

DIVERSIDAD ÉTNICA Y DERECHOS HUMANOS

Marcela Gutiérrez Quevedo

DIVERSIDAD ÉTNICA Y DERECHOS HUMANOS¹

Marcela Gutiérrez Quevedo

Directora del Centro de Investigación en Política Criminal, coordinadora de la Cátedra UNESCO y profesora de la Cátedra de Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la misma universidad, con posgrados en Derecho Penal, Política Criminal y Derechos Humanos en la Universidad de París II y París X, respectivamente. Doctora en Derecho Público de la Universidad d'Artois, Francia.

RESUMEN:

En este artículo se busca tratar la temática de la identidad indígena y los elementos que la constituyen. El tema de la identidad indígena diferenciada ineludiblemente será relacionada con la tierra por su importancia determinante de la identidad colectiva. Es el caso de la inexequibilidad del Estatuto de desarrollo rural declarada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-175 de 2009. Mediante esta providencia la Corte enfatiza en el respeto a la identidad indígena a través de la consulta debida, previa, con buena fe y en aras de la concertación, cuando se afectan los intereses de las comunidades y, aún más, cuando se afectaría directamente las tierras ancestrales. He ahí un ejemplo de la importancia de la tutela para defender la identidad, la integridad y el derecho a la participación.

Palabras llave: Indígenas; identidad; Corte Constitucional.

ETHNIC DIVERSITY AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT:

This article seeks to address the issue

¹ Ponencia presentada en el Congreso del Consorcio Latino-Americano Programas de Pós-Graduação em Direitos Humanos, realizado entre el 18 y 21 de mayo de 2011 en Valdivia, Chile.

of indigenous identity and the elements that constitute it. The subject of a distinct indigenous identity is inevitably related to the land (soil) for their decisive role in collective identity. This is the case of the onpracticable Statute of rural development declared by the Constitutional Court Ruling C-175, 2009. By this ruling the Court emphasizes respect for indigenous identity through due consultation upon, in good faith and for the sake of consensus, when affecting the interests of the community and, even more, when directly affect ancestral lands. Here is an example of the importance of protection to defend the identity, integrity and the right to participation.

Key words: Indigenous; identity; Constitutional Court.

1. IDENTIDAD Y AUTONOMÍA

a) Existen varias nominaciones con respecto a las comunidades indígenas a nivel internacional. La OIT (1989), por su parte, habla de pueblos tribales² mientras la Asamblea General de la ONU se refiere a pueblos indígenas tanto en la decisión del Día Internacional de los pueblos indígenas como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2007)³. Dicha declaración de hecho reconoce a los pueblos indígenas -y, por supuesto, a las personas indígenas- como sujetos de derechos colectivos, resaltando la importancia del origen, de la identidad, de las tradiciones culturales y de la protección a las tierras, los territorios y los recursos;

² Según el Convenio 169 de la OIT los pueblos considerados indígenas, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el país o una región geográfica del mismo desde la época de la conquista, la colonización o desde el establecimiento de las actuales fronteras estatales, , conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas, cualquiera que sea su situación jurídica. Así mismo, el Convenio declara que la conciencia de la identidad indígena o tribal deberá ser considerada un criterio fundamental para determinar cuáles son los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio (OIT, 1989).

³ Art 33. "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos" (ONU, 2007).

carácter histórico cuya importancia ha sido también recalcada por el Grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de la ONU⁴ en la reunión informal del 16 y 17 de diciembre de 2007.

En Colombia, por su parte, las leyes agrarias y de minas hablan de comunidades, parcialidades, familias, grupos, comunidades rurales y sociales⁵; el Ministerio del Interior (División de etnias) da trascendencia al territorio ancestral cuando certifica la presencia de grupos étnicos para efectos de la titulación de tierras con base en la verificación geográfica, cartográfica y espacial; y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en sus diferentes censos, incluye diversos criterios para determinar la *pertenencia* a una comunidad indígena: bien sea la lengua, los rasgos prehispánicos, el auto-reconocimiento y, por último, la pertenencia cultural⁶.

