

DERECHOS HUMANOS EN UNA REPÚBLICA MULTICULTURAL

LA SUPERVIVENCIA CULTURAL DE LO DIFERENTE

LUIS CARLOS SOTELO*

I. De las Repúblicas Monoculturales (1820-1991) a la República Multicultural (1991-)

1. De la Independencia a 1991

La necesidad de reconocer derechos humanos para los pueblos tribales e indígenas del continente americano no es nueva. Desde prácticamente los primeros contactos con los invasores europeos, grandes humanistas¹ y expertos del derecho internacional del momento se esforzaron por encontrar argumentos y justificaciones para imponerle límites morales, políticos y jurídicos a las conductas de los colonizadores. Su objetivo principal consistió en convencer a las autoridades políticas y administrativas de los gobiernos coloniales de que los indígenas eran tan humanos como los españoles, razón por la cual al menos sus vidas merecían el respeto mínimo que ya se reconocían para las vidas europeas. Gracias a su empeño, a la claridad de sus ideas y al fuerte compromiso humanitario que sentían, fueron varias las instituciones y los mecanismos que lograron diseñar: los resguardos, "los protectores de indios", las

exenciones tributarias y de otros deberes como el servicio militar, etc. Sin embargo, los daños causados por los procesos de colonización a los cuerpos y a las mentes de esas culturas fueron devastadores y bien conocidos.

Una vez conquistada la independencia de los territorios que posteriormente se convirtieron en los países americanos, nuevos defensores de la causa indígena continuaron la lucha por salvar de abusos inhumanos a los sobrevivientes del magnicidio. Valga como ejemplo el temprano decreto del Libertador y Presidente de Colombia, Don Simón Bolívar, quien en mayo de 1820 ordenó la devolución "a los naturales, como propietarios legítimos todas las tierras que formaban los resguardos, según sus títulos, cualquiera que sea el que aleguen para poseerlas los actuales tenedores"². La filosofía política que amparaba ese acto del Libertador quedó consignada en el punto quince (15) del mismo decreto, así: "Los naturales como todos los demás hombres libres de la República, pueden ir y venir con sus pasaportes, comerciar sus frutos y efectos, llevarlos al mercado o ferias que quieran, y ejercer su industria y talentos libremente,

* Profesor Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Trabajo elaborado por encargo del Programa Indígena. -Programa Mundial de Alimentos PNUD - Red de Solidaridad.

1. Ver Beuchot, Mauricio. *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Bogotá, 1994.

2. Decreto de 1820, en: Presidencia de la República, Fuero Indígena Colombiano, Bogotá, 1990, págs. 11 y ss. negrillas fuera de texto.

del modo que ellos elijan sin que se les impida³. Se trataba de la filosofía liberal que considera a la *república constitucional y de democracia representativa* como la forma más justa de organización política, y que tiene como eje el postulado de que cada habitante del territorio es *libre e igual* ante la ley. De ahí que en la Ley de 1821, el Congreso General de Colombia declarara en su artículo Primero que "Ellos (los indígenas) quedan en todo iguales a los demás ciudadanos y se regirán por las mismas leyes"⁴. Se fundó de esa manera una república concebida como monocultural y los derechos humanos que protegían a cualquier ciudadano eran también aplicables para la defensa de los intereses indígenas.

Pero estas buenas intenciones padecían de un problema. La filosofía política de la república democrática y constitucional no reconocía a las *culturas y a las identidades étnicas* de los pueblos indígenas como valiosas y dignas de garantía constitucional ni legal. Sus premisas éticas de libertad e igualdad encerraban una paradoja: si todos los ciudadanos, individualmente considerados, habían de ser vistos como libres e iguales ante la ley, nada justificaba que los ciudadanos o los pueblos indígenas fueran tratados de manera distinta, por el hecho de su identidad indígena. Según esa filosofía, nada justificaba que los pueblos indígenas tuvieran un trato diferenciado ni una consideración privilegiada como pueblos distintos al pueblo general de colombianos. Es por eso que, a pesar de que en el Decreto de 18 de septiembre de 1824, el Gobierno del General Santander reconoció que los pueblos indígenas que habitaban el territorio constituían *naciones de indios*, es decir, *pueblos* en el sentido que registraba y que registra actualmente el

