territorio de un pueblo del alto o bajo Putumayo sin referencia a las ceremonias que giran alrededor de su alimento sagrado *Ambi Uaska* (kichua, *Ambi-remedio*, *Uaska-bejuco*) o *yagé*. Empiezo delimitando el ejemplo desde esta orilla, toda vez que me interesa resaltar la importancia del contexto geográfico en la configuración de los usos y costumbres de una determinada comunidad. Podríamos encontrar semejanzas y complementos -particularizando el ejemplo- entre la concepción del tiempo, la lengua y la justicia del pueblo pasto y el pueblo inga -ubicado en el alto

¹⁶² Atendiendo a la delimitación de contenido del presente trabajo, no me detengo en detalle en tan importante tema. Para el esclarecimiento del debate, remito al seminal trabajo de Roberto Carlos Vidal López (2007): “Derecho Global y Desplazamiento Interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho contemporáneo”.

y bajo Putumayo-. De ahí que dichos paralelismos también se puedan extender a lo que los pueblos entienden por los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral en contextos pragmáticos de justicia transicional. Sin embargo, la singularidad de usos y costumbres imprimirán en las mencionadas percepciones características claves a la hora de plantear criterios de reparación colectiva para un pueblo indígena particular.

En el caso del pueblo Inga, teniendo en cuenta que sus estructuras socio-políticas se cimientan a partir del uso ritual y terapéutico del yagé, la emisión de criterios de reparación colectiva debería partir de esa base, buscando en la comunidad aquello que el pueblo entiende por justicia desde el mencionado ritual y cómo esto se ve reflejado en la cotidianidad política y jurídica de sus estructuras sociales. Sinchi Taita Víctor Jacanamijoy Jajoy, ex gobernador del cabildo Inga de Bogotá y médico tradicional de la costumbre Inga del Valle de Sibundoy, insiste en las ceremonias que dirige en lo siguiente: “en yagé comienza la justicia india, esto es justicia para mi pueblo”. Al igual que en el caso del pueblo pasto, para los ingas y, en términos generales, para los pueblos indígenas del continente americano, la justicia sólo puede ser entendida a partir de las relaciones que las comunidades establecen con su entorno natural. De tal forma, aquello que nombro con alguna pretensión de generalidad, debe resignificarse desde las particularidades que delimitan la idiosincrasia de cada pueblo. Para los ingas, la justicia parte del territorio y, sin embargo, su comprensión del territorio se encuentra caracterizada por su historia de vida concreta, con lo cual la diferencia con respecto al sistema de vida del pueblo pasto es notable.

Si en el pueblo pasto la percepción del territorio parte de la recuperación de su territorio ancestral -de su autoreparación histórica-, en el pueblo Inga la percepción del territorio parte de su alimento sagrado yagé:

Yagé es territorio. Así como nuestros pueblos, Yagé pertenece a este territorio. Chumando he aprendido a querer, a amar, a respetar, a cultivar y a defender la vida que es la tierra. Esta es nuestra ley, la ley natural. En medicina tradicional nace el derecho indígena. (La tradición Inga en la voz de Taita Víctor Jacanamijoy Jajoy).

Desde este pequeño ejemplo se pone en evidencia la importancia de considerar los usos y costumbres de cada pueblo indígena en su contexto. Para los ingas, al igual que para los pastos, la

justicia se concibe desde la relacionalidad de todos los seres de la naturaleza¹⁶³. Sin embargo, el mismo fundamento parte de leyes de origen diferentes, lo que comporta que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral deben partir también de la ley de origen de cada pueblo singularmente considerado.

Con el segundo ejemplo quiero poner de presente la importancia de emitir criterios de reparación colectiva trabajando desde la base de los pueblos indígenas. Para hacerlo, recogeré brevemente el testimonio de Luisa Fernanda Bacca Benavides, experta en la problemática de desplazamiento forzado en el sur del país. La experiencia en mención pone de presente la dificultad de articular la normatividad existente en materia de Derechos Humanos con las normas internas de los pueblos indígenas. El testimonio es recogido del trabajo desarrollado por la investigadora, con el pueblo Awá, entre el 27 y el 28 de mayo de 2008:

Mi primer encuentro con la comunidad indígena Awá-Inda Sabaleta ocurrió en su mismo territorio. El resguardo indígena de Inda Sabaleta, queda ubicado cerca al corregimiento de Llorente en el departamento de Nariño, tomando el desvío por el camino de tierra y piedra. El pueblo indígena Awá ha sido uno de los más golpeados por la guerra, siendo víctima tanto del accionar de las redes del narcotráfico que se asientan en la zona, como por los enfrentamientos entre los grupos armados legales como ilegales que se disputan el dominio de su territorio ancestral.

La comunidad de Inda Sabaleta, se vio obligada a salir desplazada masivamente en el mes de Septiembre de 2007, debido a los combates que se presentaron –y que aún hoy se siguen presentando- al interior de su territorio. El objeto que me convocó a la reunión con los líderes y demás miembros de la comunidad, fue mi participación en la Misión Humanitaria Interinstitucional al Pueblo Awá-Inda Sabaleta, organizada por el Comité Departamental de Atención a la Población Desplazada, fruto de las reiteradas solicitudes que se concretaron en un fuerte derecho de petición, en el cual se visibilizó el abandono del Estado y se depositaron las demandas de la comunidad respecto a su atención como población desplazada.

Quizá lo más difícil de mi acercamiento a la comunidad ha sido dimensionar el objeto de las exigencias que ellos presentan a la luz de lo que constituye su cultura ancestral. Subsiste una miopía arraigada en la lectura que se hace del problema. Resulta pertinente, que seamos delicados a la hora de confrontar el marco legal con los usos y costumbres de la comunidad... La complejidad que se presenta en cada caso concreto, nos compele a indagar por la ordenación del mundo de cada pueblo indígena.

¹⁶³ “Yagé es vida [dice Taita Víctor Jacanamijoy]. Chumando con yagé he comprendido que la vida es también el ojo de agua, las piedras, las montañas, los animales, el sol, la luna, las estrellas, las lagunas, el aire, el viento, los páramos, los volcanes” (Ibid).

En el caso específico del derecho a la tierra, muy rara vez uno se encuentra con posturas que vayan más allá de la visión utilitaria y patrimonial del territorio. En las comunidades indígenas por ejemplo, el territorio constituye el sustrato material de la cultura, y aunque en el tratamiento de los derechos de la población desplazada -en lo relacionado con la política de protección del patrimonio colectivo-, se han dado serios intentos por visibilizar el vínculo territorio-cultura en las comunidades indígenas, hasta el momento todo se ha reducido a un problema de registro e inscripción de bienes que permita determinar y salvaguardar la titularidad de los predios (Entrevista con Luisa Fernanda Bacca Benavides: 2008).

Sobre este contexto el testimonio de Mama Carlota Inés Pérez¹⁶⁴, sabedora de la costumbre Awá y comunera de la comunidad indígena Awá–Inda Sabaleta, vuelve a poner de presente la importancia de estudiar la ley de origen de acuerdo a la cual cada comunidad indígena comprende su ordenamiento territorial:

Yo me llamo María Carlota Inés Pérez, no se vaya a olvidar de mi nombre. Yo pues soy la más mayor de aquí ya tengo cincuenta y dos nietos. Los que primero llegaron a este resguardo fueron mis papás, desde ahí ha empezado a crecer esta gran familia de Inda Sabaleta que es de este mismo territorio. Nosotros somos de aquí, por eso cuidamos tanto la tierra, y ella así mismo nos da, arto crece aquí: cacao, yuca, maíz, borojó y plátano. Nosotros sembramos y de una nos crece, a veces silvestre no más. Eso es así por que nosotros mismos somos tierra, cuando Dios vino y nos hizo, él cabo siete metros para abajo y de ahí nos fue formando, por eso es que cuidamos la tierrita. Por que la tierra es nuestra mamá.

Ahora siempre nos ha tocado duro, pasar unas cosas bien difíciles, ver a nuestros niños dormir en el barro y pasar hambre, eso no es fácil, nos toca además trasnochar mucho, normalmente a las siete ya nos estamos acostando pero con eso del desplazamiento a las once nos ha tocado, y pues las mamás sobre todo no duermen bien, viendo a los niños.

Unos vienen y nos dicen que nos llevan a Tumaco, que allá nos va mejor, pero nosotros si no nos hemos dejado, de aquí no queremos salir, que tal por allá si peor, nada que hacer, además que si vamos ya cada quien coge por su lado. No, y si nos sacan de nuestro territorio cuando nos muramos se nos olvida el camino de vuelta y ahí que hacemos.

Los hombres, aquí pues se van tempranito a la agricultura, y las mujeres nos quedamos en la casa, cocinando y viendo a los hijos, también nos enseñaron a tejer canastos y allí cargamos todo. Yo pienso que es bueno aprender nuevas cosas, por que es bonito saber más y Dios nos dio la inteligencia, por eso a veces vienen que para unos cursos de hartas cosas, de panadería y así y yo los animo a todos para que aprendan, pero también pues que miren lo nuestro, lo del cacao, que de eso hemos vivido siempre. Ahora, con eso de la

¹⁶⁴ El testimonio fue amablemente cedido para este trabajo del diario de campo de Luisa Fernanda Bacca Benavides. A ella, con quien he tenido oportunidad de caminar por territorios indígenas de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, mis más sinceros agradecimientos.

fumiga nos dañan todo lo que se siembra, primero nos dan la semilla y después nos fumigan, entonces nosotros le hemos dicho al Estado que nos ayude pero en todo.

Todos somos familia, compartimos todo, si tenemos unos huevitos, se ve cuantos hijos tiene cada una y así mismo se le va repartiendo, pero que ninguno quede con hambre, de lo que haya es para todos. A nosotros nunca nos ha gustado pedir nada, por que bien unidos si hemos sido y con lo de aquí no más podíamos, pero ahora fue que nos tocó por que ya la cosa estaba más dura. Aquí viene harta gente y después se van rapidito, no se acostumbran, por que aquí hace arto calor y los pican los sancudos. Entonces se van. (La tradición Awá en la voz de Mama Carlota Inés Pérez).

Considero que estos últimos apuntes ponen en evidencia la importancia de mi salvedad. Seguidamente, me adentraré en la jurisprudencia de la Corte IDH intentando trazar un mapa de ruta que conlleve a la complementariedad entre el SIDH y los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Nuevamente me centraré en ejemplos del pueblo pasto.

4. EL CASO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: PROPUESTA PARA UN PROGRAMA DE REPARACIONES COLECTIVAS EN COLOMBIA

Este trabajo sostiene la tesis según la cual es necesario integrar al ordenamiento jurídico nacional los estándares internacionales de protección a los pueblos indígenas víctimas de la violencia¹⁶⁵, incluyendo los adelantos que en materia de reparaciones colectivas ha propiciado la jurisprudencia de la Corte IDH. El propósito de este apartado es defender los fallos en mención, intentando encontrar argumentos que justifiquen la aplicación de las pautas que éstos incorporan en el actual proceso de transición, como una herramienta de defensa de los usos y costumbres de los pueblos indígenas¹⁶⁶. Lo anterior no obsta para mostrar los dilemas que subyacen a algunas

¹⁶⁵ “En un breve panorama encontramos que a partir del momento de la invasión española, los pueblos indígenas han vivido en permanente estado de violación a sus derechos... Al ser incorporados violentamente a una nueva organización social, les fue expropiado su territorio, sus recursos naturales, su organización político-administrativa, su sistema de creencias. Sobre los restos de lo que fuera su civilización, se construyeron formas de dominación que los subordinaban y expoliaban. Cobró así carta de legitimidad un régimen que se sustentó en la violación a los derechos individuales y colectivos de estos pueblos, hoy comúnmente conocidos como indígenas” (Gómez: 2002, 237-238).