La identidad es estar identificado con los otros. Los antropólogos, por su parte, van más

4 Se deben tener en cuenta los siguientes elementos que hacen parte de la identidad: la prioridad en el tiempo por lo que respecta a la ocupación y al uso de determinado territorio; la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión, los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; la conciencia de su propia identidad así como su reconocimiento de parte de otros grupos y de las autoridades estatales como una colectividad distinta que ha vivido una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no (Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, 2007).

5 El Decreto 2164 de 1995 del Ministerio de Agricultura, por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994, en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación o saneamiento de los resguardos indígenas en territorio nacional, considera resguardo el territorio con límites establecidos por la ley, ocupado por uno o más pueblos indígenas, con organización social propia y con títulos de propiedad colectiva, inembargable e intransferible en las parcialidades indígenas (agrupaciones de descendencia amerindia que tienen conciencia de su identidad y comparten valores, rasgos, usos y costumbres) o en territorio no determinados legalmente (Ministerio de Agricultura, 1995).

6 Según el Censo del DANE de 2005, hay 1.392.000 indígenas (es decir el 3,40% de la población total), de los cuales el 72,83% vive en los resguardos indígenas (770.633 indígenas), 27,17% en el resto de zonas rurales, no resguardo o sin información. Existen 710 resguardos titulados en 34 millones de hectáreas (29,8% del territorio nacional) y 737 reconocidos más no titulados. En relación con los censos es importante su evolución en términos de reconocimiento de la identidad cultural: A) Censo 1951: quienes hablan la lengua ancestral y viven en un sistema tribal (Reichel Dolmatoff); B) Censo 1973: el indígena es la persona perteneciente a un grupo caracterizado por rasgos culturales de origen prehispánico y con una economía de autoconsumo, ubicado en áreas previamente establecidas; C) Censo 1885: se preguntó a qué gente o grupo indígena pertenecía y el nombre del grupo en áreas indígenas predeterminadas; D) Censo 1993: se preguntó sobre la pertenencia étnica, o sea el auto reconocimiento o autodeterminación (de acuerdo a sus usos y costumbres) de la identidad determinado por la declaración de cada uno de los entrevistados. Adicionalmente se preguntó sobre la lengua indígena; y E) Censo 2005: se tuvo en cuenta el criterio cultural y fenotípico para captar la pertenencia étnica, a los indígenas se les preguntó el nombre del pueblo al que pertenecían y su identidad lingüística. Así mismo, hay que destacar, de manera positiva, la realización del censo como proceso participativo, a través de las juntas indígenas y otras dinámicas de sensibilización y socialización y, de manera negativa, las dificultades en los censos provocadas por el desplazamiento forzado a las cabeceras municipales (70 mil desplazados internos), la pobreza, la exclusión y los asesinatos, entre otros delitos (DANE, 2005).

allá, de manera acertada, y declaran que -salvo oportunismos y autoritarismos- existen elementos importantes como la subjetividad interior y exterior, la conciencia de identidad étnica, el sentimiento y la vivencia colectiva, de manera que se trata de un fenómeno complejo que demanda reflexión en cada caso.

De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse, siguiendo a la Corte Constitucional, como la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, de su propia individualidad, así como su diferenciación de otros grupos humanos y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente. La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura” entendido como el “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana”. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos.

En relación con una de las características apenas enunciadas, la lengua, anotamos que las políticas de un solo idioma⁷ excluyen a las minorías de oportunidades en puestos de

7 La Sentencia C-053 de 1999 decide que la protección de la riqueza cultural es un fin del Estado y por esta razón la Corte declara que en las regiones del país que tienen identidad lingüística propia, reconocida como oficial, se está en el derecho de exigir que un profesor no ignore el uso de la lengua local.

trabajo, escuela y debates políticos (Corte Constitucional, 1999).