derecho internacional, en el mismo decreto, Santander insistió en la urgencia de equiparar a los indígenas culturalmente con el resto de ciudadanos colombianos, y estipuló su *reducción*, para que, "abandonando su vida errante, se sujetasen a poblado para irles civilizando poco a poco"⁵. En su proyecto igualitario, la política de construcción de la nación se concentró entonces en homogeneizar cultural y políticamente a todos sus habitantes, hecho que me permite afirmar, que la política de derechos humanos que se adoptó respecto a pueblos indígenas en el marco de las repúblicas monoculturales colombianas (1820-1991) era bastante similar a la política colonial británica inspirada por la filosofía integracionista. Ejemplo clásico de esa filosofía está consignado en los textos de Herman Merivale (1806-1874), lector de conferencias sobre colonización y colonias en Oxford⁷. Merivale se convirtió en un ardiente defensor de la tesis de que los pueblos nativos de las colonias debían ser rápidamente "amalgamadas o integradas" a la civilización de ciudadanos occidentales. En ese orden de ideas, los pueblos nativos debían ser aculturizados para que poco a poco fueran integrándose al curso normal del desarrollo del país. Recibirían a cambio las mismas garantías civiles que recibía cualquier ciudadano, es decir, los derechos humanos de estirpe liberal. Merivale veía a las tribus indígenas como "débiles sobre-

3. Idem., pág. 12.

4. Idem., pág. 13.

5. Ver Jackson, Jean E. *El concepto de "Nación indígena": Algunos ejemplos en las Américas*. En: La Construcción de las Américas. Memorias del V Congreso de Antropología en Colombia. Universidad de los Andes. Bogotá, 1992.

6. Decreto de 18 de septiembre de 1824, en: Presidencia de la República, *Fuero Indígena Colombiano*, Bogotá, 1990, págs. 17 y ss.

7. Merivale, Herman. *Policy of Colonial Governments Towards Native Tribes, as Regards Their Protection and Their Civilization*. En: Bodley H., John (Ed.). *Tribal Peoples and Development Issues. A Global Overview*. USA, 1983.

vivientes de un mundo obsoleto⁸ que debían ser "protegidas y civilizadas".

Pues "protección" y "civilización" fueron igualmente las premisas que alentaron la política de los derechos humanos de los ciudadanos indígenas durante las repúblicas monoculturales colombianas. En desarrollo de esas premisas se expidieron numerosas normas especiales para indígenas, de las cuales debe destacarse la Ley 89 de 1890, "Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada". Esta fue la última ley que reguló de manera macro las relaciones⁹ entre el Estado y los pueblos indígenas de Colombia antes de la expedición en 1991 de la Constitución vigente, con la cual se inauguró una nueva fase que denomino fase de reconocimiento cultural. La Ley 89 de 1890 aceptó la vida comunitaria y la titulación colectiva de tierras en cabeza de los pueblos indígenas como elementos de una fase temporal, que debía ser superada mediante la actividad de los misioneros católicos, que la misma ley ordenó. Se buscaba de esa manera socavar las convicciones más sagradas de los indígenas, para así forzarlos a aceptar el estilo de vida del resto de ciudadanos colombianos.

2. La Constitución de 1991 y sus tensiones

La expedición en 1991 de una nueva Carta Política, entendida por muchos¹⁰ como una especie

de tratado de paz entre varios sectores de la sociedad, marcó sin duda el nacimiento de una nueva fase en las relaciones entre todas las minorías étnicas, no sólo los indígenas, y el Estado colombiano¹¹. Más adelante me referiré a las sentencias de la Corte sobre este asunto. Me limitaré en este punto a señalar tres principios que fueron consignados por primera vez en la historia constitucional colombiana y que marcan el rompimiento radical con la anterior etapa de reducción. Señalaré así mismo que esos nuevos principios generan tensiones interpretativas dentro del esquema de principios y derechos de la Carta.