¹⁶⁶ Usos y costumbres que adquieren sentido en la medida en que sean comprendidos como un sistema de vida propio, del que derivan concepciones de estructuras sociales y políticas singulares: “Por ello, tiene sentido hablar de derecho indígena si se habla en términos constitucionales, en términos de principios constitutivos como el derecho a la autonomía o libre determinación; lo que no tiene sentido es reducirlo al derecho a casarse conforme a los llamados usos y costumbres” (Ibid, 237).

doctrinas particulares de la Corte IDH en lo referente a su aplicación a pueblos indígenas, pero tampoco es obstáculo para destacar sin ambages la prioridad que hoy representa para los pueblos victimizados la aplicación de la normatividad internacional en el ámbito interno.

Acudiendo a algunos principios de organización social de las comunidades nativas pretendo ilustrar la utilidad de los pronunciamientos de la Corte IDH en la temática de este escrito. Para hacerlo, tendré en cuenta que el desarrollo del capítulo se ha modulado a partir del entendimiento del territorio, por lo que volveré a éste para referirme a los mencionados principios, que servirán de sustento a la hora de presentar algunos criterios de reparación integral tendientes a conservar la tradición de las comunidades indígenas. Empezaré por mostrar la apreciación de aquello que representa la subjetividad en el mundo andino y, a partir de su configuración, hablaré de la percepción de la muerte, los derechos colectivos y la etnoterritorialidad, un concepto amplificado del derecho a la vida, y la importancia de las autoridades tradicionales en eventuales procesos de reparación. La exposición de los mencionados axiomas me permitirá plantear en el acápite 5 algunos criterios de reparación colectiva¹⁶⁷.

4.1. El sujeto social y la percepción de la muerte: dos imperativos de los usos y costumbres de los pueblos indígenas

Como se ha venido mostrando, no es posible entender el derecho originario ni los usos y costumbres de una comunidad indígena, sin que sean circunscritos a un ámbito territorial determinado. La relación con el territorio establece la organización social y la delimitación de sus “estructuras”. Hablar de reparaciones colectivas, en tratándose de una comunidad indígena, comporta el reto de aventurar toda una serie de traducciones que puedan dar cuenta de los principios de derechos humanos a la luz de los usos y costumbres de la colectividad. Conceptos tan importantes como el de sujeto jurídico, familia, comunidad, relación con los muertos -por solo mencionar algunos casos-, no significan lo mismo en el marco del discurso de los derechos humanos que desde las leyes que rigen la cotidianidad de las culturas nativas. A continuación, voy a detenerme en las implicaciones del concepto de familia y de muerte en los pueblos indígenas, para explicar su importancia dentro de eventuales procesos de reparación.

¹⁶⁷ Los criterios de reparación colectiva sugeridos deben leerse a partir del capítulo 3 de este trabajo. Especialmente en lo que se refiere al derecho de consulta previa que asiste a los pueblos indígenas de acuerdo a la Declaración de 2007 y al Convenio 169 de 1989 (Véase *supra* pp. 96-135).

En el caso de la ordenación espacial del mundo andino, ejemplo al que nos hemos venido refiriendo, la familia como espacio de socialización comporta una crítica radical al pensamiento ontológico de occidente¹⁶⁸. La primacía del ser en el discurso de los derechos tolera y maximiza la separación del individuo y de la comunidad. El fundamento normativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ilustra programáticamente una filosofía política de primacía de lo individual sobre lo colectivo¹⁶⁹: 17 artículos sobre derechos individuales (del artículo 3 al 19), frente a 9 artículos sobre derechos sociales (del artículo 20 al 28), así lo demuestran (Estermann: 2000, 185). Los usos y costumbres del mundo andino, lo mismo que el manejo de su territorialidad, desconocen la separación de la esfera individual respecto a la comunitaria; de hecho, esta última determina y condiciona a la primera.

Partir de la configuración del sujeto filosófico en el mundo de los pueblos andinos ayuda a dimensionar su concepto de familia. “Desde los siete sabios en la Grecia Antigua hasta los últimos filósofos posmodernos en el umbral del siglo XXI, la filosofía occidental recalca la individualidad del sujeto filosófico. El anonimato es la gran excepción en la tradición filosófica de occidente” (Estermann: 1998, 73). La filosofía en occidente se ha caracterizado por ser una cuestión de autores particulares dirigiéndose a lectores individuales, ambos claramente identificables en el espacio y en el tiempo. En el mundo andino subyace una colectividad del sujeto filosófico y existe una imposibilidad manifiesta de identificar sujetos individuales como filósofos:

La unión de familias-moléculas forma la comunidad india. El Ayllu ya cumple función de célula. Asegura la vida del organismo social completo asegurando su propia vitalidad interna... nuestra organización social nació espontáneamente de la evolución natural. No del capricho de un cerebro ajeno a la naturaleza, es decir

¹⁶⁸ “Como Heidegger ha explicado, la filosofía ha puesto el significado del Ser en el centro de sus preocupaciones desde la antigüedad griega y ha pretendido que la cuestión del Ser sea gobernada por los protocolos de la razón humana. De acuerdo con esta concepción, el logos universal refleja y revela la estructura de la realidad en la medida en que la realidad ontológica responde a las demandas de la necesidad teórica. Los residuos de ese totalitarismo ontológico pueden hallarse por doquier, cubriendo de basura el cuerpo de la filosofía” (Douzinas: 2008, 418).

¹⁶⁹ Dicha primacía tiene antecedentes en las primeras declaraciones, que dicho sea de paso, siguen siendo el núcleo duro de la declaración de 1948: “Después de las revoluciones, todos los aspectos de la vida serían reconstruidos de acuerdo al principio de la libre voluntad. Las aludidas declaraciones fueron la primera expresión pública de los principios y, a pesar de presentar ciertas diferencias, las revoluciones norteamericana y francesa estuvieron unidas por su intención declaratoria. Sin embargo, subyace una paradoja en el corazón de las declaraciones: ellas profirieron los derechos del “hombre” con el objeto de salvarlos de la “ignorancia” y el “olvido”, pero fue el mismo acto de declaración el que estableció los derechos como fundamento del nuevo sistema de gobierno. ¿Cómo podemos explicar esta paradoja?” (Ibid, 112).

dictatorial. Nuestros calendarios nos ligaron al cosmos. Ordenaron nuestra vida con el ritmo de las constelaciones. Aprendimos de ellas a no sufrir prisa, ni competir unos con otros, ni levantar jerarquías. La igualdad o democracia sideral se refleja en la igualdad de la comunidad. Los miembros del Ayllu viven sin prisa y sin pausa, sin competencias ni jerarquías petrificadas, sin miedo a desaparecer, porque otros asegurarán la sobrevivencia comunal donde nadie es indispensable y todos son necesarios... Tiwanacu no está opacado por la firma de sus artistas (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1.989, 24- 214).

Una de las lenguas originarias del mundo andino, el quechua, ofrece varios ejemplos etimológicos que le dan un fuerte estatus desde las ciencias sociales a los anteriores planteamientos. Existen pruebas de origen lingüístico que demuestran que aquello que Taita Efrén Tarapués llama Cosmocracia andina y Reynaga democracia sideral, no constituye una metáfora esculpida al calor del lenguaje poético. La reciprocidad, la complementariedad y la correspondencia, predicadas alrededor de cada uno y todos los seres de la naturaleza como un reflejo de la organización social andina, manifiestan una dimensión en la que el sujeto sólo puede ser entendido en el ámbito de la unión entre una y múltiples familias. Apreciemos algunos ejemplos:

- a. La palabra sujeto no existe en el quechua. Si hay algún sujeto éste es la comunidad: “El verdadero ‘sujeto’ (para usar un vocablo totalmente ajeno al mundo andino) humano en el Ande es el ayllu, la colectividad organizada y ordenada mediante un conjunto de relaciones establecidas. Pero en un sentido último, el ‘sujeto’ es el mismo cosmos (pacha) con su sistema de relacionalidad múltiple, del que el runa es participe y co-cultivador. En este sentido, el hombre andino (como colectividad) es un ‘co-sujeto’ que a la vez es ‘co-objeto’” (Estermann: 1998, 205).
- b. En quechua no existe el pronombre personal de la primera persona. Cuando el quechua-hablante dice Yo, enuncia al tiempo al nosotros representado por su comunidad: “Cabe mencionar que el pronombre personal de la primera persona singular (‘Yo’) en quechua es la forma mutilada e incompleta de la forma para la primer persona plural (‘nosotros’): noqa (yo) y noqayku/noqanchis (‘nosotros’) tienen una misma raíz común (contrariamente a los idiomas europeos)”. De forma tal, el pronombre personal de la primera persona en quechua es yo-nosotros (Ibid, 203).
- c. En la estructura lingüística de los idiomas europeos, el sujeto como autor de la acción es el eje de la oración (en alemán hasta está escrito en mayúsculas). En el quechua, el punto

central de la oración es la experiencia misma, en este caso el verbo, que puede ser cargado de una serie de sufijos y prefijos aglutinantes: “El verbo es el ‘relacionador’ por excelencia; existen sufijos específicos para indicar la relación, tanto reflexiva (-ku) como recíproca (-naku), además de las relaciones interpersonales (-wa-; -su-). La oración relacional castellana ‘el me da a mí’ (puede ser abreviada como ‘me da’; en los idiomas germánicos, el sujeto es una palabra aparte) refleja la estructura ‘lógica’ de la racionalidad occidental de los relata (‘el’ y ‘mí’) y de la relación (‘da’). Su equivalente quechua ‘qowanmi’ (o sin el sufijo enfático –mi: ‘qowan’) resume toda la relacionalidad interpersonal (entre ‘el’ y ‘yo’) inseparablemente” (Ibid, 97).

- d. Ahora, un ejemplo del carácter aglutinante de los idiomas andinos, esta vez del aymara: “La riqueza funcional de este idioma se muestra, por ejemplo, en sus seis verbos para levantar. *Waytam* es levantar un objeto pequeño de una oreja, *Ittam* es levantar un objeto más grande de dos orejas, *Ek’tam* es levantar una hoja de papel, una sábana o algo plano y ligero, *Astam* un plato, fuente o recipiente plano, *Ichtam* algo pequeño como un grano de quinua, maíz o, metafóricamente, un bebé y *Aptam* levantar en general” (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 28).

Creo que a partir de estos ejemplos se puede entrever el horizonte colectivo de la familia y de la comunidad como sujeto filosófico en el mundo andino. De igual forma, considero que sirven para dimensionar los sustratos filosóficos desde los que se puede inferir la necesidad de la reparación de tipo colectivo para los pueblos indígenas. En este punto vale la pena hacer una claridad: si bien es cierto que las comunidades indígenas pueden presentar al mismo tiempo reclamaciones colectivas e individuales, pudiendo obtener las dos (Salinas: 2007, 196), de acuerdo a sus usos y costumbres toda reparación individual implicaría al tiempo una suerte de reparación colectiva y viceversa.

La familia en las comunidades nativas, como árbol genealógico y cimiento de la colectividad en sus pueblos, ha merecido un tratamiento diferencial por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en las reparaciones del caso *Aloeboetoe vs. Surinam* (Corte IDH: sentencia del 10 de septiembre de 1993, párr. 58), el Tribunal reconoció la autonomía de la comunidad nativa para manejar sus propias costumbres en lo que a “derecho de familia” se refiere. De igual manera lo hizo en el caso *Masacre Plan Sánchez vs Guatemala*, en el que determinó que “el monto de las

indemnizaciones que fije la Corte individualmente se entregará a cada beneficiario en su calidad de víctima sobreviviente de la masacre. En caso de que alguna víctima hubiera fallecido, lo que le correspondiera de la indemnización ordenada debería ser distribuido *conforme a las reglas de derecho sucesorio interno* [énfasis mío]” (Corte IDH, sentencia del 19 de noviembre de 2004, párr. 65)¹⁷⁰.