Los reconocimientos internacionales y nacionales de la identidad en la diversidad son la base de la autonomía⁸ para decidir los proyectos de vida y los modelos de desarrollo. Precisamente, el Derecho al desarrollo consiste en decidir, en participar en la formulación, implementación y evaluación de planes y programas para el desarrollo nacional y regional que puedan afectar. Según Esther Sánchez la autonomía:

Es entendida como la capacidad de un grupo de darse formas de organización social, económica y política propias, poseer el derecho a designar autoridades propias, diseñar sus relaciones en virtud de sus tradiciones y sus actividades económicas, preservar su lenguaje, poseer formas de educación y salud propias. (2010)

La Corte Constitucional ha agregado el carácter dinámico de la *identidad indígena*, rechazando toda petrificación y expresando “que los indígenas están en invención permanente de identidad en relación con el mundo propio y el externo” (Sánchez, 2010, p 110). Se trata, según Sánchez de reivindicar el derecho de auto disposición, según el cual este deseo de cambio no puede ser desconocido con la excusa de que los derechos se conceden precisamente porque se trata de indígenas que conservan prácticas ancestrales (2010, p 110).

Así mismo, el criterio de pertenencia a un grupo étnico es independiente del hecho de residir en un determinado lugar (Corte Constitucional, Sentencia C-394 de 1995).

⁸ En nuestra Constitución Política está reconocida la autonomía de las entidades territoriales (art.1), la diversidad étnica y cultural (art.7), las lenguas y dialectos de los grupos indígenas (art. 10), la autodeterminación de los pueblos (art. 9) y la protección de las riquezas culturales (art.8).

Se trata del estar más o menos involucrado en su hábitat, la medida en que la cultura mayoritaria lo haya podido afectar: es decir el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria (Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996)⁹.

En el caso concreto del pueblo Wayúu del norte de Colombia (Gutiérrez, 2010), el cual se ha desplazado forzosamente y voluntariamente a través del país¹⁰, la identidad es independiente del residir o no en el territorio wayuu, se sigue siendo indígena y cada caso concreto debe ser analizado.

No obstante, el tema de la identidad diferenciada ineludiblemente tenemos que relacionarla con la tierra por su importancia determinante de la identidad colectiva. Es el caso de la inexecutable del Estatuto de desarrollo rural declarada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-175 de 2009. Mediante esta providencia la Corte enfatiza en el respeto a la identidad indígena a través de la consulta debida (previa, con buena fe y en aras de la concertación) cuando se afectan los intereses de las comunidades y, aún más, cuando se afectaría directamente las tierras ancestrales. He ahí un ejemplo de la importancia de la tutela para defender la identidad, la integridad y el derecho a la participación.

2. DERECHO A LA CULTURA, PATRIMONIO CULTURAL Y DERECHO LINGÜÍSTICO

a) El reconocimiento de los derechos

⁹ Esta sentencia aclara el concepto de fuera indígena e insiste en que el juez en cada caso debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de valores occidentales hegemónicos para así establecer si en función de los parámetros culturales el indígena sabía que cometía un acto ilícito. Si se confirma la falta de comprensión del contenido y del significado social de su conducta el juez deberá concluir que se trata de una diferencia evaluativa y no de inferioridad de las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará remitir al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades (Caso indígena Pérez).

¹⁰ Por la historia de exclusión y violencias sufridas, se da su aislamiento en algunos casos mientras en otros la movilización con el fin de protegerse de las diversas vulneraciones y amenazas.

culturales invita a materializar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, a reconocer lo multidimensional —en contraposición de la visión unidimensional del mundo- y a querer saber del otro en su historia. Y es el diálogo intercultural el que permite evitar la estigmatización negativa de lo desconocido.

A nivel internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) reconoce el respeto que merecen las culturas y las historias de las diversas comunidades y se entienden los derechos culturales como logros intelectuales de los individuos y de las culturas; es cooperación cultural; es protección de la “propiedad” frente a los daños y salvaguardia de los creadores, intérpretes y transmisores de la cultura.