En primer lugar, está el principio del reconocimiento y de la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7 Const.). En segundo lugar, el reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70 *ibídem*). Por último, está el principio de la autonomía normativa y judicial consignado en el art. 246 de la Constitución en los siguientes términos: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, *de conformidad con sus propias normas y procedimientos*, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República" (cursivas fuera de texto).

La nueva filosofía política que inspira estas normas corrige y amplía la filosofía liberal con la que fue fundada la república¹². Los miembros de las

8. "Feeble survivors of an obsolete world", *Idem.*, pág. 95.
9. Para una mirada a las fisas de la legislación indígena de Colombia, ver la introducción de Roque Roldán Ortega en: Presidencia de la República, *Fuerza Indígena Colombiana*, Bogotá, 1990.
10. Ver por ejemplo Cepeda, Manuel José. *Constitutional Reforms a General Peace Treaty: The Colombian Case. (Reforma Constitucional como un Tratado General de Paz. El caso colombiano)*. En: Bachler, Günther. *Federalism against Ethnicity?* Zurich, 1997.

11. La sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz declara la inexecutable de los artículos de la Ley 89 de 1890 que trataban a los indígenas como "salvajes" y que ordenaban su "reducción".
12. Para una exposición teórica de la nueva filosofía multicultural aplicada a la organización política ver p. ej.: Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós 1996; Tully, James. *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, 1995; Raz, J. *Multicul-*

distintas comunidades indígenas de Colombia ya no son sólo vistos como ciudadanos colombianos cuyas vidas merecen protección sino que además son reconocidos como ciudadanos y pueblos *diferentes culturalmente* al resto de colombianos. Sus culturas ya no son valoradas como "obsoletas" o como "no civilizadas", sino como de igual dignidad y valor que las del resto de colombianos. Las implicaciones de este cambio en la filosofía política para los derechos humanos de los pueblos indígenas son de trascendental importancia y son el resultado de una larga lucha política y, en ocasiones, armada¹³.

En una república multicultural, además de los derechos humanos básicos a los que tiene derecho todo ciudadano de una república democrática (vida, integridad corporal, igualdad ante la ley, intimidad y buen nombre, información, privacidad, honra, libre desarrollo de la personalidad, libertad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de expresión, petición, libertad de locomoción, libertad de profesión y oficio, educación, salud, debido proceso, presunción de inocencia, habeas corpus, prohibición de ser sometido a esclavitud, prohibición de destierro, prohibición de desaparición forzada, a torturas, a trato crueles, inhumanos o degradantes, asociación, derechos políticos), los pueblos indígenas y sus integrantes tienen derechos colectivos que buscan garantizar su existencia como cultura diferente a la del resto de ciudadanos. Este paso de reconocer la titularidad

turalismo: Los Límites de la Perspectiva Liberal. Ponencia para el Seminario Internacional de Filosofía Política "Liberalismo, Multiculturalismo y Derechos Diferenciados", Universidad de Antioquia, Medellín (Colombia), mayo de 1997.

13. Para los antecedentes de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas ver Caicedo, Luis Javier. *Derechos y Deberes de los Pueblos Indígenas*. Editorial San Pablo, Bogotá, 1996, págs. 90 y ss.