Fruto de la forma en que se entiende a la familia en las comunidades nativas deviene también la percepción del duelo al interior de la comunidad. La percepción del tiempo y el espacio en el mundo andino, siguiendo con nuestro modelo, configura una visión de la muerte muy distinta a la de la tradición judeo-cristiana. El contraste entre vida y muerte en los pueblos andinos se configura como una rotación de los cuerpos vivos que cambian su base material como una señal de diversificación de la vida. En este contexto, una muerte violenta comporta un desequilibrio en la política territorial de la comunidad, pues violentar la vida de un comunero es violentar el equilibrio de todo un sistema de vida. La muerte no es sinónimo de desaparición en el mundo andino, por lo cual no existe una separación tajante entre el pasado, el presente y el futuro; la vida del futuro depende de la voz de los antepasados y éstos no están muertos: prolongan su voz en los niños del futuro.

La muerte como acontecimiento traumático aparece en la mitología de las comunidades andinas luego del período de la conquista española, que es, como lo explicamos anteriormente, en el tiempo del pasado. Las masacres del presente “reviven” el traumatismo del pasado y vuelven a erosionar la memoria mítica de la comunidad. En las comunidades nativas la muerte no establece rutas de analogía con el padecimiento. Naturalmente causa dolor, pero no se trata de un malestar de agonía. Esto puede corroborarse en la dimensión festiva que acompaña al duelo en el mundo andino: es necesario despedir al que se marcha, la mejor forma de hacerlo es cantándole y danzándole. Muchos alimentos, sobre todo de origen sagrado como el maíz, se ofrecen a los acompañantes en variadas presentaciones, y así el ritual-ceremonia se extiende por varios días. En los pueblos indígenas que no soportan el problema de la violencia en el presente, la muerte natural y su dimensión celebrativa es la regla. Taita Víctor Jacanamijoy se refiere de la siguiente forma a los abuelos de su tradición:

¹⁷⁰ Al respecto puede verse el trabajo sobre reparación integral para grupos étnicos de Salinas (2007, 197).

Conocí a Taita Francisco Piaguaje del pueblo Siona, Taita Fernando Mendua del pueblo Cofán, abuelos que han conservado su tradición y hasta el último día de sus vidas han tomado Yagé y han muerto viejos y lúcidos. Apenas sabían firmar. Mis taitas, mis abuelos han muerto, quedamos los retoños INGAS, SIONAS, COFANES, KAMENTZAS, seguimos siendo amigos, quién lo impedirá si esto es un acto de voluntad, paciencia, constancia, como enseñan los abuelos y la pacha mama-mama alpa –la tierra- (La tradición Inga en la voz de Taita Víctor Jacanamijoy Jajoy).

La muerte como episodio de heridas y magulladuras es recordada y recreada en el mundo andino. Su simbología representa la decadencia y el declive. Las máscaras indígenas de la conquista mutan hoy en nuestro país en la simbología de las masacres de los paramilitares y la guerrilla. En el carnaval de Oruro en Bolivia, la iconografía del conquistador transmite la imagen de casos tan turbadores como los trabajados por la Corte IDH en la Masacre Plan Sánchez o el caso Aloboetoe vs. Surinam, donde los pueblos indígenas deben pasar de la muerte como ritual-celebrativo a la muerte como analogía del padecimiento, del olvido del Estado -cuando no de su complicidad-, y de la ruptura a garrote con su ley de origen:

Cuando en sus bailes [los Kheswaymaras], como en la Diablada de Oruro, debieron representar a Satanás, no dudaron al buscar modelo. La máscara de Satanás es cara española, piel blanca-rojiza, ojos claros y feroces, pelo rubio mezclado con gusanos, dos o más serpientes por lengua demostrando la doblez y ponzoña de la mentira. El cuerpo cubierto de dinero en monedas (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 51).

Sobre el carácter ritual de la muerte en los pueblos indígenas, la Corte IDH ha realizado varios pronunciamientos en los que reconoce los desfases culturales que vienen detrás de muertes violentas perpetradas en el territorio ancestral de los pueblos indígenas. En el caso Moiwana vs Surinam (Corte IDH: sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 86.7 - 86.10), el Tribunal puso de presente los traumatismos que pueden llegar a causar en la cotidianidad de una comunidad indígena el irrespeto de las tradiciones y costumbres para despedir a sus muertos, a lo que se debe agregar que el carácter violento de las mismas representa un desequilibrio con todo su entorno natural. En el caso en mención, la comunidad N'djuka desarrolla ceremonias mortuorias que abarcan entre seis meses y un año, el ritual tiene una convocatoria amplia y los recursos empleados son de diversa índole.

Para los N'djukas, tener la posesión de los restos mortales del fallecido es indispensable, y no efectuar los rituales correspondientes “es considerado una transgresión moral, la cual no sólo provoca el enojo del espíritu de quien falleció, sino también puede ofender a otros ancestros

fallecidos de la comunidad” (Ibid, párr. 86.9). Es importante resaltar que teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, la Corte IDH ordenó al Estado de Surinam utilizar todos los medios a que hubiera lugar para recuperar los restos de los miembros de la comunidad, concluyendo que “[s]i el Estado encuentra los restos mortales, deberá entregarlos a la brevedad posible a los miembros de la comunidad sobrevivientes para que los fallecidos puedan ser honrados según los rituales de [su] cultura” (Ibid, párr. 208)¹⁷¹.

4.2. Derechos colectivos y etnoterritorialidad.

Quinientos millones de personas conforman la población de los pueblos indígenas del mundo. Al parecer, su realidad demográfica ha tenido algún eco en el cambio cuantitativo y cualitativo que en las últimas dos décadas ha sufrido la jurisprudencia de los derechos humanos en lo que a la temática indígena se refiere. Cambio que sin lugar a dudas presenta como una de sus principales virtudes el esclarecimiento de un estándar internacional que avanza en el reconocimiento del principio de autodeterminación de los pueblos originarios. La consolidación del mencionado modelo parte de la importancia de la realización de los derechos colectivos como fundamento filosófico de un plan de vida que a todas luces se diferencia de otras culturas¹⁷². Los derechos indígenas a la tierra fueron puestos de presente en el fallo del juicio Mabo/Queensland en Australia, caso que determinó la desaparición definitiva de la doctrina de *terra nullios*. De otro lado, hechos tan sobresalientes como el funcionamiento del Tribunal de Waigangi en Aoteroa - Nueva Zelanda, la instauración del territorio Nunavut y el caso Degawuuk en Canadá, constituyen un estándar de derecho internacional cuyas consecuencias doctrinales deberían empezar a tener eco en América Latina (Toledo: 2005, 70).

El derecho colectivo al territorio o el territorio como derecho colectivo, connota un debate que, pasando por el mundo del derecho, amplía sus fronteras a dimensiones donde suele ser la economía política aquello que determina el trasfondo de la discusión. Quizás los ejemplos que hemos venido insinuando ponen de presente la importancia de la etnoterritorialidad como un eje

¹⁷¹ En igual sentido, los casos Plan Sánchez vs Guatemala y Yakye Axa vs. Paraguay. Al respecto puede verse (Salinas: 2007, 198).

¹⁷² “Desconocer ese estándar constituye un grave error en que incurren algunos filósofos políticos del multiculturalismo, como Will Kymlicka que insiste en clasificar a los pueblos indígenas dentro del amplio campo de las minorías nacionales, subvalorando la existencia de derechos específicos referidos a los indígenas en el derecho internacional, basado en el principio de libre determinación” (Toledo: 2005, 70).

de sustento material de la historia y de las estructuras sociales propias de los pueblos indígenas¹⁷³. El problema de fondo que comporta el planteamiento del derecho a la tierra dentro de un programa cuyo horizonte jurídico son los derechos colectivos, radica en que la mutación de las violencias que desde el siglo XV han atacado a las humanidad(es) indígena(s), se ha perpetrado directa o indirectamente sobre la madre tierra. Sobran los ejemplos que ratifican la afirmación. Veamos el caso Mexicano, donde la población indígena es más que abundante. Hernán Cortez, el mayor encomendero del México colonial, es si se quiere el primer “gran” homicida de la percepción del territorio como ente vivo y por consiguiente el primer “gran” deforestador de la reforma agraria del país centroamericano: “en este terreno personificó Cortez una actitud común entre los españoles de México cuando alardeó (según se dice) que: ‘Si tengo tanta tierra es porque mucho trabajo para ello’” (Liss: 1994, 184). Entre 1890 y 1906, se estima que 49 millones de hectáreas, la cuarta parte del territorio mexicano, estaba en manos de terratenientes, “ocho individuos se hicieron propietarios de 22.500.000 hectáreas, hecho sin precedentes en la historia de la propiedad territorial” (Silva Herzog: 1960, 16-17).

La época decimonónica generaliza la historia. En Venezuela, por citar un nuevo ejemplo, el General José Antonio Páez “llegó a ser el más fuerte propietario territorial del país, como si hubiera adivinado aquel célebre aforismo de Jhon Adams, uno de los fundadores de los Estados Unidos, comprobado hasta la saciedad por la historia de todos los pueblos: ‘Aquellos que poseen la tierra tienen en sus manos los destinos de las naciones’” (Vallenilla Lanz: 1999, 104-105). En el siglo XX -y en este período las consecuencias del modelo económico empiezan a desbordar- la violencia se dirige a los recursos naturales y al subsuelo; y en el siglo XXI el genocidio llega a la biodiversidad, el patrimonio cultural y todo el saber que aflora de ellos (la denominada propiedad intelectual):

La primera fase de la desterritorialización fue la invasión con su resultado de pérdida de la territorialidad política, soberanía y sometimiento colonial. La segunda fase, casi inmediata, fue la desposesión y presión sobre las tierras indígenas para ampliar las fronteras agrícolas y ganaderas; el correlato fueron y son las contiendas por defender y recuperar las tierras ancestrales. La tercera fase de la desposesión y desterritorialización es la presión extractiva sobre los recursos naturales –bosques, aguas, minerales,

¹⁷³ “Derechos territoriales que comprenden dimensiones que van más allá de los asuntos jurisdiccionales y administrativos en los cuales se ha centrado el debate de las autonomías como forma de realización de la autodeterminación” (Ibid, 67).

recursos del mar. Una cuarta fase la representa la intervención de los espacios con grandes obras e impactos negativos y sistémicos sobre el hábitat en ecorregiones indígenas. Una quinta faz contemporánea de la desposesión y desterritorialización es la presión sobre los sistemas de conocimientos tradicionales y la biodiversidad de los territorios indígenas (Toledo: 2005, 85).

Si observamos con atención, y con esto regreso al ámbito de lo jurídico, lo que está en juego en el “desarrollo” histórico de la economía política que va determinando el derecho a la tierra, es nada más y nada menos que el núcleo duro de los derechos colectivos, eje que supedita los sistemas jurídicos nacionales a los regímenes internacionales del libre comercio y por ende al del genocidio ecológico (Ibid, 73)¹⁷⁴. En el Caso Yakye Axa vs Paraguay, la Corte IDH reconoció el vínculo indisociable que une a las comunidades indígenas y a sus territorios, ampliando el concepto clásico de superficie de habitación que le asiste al mismo y poniendo de presente la multitud de vínculos culturales que acuden a la comunidad desde su espacio de socialización. A este respecto la Corte IDH se refirió en el siguiente sentido:

Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 136).

Un cambio en la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana ha dado lugar a la invocación del carácter colectivo del derecho al territorio. El alcance de dicho artículo, que en principio garantiza el derecho a la propiedad individual, ha sido ampliado hasta el punto de proteger también la propiedad de tipo comunal o colectiva. En ese sentido el SIDH ha constituido un hito en la consolidación de los derechos territoriales. Sin embargo, los propios movimientos indígenas han denunciado que los programas de demarcación territorial con financiamiento de la banca multilateral se enfocaron en garantizar el derecho de propiedad individual sobre la propiedad no indígena y estatal, provocando que los territorios ancestrales fueran tratados siguiendo las mismas formulas del derecho civil. “Una excepción es la sentencia de primera instancia del 12 de agosto de 2004, a favor de la comunidad mapuche Kom Kiñe Mu Ancalao en San Carlos de Bariloche que planteó el fondo del asunto al recoger la opinión doctrinaria evolutiva de que la posesión y la propiedad indígenas son conceptos nuevos y peculiares que

¹⁷⁴ Tendremos la posibilidad de regresar sobre esta controversia en el apartado 4.3.

afectan al concepto mismo del derecho real” (Toledo: 2005, 89). El importante giro doctrinal de la Corte IDH se expresa en los siguientes términos:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su pervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (Corte IDH: sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 149).