Otro ejemplo, en el mismo nivel, lo proporciona la UNESCO, quien reconoció el año pasado como patrimonio de la humanidad al Palabrero Wayuu (del norte de Colombia) al conocer su manera de trabajar; es así como consideró que su manera de resolver los conflictos es edificante ya que lo hace a través de la tolerancia, la prudencia, la palabra y el silencio. Consideración que se contrapone a la creencia popular de que la cultura wayuu es una de las más violentas de Colombia; de manera que a través del conocimiento científico y reconocimiento internacional ese rótulo dejaría de existir.

b) Efectos del reconocimiento. El reconocimiento internacional, constitucional y social de los derechos culturales es de gran trascendencia para evitar la extinción de los pueblos indígenas, se trata de respetar sus filosofías, las maneras de hacer las cosas y el estilo de vida de un pueblo.

A pesar de que el Estado ha vulnerado

inmemorialmente los derechos culturales, el desarrollo de los derechos fundamentales (Teoría de los límites) exigiría más vitalidad en su desarrollo mientras frente a los otros derechos se deben estudiar -dentro del sistema jurídico- y tener en cuenta los fines constitucionales. Es así como la Corte Constitucional le ha dado vida a las diversas condiciones humanas otorgándole su justa medida, a través de la ponderación (Sentencia, ST-380 de 1993).

La Corte en esa ocasión consideró que *las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales* y manifestó que “el reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”.

Con relación a la identidad, la diversidad, el desarrollo y la cultura, la Corte Constitucional (Sentencia SU-510 de 1998), en el caso del Pueblo Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, consideró que las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales y precisó que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Los derechos fundamentales de los cuales es titular la comunidad indígena son básicamente el derecho a la subsistencia derivado de la protección constitucional a la vida, el derecho a la integridad cultural, a la diversidad étnica y cultural así como a la autonomía. De manera que el Pueblo Arhuaco tiene la posibilidad de ejercer todas las prerrogativas que dimanan de su derecho fundamental a la propiedad colectiva, las

cuales solo podrían resultar limitadas en el caso de enfrentarse a intereses o bienes constitucionales de mayor importancia¹¹.

c) Reconocer el patrimonio cultural indígena es reconocer la integralidad de los derechos¹². Según una visión holística de las realidades, lo local y los sistemas económicos de desarrollo son fundamentales para el respeto del otro en su diversidad. Es el respeto a la conciencia colectiva y a sus controles sociales que permite afirmar que no se construye cultura sin tener en cuenta los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos sociales.

Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ONU 1966) que en su artículo 15 incluye el bienestar sostenible e invita al desarrollo legislativo sobre promoción y conocimiento de la riqueza étnica, ligado al derecho a la educación, a la salud, a la expresión y a la religión. Así mismo, los informes de desarrollo humano entienden el desarrollo en clave de libertad de ser lo que se quiere ser, de libertad cultural, como parte de la ecuación: libertad para practicar su religión abiertamente, para hablar su idioma y para practicar sus costumbres como elemento de la identidad.

3. PLURALISMO JURÍDICO

a) Existe tensión al reconocer sistemas jurídicos inter-étnicos y para comprender esa

¹¹ Más tarde la Corte Constitucional (Sentencia T-349 de 2008) confirmó la prevalencia de la autonomía jurisdiccional, la diversidad e identidad étnica y cultural frente a la libertad de religión, la libertad de conciencia, la libertad de cultos y el libre desarrollo de la personalidad.

¹² El art 27 de la declaración Universal de los Derechos Humanos dice: "1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas

de que sea autora".

tensión se debe tener en cuenta el concepto de derecho y la clase de **pluralismo**. Para empezar, el derecho regula comportamientos y prácticas sociales, que sociológicamente se conoce como construcción social.

En segundo lugar, a pesar de la resistencia institucional, en Colombia se reconocen y se aceptan derechos blandos, sistemas de autorregulación y funciones delegadas a la sociedad civil; los derechos autóctonos (derecho consuetudinario indígena, derecho tribal, derecho popular, usos y costumbres) y las jurisdicciones indígenas también son reconocidas por la Constitución Política, permitiendo afirmar que el pluralismo en Colombia en principio es débil pero fuerte a nivel de la jurisprudencia y de la realidad "desconocida".