colectiva, no ya meramente individual de derechos humanos se registra como un logro decisivo dentro de la historia de la resistencia de los pueblos indígenas de América. La clásica función de los derechos humanos había sido la de definir la relación del individuo con el Estado¹⁴, y todos los individuos eran asumidos como homogéneos culturalmente. Esta relación, iluminada por la filosofía clásica liberal del S.XIX, era recogida por el derecho público en el concepto de *libertad negativa*. Según ese concepto, los derechos humanos atendían en primer lugar la función de garantizar a cada individuo miembro de la comunidad política ámbitos privados en los que el Estado no pudiera intervenir. Las libertades civiles y la propiedad privada eran, según esa visión, ámbitos sagrados para el individuo, en los cuales la comunidad no podía ejercer autoridad. Posteriormente, y atendiendo a las críticas socialistas, los Estados fueron reconociendo la posibilidad de que hubiera derechos humanos con una función positiva, es decir, con la tarea de obligar a los Estados a crear condiciones reales para que el individuo pudiera ejercer sus libertades básicas. Para Georg Jellinek, el ejemplo más representativo de este tipo de derechos humanos era el derecho a la protección jurídica, pero no era el único. Se contaban allí los llamados derechos sociales, económicos y culturales como el de la educación, el de la salud o el del trabajo. Sin embargo, dos elementos comunes tanto a los derechos de *status* negativo como a los derechos de *status* positivo, son el que, por un lado, los únicos legitimados para ejercerlos y hacerlos valer judicialmente son los individuos, nunca las colectividades, y por el otro, el hecho de que por definición, tanto los unos como los otros se consideran como válidos universalmente, es decir, vinculantes para todos y

14. Ver al respecto Jellinek, Georg. *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, 1919.

cada uno de los seres humanos sin excepción. Con la positivización en la Constitución de 1991 de derechos humanos específicos para pueblos indígenas se introduce una innovación grande en la concepción de los mismos, pero al mismo tiempo se generan grandes tensiones teóricas y prácticas¹⁵, a saber:

Si el principio de igualdad exige que todas las personas sean tratadas por la ley de igual manera y que, por lo tanto, todos los derechos humanos sean igualmente aplicados a unos y a otros, ¿cómo es posible que la Constitución trate de manera diferente a los pueblos indígenas otorgándoles "derechos humanos" exclusivos para ellos?

1. ¿Hasta dónde pueden llegar los derechos propios de las comunidades indígenas? ¿Debe el Estado multicultural tolerar toda clase de decisiones autónomas de las comunidades indígenas, incluso aquellas que vulneren derechos individuales de sus miembros o que se opongan a intereses de la mayoría numérica de colombianos?

2. ¿Qué mecanismos políticos y jurídicos son más adecuados y más legítimos para garantizar que las decisiones externas que afecten a las comunidades indígenas no vulneren sus derechos humanos fundamentales a la autodeterminación, a la existencia y a la integridad cultural?

3. ¿Cómo armonizar la política de globalizar los derechos humanos individuales e "inalienables de la persona" (art. 5 Constitución) con la de reconocer la

fragmentación cultural a la nación, fragmentación representada en los derechos diferenciados?

Más adelante profundizaremos en estas preguntas. Baste por ahora con afirmar que la introducción de la dimensión multicultural en la Constitución genera tensiones que deberán ser resueltas a la hora de interpretar la Constitución para cada caso concreto. Es una discusión que desde luego no ha sido resuelta, y en la que se perfilan dos posiciones:

Una, la que propone maximizar la autonomía de los pueblos indígenas y otra, la que propone minimizarla, justificando paralelamente la prevalencia de los derechos humanos individuales y de la soberanía del poder central sobre cualquier complejo de normas propias y de autonomías territoriales. La primera es la posición de las comunidades indígenas y de sus defensores, la segunda es la posición de las personas más afiliadas a la tradición liberal decimonónica. Los momentos en los que con mayor claridad aparece esta diferencia de opiniones, son aquellos en los que están en juego las operaciones de seguridad del Estado¹⁶ o aquellos en los que un proyecto de desarrollo económico, como lo son los de explotación de recursos minerales, choca con intereses indígenas. En esos momentos, los derechos de las comunidades indígenas entran en choque con los intereses estratégicos y económicos de los gobiernos y de las empresas, especialmente de las empresas multinacionales, quienes alegan los derechos individuales al trabajo, a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la libertad económica, entre otros. Durante estos procesos, indíge-

15. Ver Ocampo, Gloria Isabel. *Diversidad Étnica, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Indígena*. Ponencia para el Seminario Internacional de Filosofía Política "Liberalismo, Multiculturalismo y Derechos Diferenciados", Universidad de Antioquia, Medellín (Colombia), mayo de 1997.