La relación de los pueblos indígenas con su territorio ha puesto en cuestión el entendimiento tradicional del derecho de propiedad. La jurisprudencia de derechos humanos, y particularmente aquella promulgada por la Corte IDH, ha sostenido con criterio pragmático que la ocupación ancestral de un “área” de desarrollo de usanzas consuetudinarias basta para reconocer oficialmente tanto la propiedad como su registro. El Tribunal Internacional ha señalado con acierto que el vínculo posesorio garantiza eficacia jurídica, más sin embargo, ha entendido que ésta no es producto de una cuestión de posesión y por tanto de producción sobre el espacio de habitación, sino antes, “un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte IDH: sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 131).

Dentro del expediente del caso *Yakye Axa vs. Paraguay* la declaración del experto José Alberto Braunstein destaca el vínculo comunidad-naturaleza. El perito señala la diferencia entre la transformación masiva de la naturaleza inscrita dentro de un modelo de vida cuyo objetivo es la productividad, y el equilibrio predicado por las comunidades indígenas, que, por el contrario, profesan un contenido posesorio que se encuentra relacionado íntimamente con la defensa de lo que en su praxis cotidiana representa el derecho a la vida¹⁷⁵.

De forma tal, se podría hablar de una “posesión natural” que liga el espacio geográfico con la memoria cultivada en el tiempo. No sólo se trata del asentamiento en un área determinada, sino

¹⁷⁵ En el siguiente apartado hablaremos del derecho a la vida como un asunto que precisa una ampliación conceptual en tratándose de los pueblos indígenas.

de la relación cosmo-referencial que la comunidad teje con las entidades naturales que le dan vida a sus mitos y leyes de origen. En este punto, resulta relevante cuestionar aquella doctrina de la Corte IDH según la cual la reparación puede consistir excepcionalmente en la entrega de territorios alternativos. Predicar la excepcionalidad de la medida es plausible, sin embargo, hablando estrictamente en términos restaurativos dicha medida opaca el carácter integral que la propia Corte IDH le asigna al concepto jurídico de reparación.

La medida resulta viable básicamente en dos casos: a) cuando el traslado es transitorio y el plazo se encuentra ligado a gestiones que tienden a restablecer al pueblo indígena a su territorio ancestral¹⁷⁶, y b) cuando el traslado es consultado y consensuado. Creo que esta posibilidad se tornaría viable en el evento en que la reubicación se realizara en un espacio geográfico que, si bien no coincide con el lugar de habitación que históricamente ha ocupado la comunidad, concuerda con la delimitación de los referentes cosmológicos dentro de los que se ha desarrollado la misma. En un evento contrario considero que es delicado predicar reparación integral y, como pasaré a mostrarlo, pienso que los pueblos indígenas difícilmente adscribirían a una reubicación que no sostuviera los mencionados manifiestos¹⁷⁷.

El primer evento no necesita mayor explicación, se trata simplemente de circunstancias materiales que postergan la reubicación, de lo que no se puede derivar que ésta se dilate en el tiempo. La segunda circunstancia se torna estimable si entendemos la etnoterritorialidad como un modo particular de ordenación de la realidad. En el caso del pueblo de los pastos, siguiendo nuestro ejemplo, dicha ordenación depende de tres sitios cosmo-referenciales básicos: los volcanes, las lagunas y los cerros. La temporo-espacialidad pasto construye su significación a partir del contacto sagrado con dichos referentes. Siendo así, la reubicación en un sitio diferente a su territorio ancestral supondría la desconfiguración de una historia y una memoria hilvanadas en

¹⁷⁶ Al respecto, el testigo Rodrigo Villagra Carrón expresó dentro del caso *Yakie Axa vs. Paraguay* lo siguiente: “El ofrecimiento hecho por el Estado en varias oportunidades de ubicar a los miembros de la comunidad Yakie Axa en tierras alternativas ha sido rechazado principalmente porque esas ofertas perjudicaban a otros pueblos y comunidades indígenas y en muchos casos el traslado no era transitorio sino definitivo. Además, estos ofrecimientos en ningún momento implicaban la existencia de fondos suficientes para comprar las tierras y tampoco había sido consultada previamente la comunidad” (Corte IDH: sentencia del 17 de junio de 2005).

¹⁷⁷ En el mismo caso, *Yakie Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH expresó: “La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario” (Ibid, párr. 151).

el devenir de los tiempos. Platicando a propósito de este tema, Diego Tupaz comenta: “Para reubicarnos fuera de nuestro territorio tendrían que reubicar también nuestras coordenadas del tiempo, tendrían que llevarnos los volcanes, las lagunas y los cerros”. En este sentido, tanto las declaraciones del experto mencionado arriba, José Alberto Braunstein, como las expresadas en audiencia pública ante la Corte IDH por el testigo Esteban López en el mismo caso, resultan ser esclarecedoras dentro de la temática que emplazamos en el presente apartado. El perito coincide con la opinión del suscrito, y el testigo con la de Diego Tupaz:

A pesar de la sutileza con que aparecen los signos de la posesión, los sitios de asentamiento periódico, las aguadas, los pozos, los territorios de caza, las zonas de recolección o de pesca, los casi imperceptibles cementerios, etc., están marcados de forma indeleble en la memoria histórica de estos pueblos. Esa memoria histórica, indisociable de la geografía, es la principal señal de posesión tradicional (Declaración de José Alberto Braunstein, Corte IDH: sentencia del 17 de junio de 2005).

Nosotros conocemos las leyes, para la buena salida se tiene que consultar a los pueblos indígenas, los Estados, si se llega a un acuerdo con la Comunidad yo creo que se solucionaría el problema, pero depende ya de los grupos, de los miembros de la Comunidad, pero el acercamiento al Estado tiene que ser, no sé, cada semana, porque como estoy diciendo, estoy expresando nuestra lucha, ya propusimos que es una lucha sagrada, hemos pasado momentos difíciles y la lucha no se puede vender no más en un día ni en ocho días, y hay que dialogar, llevaría mucho tiempo (Declaración de Esteban López, Ibid).

4.3. La vida como un derecho propio del entorno natural

En la medida que las garantías para la pervivencia dentro del territorio ancestral no estén aseguradas, los requerimientos para abonar la vida comunitaria pierden su sustrato material y, por tanto, aquello que la jurisprudencia de derechos humanos ha llamado patrimonio inmaterial de los pueblos indígenas queda en entredicho. El giro doctrinal realizado por la Corte IDH con respecto a lo que ha denominado propiedad colectiva debe enmarcarse necesariamente dentro de las relaciones materiales que cada pueblo indígena tiene con su territorio ancestral. En el caso de las comunidades que habitan la cadena montañosa de los andes, por ejemplo, la propiedad no existe ni como término ni como práctica en las “relaciones de producción” propias de la comunidad, de forma tal que siempre que un juez de derechos humanos hable de propiedad colectiva se verá compelido a enunciar lo que para una comunidad nativa particular comporta el derecho de goce y disfrute de su territorio. En este punto, tanto la universalidad del concepto, como la singularidad hermenéutica de cada caso concreto, vuelven a ser imprescindibles.

En el mundo de la cultura, Estermann (1998) habla de una (in)conmensurabilidad de conceptos¹⁷⁸, en virtud de la cual el concepto de propiedad depende del contexto enunciativo. En el caso de las comunidades indígenas, éste no es entendido como un derecho real circunscrito a los estrechos márgenes del derecho civil de los bienes¹⁷⁹. El territorio es colectivo en la medida que su articulación práctica con el mundo de cada comunero depende de la colectividad, lo colectivo no se entiende como un concepto sino como una praxis cotidiana. Quizá la práctica más próxima para explicar aquello que la Corte IDH cataloga como propiedad comunal sea el trabajo comunitario llamado *Minga* en el mundo andino. En la traducción de Diego Tupaz Pastas y de Samuel Otavalo (2007) -comuneros del pueblo de los pastos y del pueblo otavalo respectivamente-, *Minga* traduce “Esfuerzo y voluntad colectiva para el desarrollo de las tareas propias de la comunidad” (Ibid, 6). Contrario a la tradición romanista que considera a los elementos de la naturaleza como “cosas”, en el mundo de las comunidades andinas cada elemento del entorno natural está vivo y como tal participa en el esfuerzo y la voluntad colectiva para impulsar las metas comunitarias:

En la armonía universal desde las hormigas hasta las estrellas todos los seres tenemos nuestro lugar, todos estamos formados por elementos químicos del mismo conjunto y sujetos a las mismas leyes naturales que reglamentan la fecundidad, nacimiento y muerte. Todos dependemos de todos. La plantita ha nacido por el trabajo comunitario de Lluvias, Sol, Tierra y otras entidades conjuntas. Cuando comemos la plantita estamos comiendo energía cósmica. Nuestra sangre es cosmos licuado. Somos ¼ parte energía solar y ¾ partes agua... Ni en el universo ni en el ayllu el individuo existe. La sociedad fue antes que el humano individual. Nadie dijo: voy a cuidar de mí solo, no me importa mi Ayllu. En el Tawantinsuyu hubiera sido tan absurdo como si la hoja dijera a la planta: no me importas tú, voy a cuidar de mí sola... (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 22-24).

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, tanto en el evento de que ésta sea reconocida en el ordenamiento interno de los Estados como en la hipótesis contraria,

¹⁷⁸ “Desde Aristóteles, la filosofía occidental está acostumbrada a ‘definir’ el significado de los conceptos por su esencia trans-temporal y supra-cultural. Sin embargo la filosofía intercultural ha puesto de manifiesto que este ‘esencialismo’ obedece a un cierto modelo culturalmente determinado, o sea: la metafísica helénica-occidental que distingue entre lo ‘necesario y contingente’, lo ‘inmutable y mutable’ y lo ‘esencial y accidental’” (Estermann: 1998, 75-76).

¹⁷⁹ El derecho civil entiende los derechos reales como aquellos que ponen al hombre en relación con las “cosas” de la naturaleza: “La propiedad es la principal relación jurídica que establece la persona con las cosas, pues los demás derechos son desmembraciones o variedades de la propiedad... Al Derecho sólo le interesan las cosas susceptibles de apropiación, ya sea por parte de las personas jurídicas de derecho público, ya por las personas jurídicas de derecho privado o las físicas” (Valencia Zea: 1983, 2-9).

constituye para la Corte IDH una obligación que de llegar a ser evadida amenaza “el libre desarrollo y transmisión de [la] cultura y prácticas tradicionales [de los pueblos indígenas]” (sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 155). De igual forma, la Corte IDH reconoció la importancia del control del hábitat como una condición para desarrollar planes de vida acordes con la reproducción de la cultura, entendiendo que al ser afectados los derechos de los pueblos indígenas sobre el territorio se perturban a su vez “otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros” (Ibid, 146-147). Si lo que está en juego es un sistema de vida, la categoría de los derechos reales debe ceder a lo que en la doctrina de la Corte IDH se denomina propiedad colectiva:

Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención. (Ibid, párr.148).