De manera que el reto es la interacción entre derecho y sociedad¹³. Aún cuando el derecho es creado por la gente -se conozca o no- (Tamanaha, 2007) y el contenido aparezca a posteriori y con bases más sólidas es importante saber cómo lo percibe la gente pues si escuchamos las necesidades de la gente descubriremos los intereses jurídicos e institucionales para abrir las opciones.

Es esa premisa, precisamente, la que guía la investigación socio-jurídica, a partir de la cual se comparan sistemas jurídicos (Gutiérrez Quevedo, 2010), llegando a encontrar, en algunos casos, sociedades sin reglas preestablecidas y sin coerción institucionalizada.

b) Los DDHH¹⁴, por su parte, deben interpretarse, de acuerdo a los principios constitucionales aplicables al caso concreto, sopesarse (Bernal, 2002) y ponerse en relación jerárquica (López & Palacios, 2011),

¹³ El derecho es parte de la sociedad, como diría Montesquieu el derecho refleja cada componente social.

¹⁴ DDHH: Derechos Humanos.

teniendo claro que cada caso es específico. Es así como se han conocido tensiones y a través de sentencias de revisión de tutela la Corte Constitucional ha dirimido la colisión entre principios y derechos fundamentales individuales y colectivos, entre monismo/pluralismo y entre lo homogéneo y lo heterogéneo en casos relacionados al tema que nos ocupa.

Soluciones cuyo entendimiento presuponen el conocimiento del análisis constitucional y del empleo de técnicas interpretativas. Para empezar, es importante en cada caso concreto extraer el sentido de los derechos fundamentales en conflicto ya que la realidad no puede ser mecánica (es lo que se conoce como positivismo axiológico, como la pretensión de corrección del derecho). También es trascendental determinar cuáles son las normas idóneas para resolver el caso concreto y con neutralidad valorativa, sabiendo que si la norma es sustancial y extremadamente injusta se debe expulsar (Radbruch, 1965) pues rompería el núcleo esencial del derecho fundamental.

Es así como, la Corte Constitucional Colombiana, en aras de respetar el concepto de “Derecho vivo”, pondera en algunos casos con el fin de respetar los principios de autodeterminación, de igualdad, de no discriminación y aclara los núcleos esenciales (relativos) de los derechos fundamentales, según el caso.

Por otra parte, la óptica interdisciplinaria (peritaje antropológico-hermenéutico jurídico constitucional) se constituye en una herramienta esencial para las autoridades judiciales que, a través de ella, logran conocer otros referentes simbólicos y contribuir en la creación de conciencia del derecho a nivel institucional y social.

c) Los órganos de justicia del Estado deben dialogar con el reconocimiento y la legitimidad del otro

Cada grupo es autónomo y ejerce su jurisdicción a través de sus autoridades. En este contexto el diálogo exige reconocimiento del otro y límites en ese reconocimiento conforme a los derechos fundamentales y a los mínimos jurídicos. Un ejemplo de ello es la decisión de la Corte Constitucional (Sentencia T-254 de 1994) en la que declara que aún cuando las autoridades indígenas gozan de un gran poder discrecional en el poder de sancionar, no se trata de un poder ilimitado pues su ejercicio debe ser razonable y no tocar valores jurídicos protegidos por el derecho constitucional:

Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor superior al principio de diversidad étnica y cultural; los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Más adelante la Corte habría de precisar los cuatro elementos de la Jurisdicción indígena (Sentencia C-139 de 1996) deteniéndose en la autonomía y en la articulación de jurisdicciones: cuáles son las autoridades judiciales, cuál es la potestad de estas para establecer normas y procedimientos propios, cómo es la sujeción de dicha jurisdicción a la ley y a la Constitución y cómo se da la coordinación legal de las jurisdicciones. Se destaca, también, que frente a un texto que declaraba a los indígenas como salvajes,

la Corte Constitucional rescata la dignidad de dichas personas y conceptúa que un estado pluralista de relaciones interculturales rechaza toda idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas.