16. Ver como ejemplo la sentencia T-405/93, M.P. Hernando Herrera Vergara, en la que se reconoce que, en ejercicio de su deber de garantizar el orden público y la seguridad nacional, el Estado puede construir instalaciones militares incluso en lugares sagrados indígenas.

nas miembros de las comunidades en cuestión entran, voluntaria o forzosamente, en el dilema de si apoyan proyectos que les implicarían sin duda una sustancial mejora económica para ellos y para sus familias inmediatas, o si resisten y apoyan más bien la sobrevivencia de su pueblo como cultura diferenciada, no activa dentro de la sociedad de consumo y capitalista.

II. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas como Política de Estado

A pesar de la positivización en varias constituciones americanas de algunos derechos humanos de los pueblos indígenas, así como de los actuales esfuerzos al interior de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos por expedir una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas y una Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁷, respectivamente, debe recordarse que aún, y quizás en mayor medida que los derechos universales-individuales del hombre, la efectividad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas depende en alto grado del nivel de consciencia y de decisión política que los respalde. Serán reconocidos como derechos en la medida en que un proceso político los logre ubicar a tal nivel. El esfuerzo por diseñar y por poner en acción una política de derechos humanos tiene sentido al interior de una sociedad que haya desechado el camino de los enfrentamientos violentos para la solución de sus conflictos. Valgan como ejemplo las experiencias de México y de Guatemala. A pesar de que el 60% de la

población de Guatemala es indígena, no contaba con normas constitucionales ni legales que reconocieran el carácter multiétnico de la nación, ni que reconocieran derechos humanos específicos de los pueblos indígenas. Fue así como la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (U.R.N.G.) firmó en 1995 un acuerdo de paz con el gobierno de Guatemala en el que incluyó extensos puntos sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas. Lo mismo ocurrió en los acuerdos que suscribieron el gobierno federal mexicano con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1996¹⁸. La falta de consciencia y de decisión política de los gobiernos de Guatemala y de México legitimó una lucha armada que, gracias a la adopción de los principios relativos a identidad cultural y a multiculturalidad de la nación como políticas de Estado, pudo ser superada¹⁹.

Sin embargo, el hecho de que un Estado consagre en su Constitución o en sus leyes un catálogo de derechos humanos para pueblos indígenas no es garantía suficiente de que esos derechos se vayan efectivamente a cumplir. El catálogo de derechos y sus correspondientes mecanismos judiciales de defensa deben hacer parte de toda una *política de derechos humanos* de carácter permanente que los estados deben estar dispuestos a implementar²⁰. Visto así el tema de los derechos humanos, como parte integrante

17. Ver Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, abril 1994, y Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA, Sep. 1985. En: Revista América Indígena. Vol. XVIII, Números 3-4, Jul. dic. 1996.

18. Ver ambos acuerdos en: Revista América Indígena. Vol. LVIII, Números 3-4, Jul. dic. 1996, México, 1996.

19. En Colombia ocurrió algo similar. La inclusión en la Asamblea Constituyente de 1991 de cuatro grupos guerrilleros desmovilizados, entre ellos el grupo indígena Quintín Lame, contribuyó en alto grado a la inclusión de principios como el del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación.

20. Con motivo de los 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Universales del Hombre por parte de las Naciones Unidas, en su último informe anual, Amnistía Internacional afirma que los derechos humanos son leira

de una *política de Estado*, y no solamente como una consigna de momento, deben aceptarse las siguientes conclusiones:

1. Los derechos humanos de los pueblos indígenas que tengan rango de *principio y/o de derecho constitucional* son la expresión fundamental de esa política de Estado y determinan la estructura organizativa del mismo (ver punto tres).