Ahora bien, sobre la base del reconocimiento jurisprudencial a la propiedad colectiva por parte de la Corte IDH, lo que está en juego es el derecho al medio ambiente. Sobre este particular, es pertinente tener en cuenta que mientras no exista voluntad política para garantizar con medidas materiales dicho derecho, difícilmente se podrá hablar de reparación integral para los pueblos indígenas. El derecho al territorio implica necesariamente prácticas comunitarias que garanticen la permanencia de la identidad cultural. Por tanto, sería inútil predicar reparación integral para las comunidades indígenas victimizadas mientras las condiciones estructurales del sistema político permanezcan estériles a escuchar los imperativos de sus sistemas de vida. No habrá reparación integral sin que antes se garanticen los derechos innatos a la territorialidad indígena: soberanía alimentaria, medicina natural, etnoeducación, gobierno y administración de justicia propios, desarrollo económico al tenor de usos y costumbres, reforma agraria, entre otros, son exigencias materiales de la reparación colectiva. No habrá reparación, mientras el gobierno entregue semillas para sembrar y al mismo tiempo esparza los territorios indígenas con glifosato; imposible la reparación con una política agraria donde prime el latifundismo y la desprotección a los trabajadores del campo; inocho hablar de reparación a los pueblos indígenas cuando la política a favor del medio ambiente se encuentra supeditada a las transnacionales petroleras y de la palma africana.

Estamos hablando de una temática que se puso de moda en la última década: los derechos ambientales. Lo que hoy es una realidad para el derecho occidental, ha sido una constante en el mundo indígena. Las enseñanzas de sabedores y sabedoras indígenas sobre el medio ambiente y sobre la importancia de su cuidado, son corroboradas hoy en múltiples esquemas epistemológicos de las ciencias sociales, de los cuales los métodos de la historiografía contemporánea son un buen ejemplo. Detengámonos sucintamente en un caso: uno de los principios fundamentales de la organización social del mundo andino -aunque esto se hace extensible a los pueblos indígenas del continente- es que la guerra jamás fue profesionalizada. La capacidad técnica para destruir a la vida en cualquiera de sus manifestaciones no fue ni es un oficio para los pueblos indígenas¹⁸⁰. Por su parte, la sociogénesis de la organización social del mundo occidental -el Estado-, ha sido descrita por sociólogos e historiadores según la evolución de los conflictos, “evolución” que por su esencia misma ha avanzado al compás de la destrucción del medio ambiente.

Dos de los exponentes más connotados en la historiografía del siglo XX -Michel Foucault y Charles Tilly-, dan luces sobre la importancia de la guerra y por tanto sobre los efectos devastadores de ésta a escala del fenómeno de la vida¹⁸¹. Foucault distingue tres fases en la articulación del discurso del Estado y la guerra: 1) En la teoría clásica de la soberanía, el rey dispone sobre la vida y la muerte de los súbditos, de forma tal que la vida es “valorada” a través de la muerte. 2) Entre los siglos XVII y XVIII, las técnicas de poder recaen sobre los cuerpos individuales, por lo que la capilaridad del poder cruza a los cuerpos y constituye sujetos; se trata de una tecnología disciplinaria que va a construir al trabajador, al loco, al delincuente, etcétera. 3) Pero durante la segunda mitad del siglo XVIII, y es este el punto que me interesa resaltar, aparecerá una tecnología del poder que, englobando a las disciplinas y sin hacerlas desaparecer, ya no se centrará en la muerte ni en el cuerpo sino en la vida misma y en sus procesos - nacimiento, muerte, producción, enfermedad, etcétera- (Foucault: 2001, 218-220).

La nueva tecnología, antes que individualizar, masifica. “Luego de la anatomopolítica del cuerpo humano, introducida durante el siglo XVIII, vemos aparecer, a finales de éste, algo que ya no es esa anatomopolítica sino lo que yo llamaría una biopolítica de la especie humana” (Ibid, 220).

¹⁸⁰ “El Tawantinsuyu valoró los pueblos por su capacidad y técnica de construcción. La medida fue calidad de vida, no facilidad de matar. Las armas sólo miden barbarie... Una ley es moral si beneficia a la especie. Si beneficia un sector es inmoral porque perjudica la especie” (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 32).

¹⁸¹ Al respecto puede verse, Bacca (2008b, 133-153).

Nace un nuevo ordenamiento de episteme de la realidad, una especie de ingeniería social, pues ahora la individualidad se vuelve poblacional y las estrategias del poder se globalizan para regularizar el tiempo y el espacio de los ciudadanos del mundo. Uniformidad del saber y de la verdad y normatividad normalizante, son los postulados de este nuevo poder; no sólo es el poder infinitesimal que cruza a los cuerpos sino el cuerpo mismo encargándose de autopatologizarse y de colaborar pacientemente con las tecnologías del poder. Poder que se funda en la vida pero que reproduce a sus opuestos, ocupado de la vida en tanto poder máximo de la tierra y por tanto abrumado por matarla. Reacomodamiento infinitesimal que traslada el atrás del renacimiento al proceso de colonización de América y de África inherente a él, y llevado al exceso del biopoder en la manipulación de la vida a escala de los microorganismos. En este punto, tanto las estadísticas traídas por Tilly como el biopoder atómico de Foucault, son contundentes para abordar el dilema de los derechos ambientales:

Con la aviación, tanques, misiles y bombas nucleares, el total de muertes en las guerras del siglo XX oscurece las de anteriores siglos... Desde fines del siglo XVII en adelante, presupuestos, deudas e impuestos ascendieron al ritmo de la guerra (Tilly: 1992, 117-119).

Este exceso del biopoder aparece cuando el hombre tiene técnica y políticamente la posibilidad no sólo de disponer la vida sino de hacerla proliferar, de fabricar lo vivo, lo monstruoso y, en el límite, virus incontrolables y universalmente destructores. Extensión formidable del biopoder, en oposición a lo que yo decía recién sobre el poder atómico, va a desbordar cualquier soberanía humana (Foucault: 2001, 229).

El objeto del biopoder recae sobre los procesos vitales, sin embargo, sus tecnologías han realizado una profesión de fe con la muerte. Lo acabamos de ver con el fenómeno de la guerra, que se extiende al problema del racismo. Sobre este dilema, Foucault (2001) ubica el límite entre aquello que debe vivir y aquello que debe morir, cuya dialéctica no deja otra alternativa: aquellos que deben morir han de ser los defensores de la vida¹⁸². En la idea de la raza, al tiempo que se fragmenta a la humanidad entre “linajes” superiores e inferiores, se generaliza y normaliza el mundo de las alteridades; el Estado moderno promueve inclusión pero no el reconocimiento de la diferencia, succión del otro más no reconocimiento de la alteridad. En este escenario, el derecho a dar muerte se radicaliza y es llevado a sus expresiones más inverosímiles, no sólo en las formas

¹⁸² “Ése es el punto, creo, en que interviene el racismo. No quiero decir en absoluto que se haya inventado en esa época. Existía desde mucho tiempo atrás. Pero creo que funcionaba en otra parte. Sin duda, fue el surgimiento del biopoder lo que inscribió el racismo en los mecanismos de Estado” (Foucault: 2001, 230).

de asesinato directo sino también –tal como es aclarado por Foucault- en la proliferación del asesinato indirecto: “el hecho de exponer a la muerte, multiplicar el riesgo de muerte de algunos o, sencillamente la muerte política, la expulsión, el rechazo, etcétera” (Ibid, 231).

4.4. Las autoridades tradicionales: eje colectivo del territorio y piedra angular en eventuales procesos de reparación

El patrimonio de la memoria colectiva legada de generación en generación en las diferentes tradiciones de los pueblos originarios, sustenta buena parte de su fundamento en las voces de los comuneros más cercanos al ocaso lúcido de la senectud¹⁸³. En la frecuencia de la palabra de abuelas y abuelos, los diferentes pueblos indígenas han sabido cultivar las enseñanzas que cimientan y soportan las estructuras básicas de su organización social. El impacto cultural de las múltiples genealogías de la violencia que pueden ser rastreadas en el mundo amerindio, podría empezar justo donde la voz de la memoria es acallada. En efecto, como lo hemos venido repitiendo, se trata del silenciamiento de la historia de vida de un pueblo. En la niñez y en la ancianidad y en lo que estas dos etapas llevan de semejante, se juega buena parte del saber colectivo de una comunidad indígena. Es este mismo evento el que le otorga un papel preeminente a la figura de los abuelos en los procesos de reparación colectiva. La calidad de autoridad comunitaria de los mayores no está en cuestión y es independiente de los cargos de autoridad inherentes a las funciones del cabildo¹⁸⁴.

No es gratuito que el fenómeno del colonialismo presente como una constante estructural el aniquilamiento de las autoridades tradicionales de los pueblos colonizados. Uno de los tantos ejemplos que “ilustran” la situación es traído por el médico-antropólogo Michael Taussig (2002), quien siguiendo los informes y el material de registro de Walter Hardenburg y sir Roger Casement sobre las atrocidades cometidas por la casa Arana en la terrible época de las compañías caucheras en el Putumayo, señala como espacio enunciativo del exterminio de dichas autoridades

¹⁸³ “Ancianas y ancianos eran las joyas del Ayllu. Cuidados y respetados porque sus arrugas guardaban sabiduría milenaria y experiencia de toda una vida de trabajo. Toda comunidad está orgullosa de sus ancianos, enciclopedias vivientes” (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 35).

¹⁸⁴ En consonancia con esta aproximación se debe mencionar que la calidad de autoridad refleja también un atributo cualificado de víctima. En el marco de los criterios de reparación colectiva trabajados por Salinas se enuncian dos principios que resaltan la mencionada cualificación: “Las medidas de reparación deben tener en cuenta la calidad de la víctima dentro de la comunidad [y] en la definición de las medidas de reparación así como en su ejecución se debe contar con la participación de las comunidades a través de sus autoridades” (Salinas, 2007, 201-204).

el temor a la rebelión indígena. El informe de Casement retoma el espacio enunciativo comentado, pero insiste simultáneamente en la improbabilidad de dicha rebelión con base en dos razones. La primera causa que según Casement tornaría implausible el acontecimiento es verdaderamente brumosa: las comunidades indígenas están desunidas desde tiempos pretéritos - hecho que, como comenta Taussig, estaba enfocado a pintar un cuadro del que los informes no podían salir, a saber, la pintura de la docilidad y la inocencia de las comunidades-. La segunda causa, mucho más plausible que la primera, destaca el arsenal armamentístico que conservan los empleados afiliados a la compañía de la casa Arana en contraste con las comunidades que “estaban armad[a]s pobremente y sus cerbatanas, arcos y lanzas les habían sido confiscados” (Taussig: 2002, 137).

El informe de Casement da en el blanco de otro plano enunciativo: el nuestro. En opinión del informante del gobierno inglés y a la par redactor de *The Contemporary Review*, “[l]o más importante... era que los ancianos habían sido asesinados por el crimen de dar ‘malos consejos’” (Ibid, 137). Tamaño cinismo y a la par despropósito enunciativo el de sir Roger, que pone en evidencia la importancia del conocimiento de los ancianos para mantener y oxigenar el ordenamiento social de las comunidades. El eufemismo de los “malos consejos” quería decir en palabras de Casement,

... que los ancianos habían llegado hasta “advertir a los más crédulos, a los de menor experiencia, en contra del esclavista blanco y a exhortar a los indios para que se fugaran o para que resistieran antes de trabajar el caucho para los recién llegados”. Esto fue lo que provocó su desgracia. “No conocí a ningún indio viejo, hombre o mujer”, proseguía Casement, “y pocos habían pasado a la edad madura” (Taussig: 2002, 137)¹⁸⁵.

Con el ejemplo en mención, queremos insistir en aquella genealogía de la violencia que poníamos de presente en el tercer apartado que, según observamos, mutaba estratégicamente de la colonia al mundo contemporáneo. Pero al mismo tiempo buscamos dimensionar la importancia de las autoridades tradicionales, independientemente de su adscripción al cabildo. El segundo designio tiene una finalidad concreta: prevenir de aquellas interpretaciones que ven en los integrantes del cabildo una representación plena de la comunidad. Sucede hoy que así como existen buenos cabildos existen otros que no encarnan en estricto sentido las intenciones de la comunidad. De ahí

¹⁸⁵ Citando “Correspondence respecting the Treatment of British Colonial Subjects and Native Indians Employed in the Collection of Rubber in the Putumayo District”, House of Commons Sessional papers. 14 de febrero de 1912 a marzo de 1913. Más conocido como *Putumayo Report de Casement*.

que si bien es cierto que el cabildo juega un papel preponderante en el derecho de consulta que asiste a los pueblos indígenas, es igualmente importante consultar con las autoridades que por tradición encarnan la sapiencia de la comunidad, es decir, los ancianos. A este respecto, el testimonio recogido por la Corte IDH de la voz de la señora Narcisa Corazón Jerónimo resulta pertinente:

Con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, sus conocimientos no pudieron ser transmitidos a las nuevas generaciones, lo que ha producido en la actualidad un vacío cultural. Los huérfanos no recibieron la formación tradicional heredada de sus ancestros. A su vez, la militarización y represión a la que fueron sometidos los sobrevivientes de la masacre, especialmente los jóvenes, ocasionó la pérdida de la fe en las tradiciones y conocimientos de sus antepasados (Corte IDH: sentencia del 19 de noviembre de 2004, párr. 49.12).