En concordancia con lo anterior, en 1997 (Sentencia T-523 de 1997) la Corte Constitucional decide nuevamente insistir en el respeto de todas las visiones del mundo y de las construcciones jurídicas que reflejen la vida social sin imponer una concepción del mundo, no sin antes reconocer unos límites mínimos que obedecen a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre, es decir el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas. Consideraciones incluidas en la decisión del caso del fueite en la Comunidad Páez:

Produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues una figura simbólica, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En otra providencia relevante en la que la Corte Constitucional (Sentencia ST-1127 de 2001) evidencia colisión entre el debido proceso y la diversidad étnica, por un lado, aclara los elementos de la jurisdicción indígena y los límites inaceptables reconociendo la noción del debido proceso desde una perspectiva multicultural (la Corte no reconoce una norma única sino varias construcciones jurídicas, según los diferentes grupos): el proceso se desenvuelve según las reglas de cada cultura. Por otro lado, la Corte pondera el principio de la diversidad

étnica y el derecho fundamental de la vida, determinando que el peso de éste es más fuerte frente al derecho fundamental del debido proceso: “a mayor conservación de los usos y costumbres, mayor autonomía”.

Finalmente, se menciona otra decisión en la que la Corte Constitucional Colombiana reconoce nuevamente (Sentencia T-349 de 1996) la diversidad étnica y la importancia de la ponderación de derechos fundamentales en conflicto en relación con la autonomía jurisdiccional¹⁵. Y parte de la maximización de la garantía de la autonomía y de la minimización de las restricciones siempre que se salvaguarden intereses de superior jerarquía.

4. MEDIO AMBIENTE, DERECHO A LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Para hablar del derecho fundamental a la consulta es necesario tener en cuenta el factor cultural y ambiental.

a) Constitución cultural. El derecho a la consulta está reconocido nacional e internacionalmente y funciona a través del consentimiento previo, libre e informado de las autoridades representativas del grupo en cuestión. Constitucionalmente se desprende del respeto de los miembros de los pueblos indígenas; de la pervivencia del pueblo como colectividad; del reconocimiento de otros modelos económicos diferentes del modelo capitalista; del respeto del derecho a la vida colectiva y de la aceptación de que el hombre depende del entorno circundante como miembro de un sistema y de la comprensión de que cualquier afectación vulneraría su integridad. Se hace referencia

¹⁵ De nuevo la Corte recuerda los límites a la jurisdicción indígena: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura, el debido proceso y la legalidad de la pena.

a un derecho a la consulta serio y respetuoso del derecho a la cultura, al territorio y a la espiritualidad¹⁶.

Existen desarrollos legislativos dirigidos a garantizar ese derecho que fácticamente se desvanecen ante proyectos que hacen primar intereses económicos¹⁷ (legales e ilegales) o ante la corrupción de algunos poderes locales. Constan casos emblemáticos en el país en los que el derecho fundamental de consulta se incumple a través de delitos de lesa humanidad cometidos en un contexto de conflicto armado interno: desplazamiento forzado, confinamiento, masacres, asesinatos, desapariciones forzadas, cultivos ilícitos, cultivos extensivos de palma africana, explotaciones ilegales etc.

Otro ejemplo es el del Terminal Marítimo Puerto Brisa (Norte de Colombia) cuya construcción no se vio precedida de la consulta. En este caso después de que el entorno ancestral fue demolido (causando perjuicios irremediabiles) la Corte Constitucional (Sentencia T-547 de 2010) ordenó la consulta ante la constatación de que no se cumplió la consulta con las autoridades representativas y se inventaron figuras como la concertación y jornadas de información. Como consecuencia se vulneró la diversidad étnica y cultural, la participación, la autonomía y se desconoció el territorio ancestral que “es la base que sostiene los cerros de toda la Sierra, es la base del agua y de todos los animales que conocemos” (Corte Constitucional, 2010).

b) Constitución ambiental. El derecho a la consulta es un derecho fundamental en conexión con el derecho a la cultura y a la función ecológica de la propiedad.