2. En la medida en que el interés y la necesidad de los pueblos indígenas de Colombia por sobrevivir como culturas diferentes son *una política de todo el Estado colombiano* consignada en la Constitución, su defensa no puede entenderse como la defensa de un interés particular de las comunidades indígenas, sino como la defensa de un interés general de la Nación colombiana. De la misma manera como el asesinato o el secuestro de un individuo concreto no solamente lo afectan a él y a su familia sino que además afectan el interés de todos los colombianos por gozar de un ambiente social seguro, tranquilo y digno, la extinción de un pueblo indígena y de sus aportes culturales no solamente afecta a esa comunidad concreta sino que también es un factor generador de conflicto interno y empobrece la riqueza cultural de toda la Nación colombiana.

Ejemplo: El derecho y el interés constitucionalmente legítimo de una parte de la población colombiana por construir una carretera que los comunique con el resto del país debe ceder ante el derecho de la comunidad indígena que habita el territorio por el cual pasaría dicha carretera, siempre que esa construcción o el desplazamiento físico al que se verían sometidos los indígenas amenacen la integridad cultural de la

muerta en 141 países y acusa al gobierno colombiano de "negligencia criminal". Ver periódico El Tiempo, 18.06.1998, pág. 14A.

comunidad indígena²¹. En este caso, el interés de la comunidad indígena por sobrevivir como cultura no es visto como un interés particular, sino como un interés general de mayor rango que el interés general de desarrollar infraestructura vial en esa parte del territorio colombiano.

3. Como lo demuestra el anterior ejemplo, es deber de la Corte Constitucional, entidad competente dentro de la estructura organizativa del Estado para emitir la última palabra respecto a la interpretación de la Constitución, pronunciarse acerca de la relación de jerarquía y de prioridad en la que, en cada caso concreto, se encuentran los principios y derechos relativos a Pueblos Indígenas con respecto a los otros principios y derechos constitucionales. Debe pronunciarse, por ejemplo, acerca de la manera en que deben armonizarse el principio del respeto y de la promoción a la identidad cultural con el principio constitucional de que los recursos del subsuelo pertenecen a la Nación²². Debe en general, a través de los casos que vayan siendo sometidos a su estudio, *ponderar* los intereses, los bienes jurídicos y los principios normativos que están en juego y proponer una categorización de los mismos. En últimas se trata de encontrar un equilibrio entre las distintas políticas de Estado para que las unas no anulen a las otras, para que por ejemplo la política de desarrollo económico no intervenga de manera arbitraria y desmedida en la política de derechos humanos de los pueblos indígenas²³.

21. Esa fue la valiosa tesis de la sentencia de tutela T-428 de 1992, planteada por el Magistrado Ciro Angarita Barón (q.e.p.d.).

22. Ver al respecto la sentencia de tutela expedida por la Sala Plena, SU-039 de 1997.

23. Ver sentencia de tutela T-380/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, pág. 11, en la que se plantea la tensión entre "razón económica" y "razón cultural".

Ejemplo: el Estado colombiano dio mayor importancia a la construcción de una hidroeléctrica en el Departamento de Córdoba que a la protección de la integridad cultural de la comunidad emberá katio, quienes habitaban esa zona. Los impactos ambientales y socio-culturales están amenazando de manera grave con afectar la existencia de esa cultura²⁴.

Es muy importante no leer de manera descuidada la directiva sentada por la Corte Constitucional respecto a la "justicia del caso concreto". La ponderación de principios y de políticas de Estado no puede obedecer a una directriz general emanada del Congreso ni mucho menos del Ejecutivo. Debe obedecer a la utilización de las técnicas de hermenéutica constitucional aplicadas a cada caso. Dice la Corte:

"La sopesación de los principios de diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales, conforme a la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela...