Bajo esta aclaración podemos constatar la importancia de fijar criterios de reparación sustentados en la voz de las autoridades comunitarias¹⁸⁶. La jurisdicción indígena y el derecho de consulta recaen en la comunidad y, por derivación, en el cabildo. El cabildo no puede, en razón de lo anterior, velar por intereses personales, situación que siendo la excepción ha llegado a presentarse en la dinámica impuesta por diversas lógicas: la de las transferencias, la de curules en el congreso con vocación de jubilación, la de alianzas con sectores de la política tradicional y con propensión al tradicionalismo, la del caudillismo de gobernadores que aspiran a reelecciones indefinidas, entre otras. La lección de la tradición andina, hoy violentada en algunos resguardos en contra del designio comunitario, constituye otra forma subrepticia de trasgresión a la justicia propia, infracción que ha de merecer autoreparación colectiva. Es necesario recuperar lo que los Incas pensaron:

Justicia es balance y balance es estabilidad. Cada año todos los cargos de responsabilidad ejecutiva se renovaban por elección directa. Con la regularidad de las plantas al renovar hojas, flores y frutos. Sin reelección. Orgullo era confundirse con el pueblo, no salir de él (La tradición Kheswaymara en la voz de Reynaga: 1989, 34).

Espero que el intento de dilucidar la importancia del tiempo y el espacio de las reparaciones colectivas para los pueblos indígenas víctimas de la violencia coyuntural, haya abonado el terreno en la comprensión de la necesidad de adoptar mecanismos jurídicos con enfoque diferencial. Tal

¹⁸⁶ El reconocimiento de las autoridades tradicionales y de los líderes comunitarios, como piedras angulares en procesos de reparación colectiva, se ha registrado en numerosos casos, entre los que se destacan: Yakie Awa Vs. Paraguay, Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Moiwana Vs. Suriname, entre otros.

parece que reparar al *otro* es comprenderlo y para hacerlo se precisa un respeto a su lengua, y por tanto, al tiempo y al espacio de la que ésta se desprende. Bajo el influjo de esta última aclaración, paso a proponer 12 criterios de reparación integral tendientes a conservar la tradición de las comunidades indígenas¹⁸⁷.

5. A MANERA DE PROPUESTA: CRITERIOS DE REPARACIÓN COLECTIVA PARA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA

1. El derecho de consulta previa que les asiste a todos los pueblos indígenas según lo establecen la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y el Convenio 169 de 1989 de la OIT, implica que todos los procedimientos tendientes a adelantar reparaciones colectivas empiecen por consultar a los pueblos interesados a través de sus instituciones representativas y de acuerdo al principio de buena fe.
2. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y sus criterios constituyen parámetros jurídicos de obligatorio cumplimiento dentro de todo proceso destinado a implementar medidas de reparación para pueblos indígenas víctimas de la violencia.
3. Las reparaciones ordenadas deberán partir de la percepción y el entendimiento de los pueblos indígenas con respecto a su territorio ancestral. El sentido práctico que dicha comprensión puede arrojar se tornará más viable en la medida que antes de ordenar la reparación, se indague sobre la experiencia del tiempo y el espacio de una comunidad indígena determinada.
4. Cuando los hechos de violencia sobre los pueblos indígenas hayan producido la salida de su territorio ancestral, la medida de reparación más loable consiste en la restitución de sus territorios ancestrales.
5. Las reparaciones ordenadas deberán partir en todo caso del derecho mayor de los pueblos indígenas, es decir, de sus usos y costumbres.

¹⁸⁷ “Se aclara que, con base en el Convenio 169 de la OIT y en los fallos de la Corte Constitucional, para efectos de los criterios se asume que los parámetros definidos por la Corte IDH para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas se hacen extensivos a las comunidades afrocolombianas, raizales y Rom” (Salinas, 2007, 188).

6. Los actos y acciones tendientes a la reparación integral de los pueblos indígenas deberán distinguir entre las políticas estatales de reparación, las políticas sociales especiales de protección de DESC, y las medidas estatales de atención humanitaria para víctimas de crímenes atroces. Las reparaciones colectivas no pueden ser minimizadas a las políticas sociales que le competen al Estado de acuerdo a la consagración constitucional de la diversidad étnica y cultural.
7. Las medidas de reparación tendientes a hacer prevalecer los derechos de los pueblos indígenas deberán partir de la base de aquello que las comunidades aludidas entienden por derechos humanos y por verdad, justicia, y reparación. Para ello será imprescindible trabajar de la mano de las bases comunitarias y particularmente de las autoridades tradicionales.
8. En el evento en que la restitución de los territorios no sea posible, y que por tal motivo los pueblos sean ubicados en tierras diferentes a las de sus ancestros, la reubicación debería coincidir con la delimitación de los referentes geográficos y cosmológicos dentro de los que la comunidad ha desarrollado sus proyectos de vida. La consulta previa al pueblo interesado es un requisito *sine qua non*.
9. El derecho de consulta que asiste a todos los pueblos indígenas deberá partir de un concepto amplio de autoridad tradicional. Esto implica que la consulta, aparte de dirigirse a las autoridades “administrativas” de la comunidad, debe hacerse teniendo en cuenta a los ancianos y ancianas, ex-cabildantes, médicos tradicionales, etc.
10. Las reparaciones ordenadas deberán tener en cuenta la relación que los distintos núcleos familiares de los pueblos indígenas tienen con sus muertos.
11. El derecho a la verdad judicial, extrajudicial, e histórica es parte constitutiva de los procesos de reparación integral. El derecho a la memoria es en sí mismo una garantía de no repetición y es componente fundamental de los procesos de reparación integral.
12. Las medidas de reparación están determinadas por la calidad de la víctima dentro cada pueblo “indígena.

CONCLUSIÓN

La presente investigación intentó dar cuenta de algunos puntos claves en el debate sobre los derechos de los pueblos indígenas. Partiendo de los dilemas de las políticas del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, la disertación se situó en los márgenes de la teoría constitucional, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional. Los derechos indígenas fueron trabajados desde un enfoque que tomó distancia de las salvaguardias apologéticas de los derechos humanos, ya sea a favor del liberalismo o del relativismo cultural¹⁸⁸.

Si bien es cierto que desposeer a los derechos humanos indígenas de cualquier valor trascendente les resta su eficacia instrumental; no resulta menos cierto que la incondicionalidad predicada por el humanismo transcultural termina desconociendo que los derechos humanos operan para colectivos y sujetos determinados. La aplicabilidad de los derechos humanos depende en buena medida de su intrínseco valor universal, pero éste, está en manos de su específico contexto de aplicación.

Examinando la lógica de la teoría constitucional revisé algunos fallos de la Corte Constitucional, y partiendo de realidades contextuales más amplias, critiqué varios de sus supuestos teóricos desde las ciencias sociales. Según la hipótesis propuesta, en muchos casos, la lengua de la Constitución silenció las voces de los pueblos indígenas. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural ha propiciado que se empiece a hablar de un constitucionalismo fundado en la tradición del pluralismo jurídico. Las virtudes de un modelo constitucional con capacidad de incluir otras visiones de lo jurídico, ha dado lugar a una reivindicación del Estado social de derecho pluralista, sin embargo, poco se ha dicho sobre la renovación de prácticas de estirpe colonial que han sido connaturales al constitucionalismo desde las pretéritas fechas de su fundación.

Los términos del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena incluyeron a los indígenas dentro de la fórmula del Estado social de derecho, en todo caso, es difícil sostener que se dio un reconocimiento de su alteridad. Según el artículo 246 de la Constitución Política

¹⁸⁸ “Una investigación cultural dentro del Estado de derecho no puede reivindicar ninguna verdad empírica o normativa incondicionada. Tampoco puede apelar a una libertad de pensamiento completamente incondicionada. Por el contrario, es un producto de la imaginación y se sitúa levemente aparte de otros productos de la imaginación” (Kahn: 2001, 57).

“las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes de la república” [énfasis mío]. La filosofía política del artículo, compele a los pueblos indígenas a comportarse tal como lo prescribe el constitucionalismo. Las consecuencias de este tipo de reconocimiento son innumerables. En esta investigación, comprobamos que varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, a la hora de delimitar los periplos hermenéuticos de la carta de derechos, terminaron encerrando a la justicia indígena dentro de los contornos de la justicia constitucional.

Según la teoría constitucional, el Estado de derecho es siempre normativo sobre un territorio definido. En consecuencia, la jurisdicción y la imposibilidad de extenderla sobre la población de un territorio extranjero, es una necesidad connatural al Estado. Como explicamos, existen evidencias históricas de que los pueblos indígenas son el sujeto constituyente del territorio americano, por tanto, jamás podrán considerarse población extranjera. Por contera, siguiendo los propios parámetros del derecho constitucional, la jurisdicción indígena, debería, al menos, tener rango paritario respecto a la jurisdicción constitucional.

La moral puede no tener fronteras, pero el Estado de derecho comienza solamente con la imaginación de una jurisdicción. Tenemos obligaciones morales pero no obligaciones jurídicas para con aquellos más allá de nuestras fronteras. No importa qué tan razonable sea el derecho, la razón sola no autoriza la extensión del Estado de derecho sobre la población de un territorio extranjero. No podemos gobernar a otros a través del derecho simplemente porque sería “bueno” para ellos. Podríamos estar haciendo lo moralmente correcto al coaccionar a otros a cumplir con nuestros estándares legales, pero aquellos que experimentan esta coerción, así como los que actúan coercitivamente, no lo perciben como el Estado de derecho (Kahn: 2001, 78).

La evidencia constitucional no es de poca monta. Así por ejemplo, la memoria colectiva norteamericana la recrea al pensar en el momento revolucionario que instituyó el Estado de derecho contra el gobierno británico colonial. En ese período histórico, Inglaterra defendía el Estado de derecho, y pese a que muchos “norteamericanos” podían entenderlo así, el problema radicaba en la separación de la jurisdicción territorial. En efecto, el derecho británico era foráneo “[y] el gobierno a través de un derecho extranjero no es de ningún modo el Estado de derecho” (Ibid). La paradoja del caso estadounidense, consiste en que la misma lógica constitucional que

los revolucionarios utilizaron contra el gobierno colonial británico, jamás se aplicó para el caso de los pueblos indígenas, sujetos constituyentes del subcontinente norteamericano¹⁸⁹.

Planteamientos que desde la teoría constitucional no darían lugar a mayores dudas, podrían juzgarse de manera fundada desde perspectivas pragmáticas. Desde el pragmatismo, se podría argüir que las condiciones socio-históricas de los pueblos indígenas han cambiado, y que en consecuencia, reclamar su estatus constituyente podría dejarlos en un estado de desprotección, toda vez, que muchos de sus grupos dependen de la asistencia del Estado.

Reconociendo la importancia de dicha salvedad, propusimos una interpretación del estatus constituyente indígena ligado a la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento de eminente índole normativo. Partiendo del contenido del instrumento internacional, abrimos paso a una interpretación fundamentada en la originalidad constitucional de los pueblos indígenas; en el desarrollo de sus derechos de autodeterminación y autogobierno (artículos 3 y 4); en el reconocimiento de su opción libre para participar plenamente “si es su deseo”, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (artículo 5); y en su derecho a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven (artículo 33).