¹⁶ Tener en cuenta los artículos 63, 68, 70, 86, 246, 286, 287, 329, 330, 332, 359 y 56 transitorio de la Constitución Política de Colombia.

¹⁷ El estatuto de desarrollo rural (T 175 de 2009), la ley forestal y el código de minas (Ley 1382 de 2010), por ejemplo, fueron demandados ante la Corte Constitucional por no cumplir con el derecho fundamental de consulta. Faltó la consulta debida a las autoridades ancestrales (indígenas y afro descendientes) y fueron proyectos indiferentes con la integridad cultural de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT.

Con relación a ese último, el derecho a un medio ambiente sano está reconocido por la Constitución pero es a la sociedad y a sus representantes a los que les corresponde darle contenido. La Corte Constitucional, por su parte, lo hizo refiriéndose a la constitución ambiental en la Sentencia T-129 de 2011, en la que amplió el derecho fundamental de la consulta de la manera siguiente: “la participación en la consulta previa debe ser antes, durante y después del proyecto que afecta a las comunidades que los habiten y hacerlas parte de las discusiones y decisiones”.

Expertos en antropología e investigadores se desplazaron para hacer una inspección y entender la cosmovisión indígena, con base en lo cual la Corte ponderó el desarrollo e interés general con el progreso de la vida colectiva (estilo de vida) como patrimonio cultural, base de la diversidad étnica y cultural. De esta manera evidenció la tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la nación precisando que la explotación de los recursos naturales debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural y que la función ecológica de la propiedad es darle “el sentido que la biodiversidad tiene para los pueblos indígenas y la protección de los conocimientos que los pueblos indígenas poseen sobre plantas medicinales, técnicas de cultivos, mejoramiento de alimentos, etc.”.

En estos casos se hace un llamado especial al Convenio 169 y a decisiones de la Corte IDH¹⁸ y de la CIDH¹⁹, como la del Caso Embera en el que se exige que el estado proteja de manera efectiva los derechos territoriales, de manera que se salvaguarde

18
19

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

el vínculo de estos pueblos con su territorio y su integridad étnica y cultural.

La consulta, entonces, es un medio para materializar la interculturalidad y para armonizar visiones encontradas frente al desarrollo y crear relaciones de comunicación y entendimiento. La idea es escuchar y negociar preservando los intereses de las diferentes comunidades involucradas y atender lo que jurisprudencialmente la Corte ha señalado: que el proceso de consulta debe ser participativo y de no confrontación; tener en cuenta que la afectación no solo es para las comunidades sino para el país, que las decisiones competen a cada comunidad pues ellas saben cuáles son las prioridades que atañen a su proceso de desarrollo; las relaciones de comunicación deben basarse en principios de buena fe, debe existir conocimiento pleno, que la comunidad sea enterada e ilustrada de la manera de la ejecución y que su participación sea libre e informada sin interferencias extren el marco de sus costumbres y tradiciones, sin que la misma pueda tenerse por cumplida con la realización de simples trámites administrativos en los cuales las comunidades afectadas no hayan tenido oportunidad de pronunciarse a fondo frente a los proyectos que afectan su territorio ancestral; debe tener en cuenta las características de la comunidad y se debe definir el procedimiento de pre-consulta y consulta con la comunidad.

RECOMENDACIONES

Con el fin de contribuir en la conceptualización y problematización del concepto de identidad indígena de acuerdo, no a lo formal ni a lo residual de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, a la realidad concreta se propone, como método de trabajo, relativizar y recrear el concepto

a través de las siguientes preguntas:

- ¿Cómo está construido el idioma indígena?
- ¿Hablar el español incide en los elementos esenciales de la identidad indígena?
- ¿Cuáles son los elementos estructurales (esenciales-naturales) y accidentales del concepto de identidad indígena?
- ¿Qué piensan las autoridades sin caer en autoritarismos?
- ¿Las autoridades indígenas en Colombia pueden certificar la pertenencia de los indígenas a los pueblos? ¿Con base en que criterios?
- ¿Qué dice la comunidad sobre quien es indígena y qué es una comunidad indígena?;
- ¿De qué comunidad estamos hablando y en qué contexto?
- ¿Basta la pertenencia al grupo?; ¿Es compartir el *ethos* de la comunidad?
- ¿Existe solidaridad de grupo?
- ¿Las diferencias culturales de hoy (instituciones, mundo espiritual...) tienen un pasado común?; ¿Cómo son vistos los pueblos indígenas por los otros pueblos y grupos sociales?
- ¿La identidad individual está unida a la identidad colectiva y a sus referentes culturales?
- ¿Se necesita el auto reconocimiento para pertenecer a un grupo?¿Cómo se construyen las identidades colectivas?
- ¿Qué queremos preservar?; ¿Existe autonomía si hay libertad cultural? ¿Cuáles son los fines de la autonomía? ¿Hay límites a la libertad de religión?
- ¿La ponderación pone límites a la racionalidad, tales como la ideología?
- ¿Hay instituciones permanentes? ¿Cuáles son las creencias y la organización social, política y económica que determine el sistema jurídico? ¿Dónde se aplica? ¿Quien apoya ese sistema? ¿Cuáles son los poderes transversales?

¿Qué es el derecho (formal y sustancial), cual es la función y sus metas?; Según la sociedad ¿el derecho es control social? ¿Es cohesión? ¿Se debe difundir? ¿Las metas son de eficacia y legitimidad? ¿Resuelve los conflictos? ¿Crea el orden?

¿Para que el derecho fundamental a la consulta se materialice se necesita voluntad política local y regional?

LISTA DE REFERENCIAS

Bernal Pulido, C. (2002). *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional Colombiana. (1993). Sentencia ST-380 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana. (1994). Sentencia T-254 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana. (1995). Sentencia C-394 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional Colombiana. (1996). Sentencia T-349 de 1996.

Corte Constitucional Colombiana. (1996). Sentencia C-139 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Colombiana. (1996).

Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Colombiana. (1997). Sentencia T-523 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Colombiana. (1998). Sentencia SU-510 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana. (1999). Sentencia C-053 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana. (2001). Sentencia ST-1127 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional Colombiana. (2008). Sentencia T-349 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Colombiana. (2009). Sentencia C-175 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional Colombiana. (2011). Sentencia T-129 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional Colombiana. (2010). Sentencia T-547 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2005). *Censo 2005*. Recuperado el 15 de mayo de 2011, de

http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/

Derrida, J. (s. f.). *La Universidad*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2007, diciembre). Reunión informal. Documentación. Recuperado el 24 de junio de 2011, de <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/groups/groups-01.htm>

Gutiérrez Quevedo, M. (2010). *Les Wayuu, l'Etat de droit et le pluralisme juridique en Colombie* (Tesis doctoral). Artois, France: Université d'Artois. Ministerio de Agricultura. (1995, 7 de diciembre). Decreto 2164 de 1995. Recuperado el 2 de febrero de 2011, de http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1995/diciembre/07/dec2164071995.pdf López, C. & Palacios, A. (2011, abril-mayo). Argumentación e interpretación jurídica. En Cátedra Unesco (Organización), Seminario de análisis de documentos 2011. Evento llevado a cabo en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado el 15 de mayo de 2011, de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Organización de las Naciones Unidas [ONU], Asamblea General. (2007, 13 de septiembre). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Recuperado el 10 de mayo de 2011, de <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Recuperado el 12 de mayo de 2011, de <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

Radbruch, G. (1965). *Introducción a la filosofía del derecho*. Mexico: Fondo de cultura económica.

Sánchez, E. (2010). *El peritaje antropológico, justicia en clave cultural*. Bogota: GTZ.

Tamanaha, B. Z. (2007). La insensatez del concepto "científico social" del pluralismo jurídico. En S. Engle Merry, & J. Griffiths, *Pluralismo jurídico* (pág. 274). Bogota: Siglo del Hombre Editores.