24. Tal cosa puede ocurrir cuando por ejemplo el Estado, con el aval incluso del Ministerio del Medio Ambiente, autoriza la ejecución de megaproyectos como el de la construcción de la hidroeléctrica de Urrá, en el Departamento de Córdoba, con impactos nefastos sobre la integridad de la comunidad indígena emberá katio. Ver periódico *El Tiempo*, 15.06.1998, pág. 1C.

El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la "justicia del caso concreto" de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto²⁵.

4. Para el ejercicio de esa función, y debido a que se trata de la interpretación de una *política* de Estado, es deseable que la Corte consulte y armonice todos los intereses en juego. En otras palabras, para que sus decisiones gocen de mayor legitimidad política, es deseable que sean el resultado de un proceso democrático y participativo de discusión, es decir, que no sean la imposición de una visión centralista y abstracta de lo que "lo justo" ordena, sino que permitan que las visiones locales de "lo justo" encuentren eco. Para ese efecto, la Constitución y la ley prevén básicamente dos procedimientos:

a) Intervención ciudadana: Cualquier ciudadano puede intervenir como impugnador o como defensor de las normas sometidas al control de la Corte Constitucional en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. (Art. 242 C.N.) De acuerdo con esta norma, cuando a la Corte llegue por ejemplo un tratado internacional o una ley aprobatoria, una ley estatutaria o una demanda de inconstitucionalidad contra un decreto legislativo, cualquier ciudadano, y por lo mismo cualquier indígena puede presentar un escrito en el que haga manifiestos los aspectos en los cuales

25. Ver C-139/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz, punto 6.2.2.

esa decisión afectaría sus derechos constitucionalmente protegidos.

b) Audiencia pública: Los magistrados de la Corte Constitucional pueden citar a audiencia a personas que con sus testimonios ayuden a esclarecer un punto concreto de naturaleza constitucional (art. 12 D.L. 2067 de 1991).

5. No obstante ese proceso político y democrático al que la Corte debe someter sus decisiones en torno a la interpretación de la política de derechos humanos de los pueblos indígenas, como órgano judicial que es²⁶, y en la medida en que esté garantizando la efectividad de derechos colectivos indígenas que ella misma haya reconocido como fundamentales, debe someter sus análisis a unas pautas mínimas dictadas por la dogmática jurídico-constitucional y, en especial, por las teorías acerca de la interpretación constitucional.

Las dos pautas más importantes a este respecto son las que la jurisprudencia de la Corte, adoptando criterios de la teoría constitucional alemana, ha venido a llamar a) *principio de proporcionalidad*²⁷ y b) *teoría del núcleo esencial*. Aplicando estos dos principios al tema concreto de los derechos humanos de los pueblos indígenas se tiene que, siempre que una autoridad pública adopte una medida que restrinja o amenace el derecho de algún pueblo indígena a su integridad cultural, la Corte debe analizar si la restricción en estudio respeta el principio de proporcionalidad y debe preguntarse si esa limitación no afecta el núcleo esencial del derecho fundamental del pueblo indígena, por ejemplo el derecho fundamental a la integridad cultural.

lidad y debe preguntarse si esa limitación no afecta el núcleo esencial del derecho fundamental del pueblo indígena, por ejemplo el derecho fundamental a la integridad cultural.

a) *Principio de Proporcionalidad*²⁸.

Para el análisis del respeto al principio de proporcionalidad, la Corte debe realizar las siguientes preguntas: 1. ¿es el objetivo perseguido por la autoridad pública al limitar el derecho a la integridad del pueblo indígena un *objetivo legítimo* a la luz de la Constitución? 2. ¿Es el medio escogido por la autoridad pública para la consecución de ese objetivo un *medio adecuado*?, y 3. ¿Es el medio escogido por la autoridad pública para la consecución de ese objetivo un *medio necesario*?

La pregunta por la legitimidad del objetivo y para la escogencia de los medios vale tanto para el Congreso como para la Administración Pública. La diferencia radica en que el Congreso, como órgano político de decisión, es más libre para la escogencia de los objetivos y de los medios de sus decisiones. Sólo está limitado por las restricciones que le impone la Constitución, especialmente en cuanto a la invulnerabilidad de los derechos fundamentales. La Administración, como órgano ejecutor de las leyes, está mucho más limitado que el Congreso para la escogencia de fines y de medios. Ahora, hay casos en los que la Constitución le impone unos objetivos al Congreso.