Ubicados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, dirigimos nuestras reflexiones a pensar en las reparaciones a los pueblos indígenas víctimas de la violencia. Partiendo de la tesis, según la cual, existe una relación entre lengua y justicia; analizamos la forma en que el tiempo y el espacio ordenan los ejes de la ética de los diversos colectivos humanos. Desde una temática donde se juega la vida misma de los pueblos indígenas, y a partir de una reflexión donde el componente etnográfico se acentuó, intentamos poner en evidencia que el énfasis en la singularidad de los colectivos étnicos, se encuentra conectado con el éxito o el fracaso de la aplicación de procedimientos jurídicos, y de políticas públicas que tienen como destinatarios a los pueblos indígenas.

¹⁸⁹ “Para quienes están por fuera de la narrativa, el Estado de derecho puede empezar con un acto de robo y permanecer como una forma de coerción externa. Esta concepción espacial del origen del derecho es reflejada en la idea de “naciones internas dependientes” aplicada por la Corte Marshall a los indígenas estadounidenses. De esta forma, la narrativa de los límites establece quienes están adentro y quienes están afuera. Necesariamente excluye para preservar la identidad de aquellos que están dentro” (Kahn: 2001, 80).

La relación entre tiempo, lengua y justicia nos llevó a afirmar que la aplicación de la normatividad de los procesos de reconciliación a los pueblos indígenas, depende de la dinámica de las estructuras sociales de dichas poblaciones. El nivel jurídico del escrito se ubicó en el marco del proceso de transición por el que atraviesa el país, y se desarrolló teóricamente en el contexto más general del derecho comparado americano e internacional, con un doble propósito: sostener la tesis de una complementariedad histórica entre la justicia indígena y el derecho de los derechos humanos¹⁹⁰, y abogar por la integración de los estándares de reparación colectiva desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la herramienta procesal más estimable para lograr la reparación integral de los pueblos indígenas víctimas de la violencia.

Puede decirse, que la parte propositiva de esta investigación (capítulos 3 y 4), se inscribe como un aporte a la teoría de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Sin embargo, el capítulo 4 acudió a las voces de los comuneros indígenas, aterrizando la hipótesis de la relación entre tiempo, lengua y justicia –aparentemente sustentada en los linderos de la filosofía y la antropología- a un contexto determinado por la praxis del derecho de los derechos humanos. Se trató de una lectura liberal que valoró los logros instrumentales que los pueblos indígenas pueden alcanzar desde el discurso de los derechos humanos, pero que al mismo tiempo, encontró que la filosofía política liberal se enfrentaba a los riesgos del etnocentrismo, al intentar representar los derechos de otras culturas a imagen y semejanza de los suyos. La exigencia más plausible de un liberalismo político comprometido, debería ser el respeto por el tiempo, la lengua y la justicia del *otro*. En ese sentido, este trabajo abogó por una defensa jurídica de los derechos humanos preocupada por la defensa política de la diversidad cultural.

¹⁹⁰ La mencionada complementariedad parte de una valoración crítica. No se trata de plantear una mixtura lineal de los dos ordenamientos, por el contrario, se trata de un esfuerzo por vislumbrar los espacios de confluencia de las dos tradiciones. En ellas, mis lecturas se difuminaron tanto a la estimación del diálogo intercultural, como a la problemática de estudiar la justicia indígena desde el marco analítico de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio. (1995). *Infancia e historia. Destrucción de la experiencia y origen de la historia*. Madrid: Adriana Hidalgo editora.
- Alpala, Luis. (2009). Entrevista realizada al ex regidor del cabildo del Gran Cumbal y concejal por el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO.
- Anaya, James. (2010). *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior, A/HRC/15/34/*, (8 de Enero de 2010).
- . (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. A/HRC/9/9*, (11 de agosto de 2008).
- . (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta /Universidad Internacional de Andalucía.
- Arango, Rodolfo. (2007). *Prólogo al libro “Falacias del pluralismo jurídico y cultural en Colombia. Ensayo Crítico*. En Barona, G. y Rojas, T. Popayán: Editorial Universidad del Cauca/Serie estudios sociales.
- Arguedas, José María. (1983). *Los ríos profundos*. Lima: Obras Completas Tomo III - Editorial Horizonte.
- . (1983a). *El zorro de arriba y el zorro de abajo*. Lima: Obras Completas Tomo V – Editorial Horizonte.
- . (1983b). *No soy un aculturado. Palabras en el acto de entrega del premio Inca Garcilazo de la Vega*. Lima: Obras Completas Tomo V - Editorial Horizonte.
- . (1981). *Formación de una cultura nacional indoamericana*. México: Siglo veintiuno editores.
- Arnaud, André Jean. (2000). *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Artículo “Los nevados colombianos están desapareciendo por el calentamiento global”, en *ecositio noticias*, <http://noticias-ambientales-internacionales.blogspot.com/>.
- Artículo, “Los dioses de las nieves se derriten”, en *El País de Cali*, 9 de diciembre de 2007.

- Bacca, Luisa Fernanda. (2008). Entrevista realizada a la experta en desplazamiento forzado en el departamento de Nariño.
- Bacca, Paulo. (2010). *La doctrina defensorial y los derechos indígenas en el derecho de los derechos humanos: técnicas de análisis y recomendaciones*. Bogotá: GTZ/Defensoría del Pueblo.
- . (2009). Tiempo y espacio de las reparaciones colectivas para los pueblos indígenas víctimas de la violencia. En Uprimny, R. (Editor). *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- . y Velásquez Oliver. (2009). Fiestas agrícolas y ciclos helio-lunares en el mundo andino: el carnaval como fuente de justicia de los pueblos indígenas pasto y kamentza, *Análisis. Revista colombiana de humanidades*, 74. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- . (2008). Las contranarrativas constitucionales en el seguimiento jurisprudencial de la jurisdicción especial indígena, *Pensamiento jurídico*, 22, 193-232. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- . (2008a). Prolegómenos en torno a las justicias de las naciones de Abya-Yala. Breve aproximación al pluralismo jurídico hegemónico, *Análisis. Revista colombiana de humanidades*, 73, 167-177. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- . (2008b). Arqueología de las historias de la teoría del Estado y del poder, *IUSTA*, 29, 133-153. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- . (2008c). Aporías alrededor del pluralismo jurídico: hacía una configuración del estado del arte y una crítica de sus supuestos conceptuales, *Principia Iuris* 9, 1-31. Tunja: Universidad Santo Tomás.
- . y Valencia, David. (2008). *Los aztecas. Pensamiento mágico amerindio*. Bogotá: Grupo Editorial Educar.
- . y Velásquez Oliver. (2008). Caminos de a pie: visiones sobre los “saberes otros” en los márgenes de la ruta del yagé y la justicia india. En Benavides, Farid. (Editor). *La constitución de identidades subalternizadas en el discurso jurídico y literario colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- . *Del pluralismo jurídico al monolingüismo constitucional: un acercamiento al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en Colombia*. Monografía de la especialización en derecho constitucional. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Barona, Guido. y Rojas, Tulio. (2008). *Falacias del pluralismo jurídico y cultural en Colombia. Ensayo crítico*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca/Serie estudios sociales.
- Bassiouni, Cherif. (2000). *Informe final sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/2000/62 de 18 de enero de 2000)*. Comisión de Derechos Humanos 56 período de sesiones.
- Bernal, Martín. (1995). *Atenea negra. Las raíces afroasiáticas de la civilización clásica. Volumen I. La invención de la antigua Grecia*. Madrid: Crítica/Grupo Grijalbo-Mondadori.
- Bolívar, Simón. (1986). Discurso introductorio a la Constitución de Bolivia. En Romero J. y Romero L. (Comp.). *Pensamiento conservador (1815-1898)*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- . (1986). Discurso de Angostura. En Romero J. y Romero L. (Comp.). *Pensamiento conservador (1815-1898)*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Bonilla, Daniel. (2006). *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Borges, Jorge Luis. (2007). *Ficciones*. Bogotá: Obras Completas Tomo I - Emecé
- . (2007). *Otras inquisiciones*. Bogotá: Obras Completas Tomo II - Emecé.
- Borrero, Camilo. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: GTZ/CINEP.
- Burke, Peter. (2005). *Visto y no visto*. Barcelona: Crítica.
- Castro Caicedo, Germán. (1991). *Colombia amarga*. Bogotá: Circulo de Lectores.
- Castro-Gómez, Santiago. (2005). Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la “invención del otro”. En Lander, E. (Compilador). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: UNESCO - CLACSO libros.
- , Guardiola, Oscar. y Millán, Carmen. (1999). Poscolonialismo, o la crítica cultural del capitalismo tardío. En Castro-Gómez S., Guardiola O. y Millán C. (Eds). *Pensar (en) los*

intersticios: teoría y práctica de la crítica poscolonial. Bogotá: Instituto pensar - Pontificia Universidad Javeriana.

Clavero, Bartolomé. (2009). *Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas: Declaración de Naciones Unidas y Convenio de la Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en: <http://clavero.derechosindigenas.org>.

------. (2009a). *Genocidio constitucional: derechos, obligaciones, servicios*. Disponible en: <http://clavero.derechosindigenas.org>.

------. (2009b). *El valor vinculante de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. El foro permanente y el reto de impulsar la aplicación y eficacia de la declaración. Informe del seminario sobre el artículo 42 de la DDPI*. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/>.

------. (2009c). *Herencia colonial: Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en: <http://clavero.derechosindigenas.org>.

------. (2009d). *A propósito del Perú: derecho penal internacional*. Disponible en: <http://clavero.derechosindigenas.org>.

------. (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI editores.

------. (2002). *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*. Madrid: Marcial Pons historia.

------. (2000). *Ama llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

------. (1997). *Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Valladolid: Editorial Trotta.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2005). *Memorando Sobre Reparaciones*. Washington.

Comunicado del Consejo de Gobierno de la confederación de nacionalidades indígenas del Ecuador (CONAIE), por el que se apoya con un SI CRÍTICO el referéndum convocado para aprobar el proyecto de una nueva Constitución en el marco del gobierno del presidente Rafael Correa. (2008).

Comunicado del Consejo Comunal Indígena del Cauca CRIC, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca ACIN CWAB WALA KIWE y la Autoridad Económica Ambiental, frente a los proyectos de ley de aguas, forestal y de paramos que se tramitaban en la comisión quinta del senado de la república. (2005).

Constitución Política de Colombia. (1991).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2005). Sentencia C-401. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

----- (2001). Sentencia T-1127. M.P. Jaime Araujo Rentería.

----- (1999). Sentencia C-156. M.P. Martha Victoria Sachica.

----- (1997). Sentencia T-523. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

----- (1996). Sentencia T-496. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

----- (1995). Sentencia C-225. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

----- (1994). Sentencia T-254. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2007). *Caso Saramaka vs Surinam*. Sentencia.

----- (2006). *Caso Sawhoyamaya vs Paraguay*. Sentencia.

----- (2005). *Caso Yakye Axa vs Paraguay*. Sentencia.

----- (2005). *Caso Moiwana vs Surinam*. Sentencia.

----- (2004). *Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, reparaciones*.

----- (2004). *Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*. Sentencia.

----- (2001). *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua*. Sentencia.

----- (1993). *Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam, reparaciones*. Sentencia.

Cuervo, Jorge Iván. (2006). La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Pensamiento Jurídico*, 17, 117-146. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Chindoy, Miguel. (2008). Entrevista realizada al Taita ex gobernador del cabildo Kamentza del Valle de Sibundoy.
- Dávalos, Pablo. (2005). Movimientos indígenas en América Latina: El derecho a la palabra. En Dávalos, Pablo. (Compilador). *Pueblos indígenas, Estado y democracia*. Buenos Aires: CLACSO.
- Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2007).
- Decreto Reglamentario 3391. (2006). "Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 975 de 2005".
- Derrida, Jacques. (2003). *El siglo y el perdón, entrevista con Michel Wieviorka*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor/Edición digital de Derrida en castellano.
- . (2003a). *Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- . (2002). *La universidad sin condición*. Madrid: Trotta.
- . (1997). *El monolingüismo del otro o la prótesis de origen*. Buenos Aires: Manantial.
- . (1997a). *El tiempo de una tesis. Deconstrucción e implicaciones conceptuales*. Barcelona: Anthropos.
- . (1995). *Dar (el) tiempo. La moneda falsa*. Barcelona: Paidós Básica.
- . (1992). Fuerza de ley: el "fundamento místico de la autoridad". *Doxa, 11*. Madrid.
- Díaz Polanco, Héctor. (2005). Los dilemas del pluralismo. En Dávalos, Pablo. (Compilador). *Pueblos indígenas, Estado y democracia*. Buenos Aires: CLACSO.
- Douzinas, Costas. (2008). *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad de Antioquia - Legis.
- Dussel, Enrique. (2005). Europa, modernidad y eurocentrismo. En Lander, E. (Com). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: UNESCO - CLACSO libros.
- Estermann, Josef. (2008). *Si el sur fuera el norte. Chakanas interculturales entre Andes y Occidente*. Quito: Abya-Yala.
- . (2000). *Filosofía sistemática: curso integral de filosofía desde América Latina*. Quito: Abya-Yala.

- . (1998). *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya-Yala.
- FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS DE NACIONES UNIDAS. (2008). *Nota sobre el alcance del mandato contenido en el artículo 42 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el mejor modo de satisfacerlo por parte del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas*, presentado por Bartolomé Clavero, Miembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, E/C.19/2008/CRP.6 (26 de marzo de 2008).
- . (2009). *Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones (18 a 29 de mayo)*: E/C.19/2009/14).
- Foucault, Michel. (2001). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- García Amado, Juan Antonio. (2007). *Ay, Colombia*, disponible en Blogs de García Amado, 10 de noviembre.
- . (2001). Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras, *Revista de la academia colombiana de jurisprudencia*, 318, 103-119. Bogotá: Academia colombiana de jurisprudencia.
- García Calderón, Francisco. (1979). *Las democracias latinas en América. La creación de un continente*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- García Villegas, Mauricio., Jaramillo, Isabel. y Restrepo, Esteban. Estudio preliminar. En García, M., Jaramillo, I. y Restrepo, E. (Eds). *Crítica jurídica*. Bogotá: Ediciones Uniandes – Universidad Nacional de Colombia.
- Gómez, Magdalena. (2002). Derecho Indígena y Constitucionalidad. En Krotz, E. (Ed.). *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos - Universidad Autónoma Metropolitana.
- Guardiola, Oscar. y Sanín, Ricardo. (2008). El fin del fin. Estudio preliminar. En: Douzinas, C. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad de Antioquia - Legis.
- Handler, Joel. (2006). Posmodernismo, protesta y nuevos movimientos sociales. En García, M., Jaramillo, I. y Restrepo, E. (Eds). *Crítica jurídica*. Bogotá: Ediciones Uniandes – Universidad Nacional de Colombia.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. (1968). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad.

- Hibbits, Bernard. (2007). *Llegando a nuestros sentidos. Comunicación y expresión jurídica en las culturas escénicas*. (Traducción de José Luis Aramburo). Bogotá: Inédito.
- Ivern, Alberto. (2007). *Hacerlo posible. Autoorganización, proyectos compartidos y procesos de aprendizaje*. Buenos Aires: Editorial SB.
- Jacanamijoy, Víctor. (2008). *Ambi uaska, comunicado del Sinchi Taita*. Bogotá.
- (2008-2009). Entrevistas realizadas al Taita ex gobernador del cabildo Inga en Bogotá y médico tradicional de la costumbre Inga del Valle de Sibundoy.
- Jaramillo, Juan. y Rodríguez, Andrés. (2009). *Reader: Teoría Constitucional*. Bogotá: en prensa.
- Joinet, Louis. (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión (E/CN/Sub 2 /1997/20, de 2 de octubre de 1997)*. Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49 periodo de sesiones.
- Kahn, Paul. (2001). *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Yale law school – Gedisa editorial.
- Lander, Eduardo. (2005). Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. En Lander, E. (Com). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: UNESCO - CLACSO libros.
- Ley 975. (2005). “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.
- Liss, Peggy K. (1994). *Orígenes de la nacionalidad mexicana 1521-1556. La formación de una nueva sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Littlechild, Willie. y Nicolaisen Ida. (2008). *Estructuras, procedimientos y mecanismos que existen actualmente o que pueden establecerse para abordar con eficacia la situación de los derechos de los pueblos indígenas*. Documento preparado para el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, E/C.19/2008/2 (19 de diciembre de 2007).
- Locke, John. (1980). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. México: Fondo de Cultura Económica.

- López Medina, Diego. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- . (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes - Universidad Nacional.
- Macas, Luis. (2005). La necesidad política de una reconstrucción epistémica de los saberes ancestrales. En Dávalos, Pablo. (Compilador). *Pueblos indígenas, Estado y democracia*. Buenos Aires: CLACSO.
- Mariátegui, José Carlos. (1979). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Mazzoldi, Bruno. y Téllez, Freddy. (2005). *La entrevista de bolsillo. Jacques Derrida responde a Freddy Téllez y Bruno Mazzoldi*. Bogotá: Siglo del hombre editores – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar – Universidad del Cauca.
- . (2000). *Derrida desde las Indias*. Pasto: Inédito.
- . (1997). *El almuerzo al desnudo en yurupary*. Pasto: Inédito.
- McCann, Michael. (2006). Resistencia, reconstrucción y romanticismo en los estudios jurídicos. En García Villegas, Mauricio., Jaramillo, Isabel Cristina. y Restrepo, Esteban. (Compiladores). *Crítica jurídica*. Bogotá: Ediciones Uniandes – Universidad Nacional de Colombia
- Mignolo, Walter. (2005). La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad. En Lander, E. (Com). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: UNESCO - CLACSO libros.
- . (2005). Globalización, procesos civilizatorios y la reubicación de las lenguas y culturas. En Castro-Gómez S., Guardiola O. y Millán C. (Eds). *Pensar (en) los intersticios: teoría y práctica de la crítica poscolonial*. Bogotá: Instituto pensar - Pontificia Universidad Javeriana.
- Monateri, P.G. (2006). Gayo, el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En Monateri, P.G. y Samuel, G. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar – Siglo del hombre editores.

- Morales, Carlos. (2006). La invención del derecho privado moderno. Estudio preliminar. En Monateri, P.G. y Samuel, G. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar – Siglo del hombre editores.
- (2005). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. Estudio preliminar. En Bourdieu, P. y Teubner, G. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar – Siglo del hombre editores.
- Pérez, Carlota. (2008). Entrevista de Luisa Fernanda Bacca a la sabedora de la costumbre Awá y comunera del pueblo Awá–Inda Sabaleta,
- Plan estratégico binacional para el fortalecimiento cultural y natural de la ecoregión del Nudo de los Pastos. Shaquiñan el camino de los espíritus. (2007). Ipiales: Asociación de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas del nudo de los pastos.
- Rappaport, Joanne. (2005). *Cumbe renaciente. Una historia etnográfica andina*”. Bogotá: Instituto colombiano de antropología e historia ICANH.
- Reynaga, Ramiro. (1989). *Tawa Inti Suyu. 5 siglos de guerra Kheswaymara contra España*. Lima: CISA - Consejo Indio de Sud América.
- Rodríguez, César. (2008). *Juristas españoles y turismo académico sexual*, disponible en www.semana.com, blog, 19 de febrero.
- Rodríguez-Piñero, Luis. (2009). *La “implementación” de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42*. Madrid: De próxima publicación en un volumen editado por Natalia Álvarez, Daniel Oliva y Nieves Zuñiga sobre la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Salavery, José. (2007). *Instrumentos y sistemas andinos. Medición, cómputo de tiempo y lugar (pacha) en el Perú prehispánico*. Lima: Corporación financiera de desarrollo COFIDE – Fondo editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Salinas, Yamile. (2007). Reparación integral de grupos étnicos. En *Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral. Víctimas individuales y grupos étnicos*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación/Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional.

- Sánchez, Beatriz Eugenia. (2001). El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En García, M. y Santos, B. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias - Universidad Nacional de Colombia – Universidad de los Andes.
- Sánchez, Esther. (2004). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Unijus.
- , y Jaramillo, Isabel. (2000). *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Silva Herzog, Jesús. (1960). *Breve historia de la revolución mexicana. Los antecedentes y la etapa maderista, V.I.* México: Fondo de Cultura Económica.
- Smith, Carsten. (2009). *Informe a la reunión de expertos sobre le rol del Foro Permanente en la implementación del artículo 42 de la DDPI. Comentario sobre el artículo 42 como una base legal para un ‘Comité de Tratado’ de la Declaración*, presentado por Carsten Smith, Miembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, PFII/2009/EGMI/2.
- Stavenhagen, Rodolfo. y Charters, Claire. (eds). (2009). *Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rigths of Indigenous Peoples*. New Jersey, Copenhagen.
- Stavenhagen, Rodolfo. (2004). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, E/CN.4/2005/88/Add.2, (1° de Noviembre de 2004).
- Steiner, George. (1995). *Después de Babel. Aspectos del lenguaje y la traducción*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tarapués, Efrén. (2008-2009). Entrevistas realizadas al Taita ex senador de la república por el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO y sabedor de la costumbre andina del gran pueblo de los Pastos.
- Taussig, Michael. (2002). *Chamanismo, colonialismo y el hombre salvaje*. Bogotá: Norma.
- Tilly, Charles. (1992). *Coerción, capital y los estados europeos, 990-1990*. Madrid: Alianza.
- Tobar, Javier. y Gómez Herinaldy. (2004). *Perdón, violencia y disidencia*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca.

- Toledo, Víctor. (2005). Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004. ¿Las fronteras indígenas de la globalización?, en Dávalos, Pablo (compilador). *Pueblos indígenas, Estado y democracia*. Buenos Aires: CLACSO.
- Tupaz, Diego. (2008-2009). Entrevistas realizadas al compañero y líder del gran pueblo de los Pastos. ----- y Otavalo Samuel. (2007). *Kichua: el kichua en el pensamiento andino*. Bogotá: en prensa.
- Uprimny, Rodrigo. (2009). *Reader: Teoría Constitucional*. Bogotá: en prensa.
- y Saffon, María Paula. (2007). Ponencia. *Reparación integral, política humanitaria y política social*, en Plan Nacional de Desarrollo y Reparaciones. Bogotá: CODHES.
- y ----- (2006). Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica, *Pensamiento Jurídico*, 17, 9-36. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- y Fuentes, Adriana. (2005). *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia*. Bogotá: Legis.
- (2002). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas, en Moncayo, Víctor Manuel y otros. *El debate a la constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – ILSA.
- Valencia, Feliciano. (2008). *El problema de la tierra*. Entrevista realizada por la Revista Semana al Taita y líder del Consejo Regional del Cauca CRIC, disponible en www.youtube.com.
- Valencia Zea, Arturo. (1983). *Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales*. Bogotá: TEMIS.
- Vallenilla Lanz, Laureano. (1999). *Cesarismo Democrático y otros textos*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Van Boven, Theo. (1993). Informe definitivo, estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (C/CN.4/Sub2/1993/8 de 2 de julio de 1993), Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45 periodo de sesiones.

- Vidal, Roberto. (2007). *Derecho global y desplazamiento interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho contemporáneo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Villoro, Luis. (2002). Multiculturalismo y derecho. En Krotz, E. (Ed.). *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Wallerstein, Immanuel. (1999). La cultura como campo de batalla ideológico del sistema mundo moderno. En Castro-Gómez S., Guardiola O. y Millán C. (Eds). *Pensar (en) los intersticios: teoría y práctica de la crítica poscolonial*. Bogotá: Instituto pensar - Pontificia Universidad Javeriana.
- Zalaquett, José. (2008). *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl>.