26. Este tema de los derechos humanos de los pueblos indígenas pone una vez más en evidencia que la Corte Constitucional es una entidad cuya naturaleza se debate entre lo político y lo jurídico. Ver al respecto Cepeda, Manuel José. *Derecho, Política y Control Constitucional*. Uniaandes. Bogotá, 1986.

27. Ver sentencias T-403/92, T-422/92 (M. P. Edmundo Cifuentes Muñoz) y U-089/95 (M. P. Jorge Arango Mejía).

28. La Corte no ha aplicado lamentablemente ese test de proporcionalidad a ningún caso concreto referido a pueblos indígenas. Sólo lo ha enunciado en la SU-039/97, así: "Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena" (fundamento 3.3 c).

Ejemplo: El Art. 246 de la Constitución impone al Congreso la tarea de establecer las formas de coordinación entre las jurisdicciones especiales indígenas y el sistema judicial nacional. El Congreso es libre para escoger los caminos que permitan hacer efectiva ese objetivo pero no podría escoger unas vías que anularan del todo la autonomía judicial indígena.

La legitimidad del objetivo y de los medios es de naturaleza constitucional. En otras palabras, tanto los objetivos como los medios que afecten un derecho colectivo indígena de rango constitucional deben ajustarse a las directrices normativas y valorativas de la Constitución.

El principio de la adecuación del medio elegido como parte del test de proporcionalidad pregunta si el medio escogido efectivamente va a conducir a la consecución del objetivo propuesto. Se trata de una pregunta empírica. Si por ejemplo, el objetivo es el de que el Departamento del Córdoba esté en capacidad de generar más energía eléctrica, la pregunta de la adecuación indaga si la construcción de una hidroeléctrica (el medio elegido) sí va a conducir a la generación de energía.

Finalmente, la pregunta por la necesidad del medio, dentro del test de proporcionalidad, desea verificar si el medio escogido y adecuado para la consecución del objetivo, es la única y mejor alternativa o si por el contrario, el Estado podría escoger otros medios que tuvieran un impacto menos grave para el derecho humano colectivo del pueblo indígena en cuestión. En el ejemplo de la hidroeléctrica de Urrá, la pregunta por la necesidad de la construcción de una hidroeléctrica de esas proporciones exploraría si acaso con generación solar de energía, o con construcciones de más pero pequeñas hidroeléctricas, o con la construcción de la misma hidroeléctrica en otro lugar, o en fin, con otras alternativas técnicas conocidas, el derecho humano fundamental indígena pudie-

ra sufrir menos vulneración. De encontrar, dentro de este análisis, que existen una o más alternativas igualmente adecuadas para conseguir el objetivo de la mayor generación de energía, pero menos gravosas para los intereses indígenas protegidos constitucionalmente, el juez constitucional está en el deber de pronunciar la inconstitucionalidad de esa medida por resultar no necesaria, y en consecuencia, por afectar de manera desproporcionada el derecho indígena.

b) *Teoría del núcleo esencial*

Según esta teoría, recogida por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, cada derecho fundamental y, en consecuencia, también los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como fundamentales, tiene un núcleo esencial, es decir, tiene un ámbito de protección mínimo, que nunca puede ser por ningún motivo vulnerado. En otras palabras, si bien es cierto que constitucionalmente es reconocido que los derechos fundamentales no son absolutos, y que por lo tanto pueden ser restringidos y regulados, también es cierto que ninguna restricción ni ninguna regulación de esos derechos puede ir hasta el extremo de anularlos. En el análisis de cada caso se determinará cuando la limitación o la regulación está afectando el núcleo esencial del derecho en cuestión.

6. Como elementos constitucionales de una Política de Estado, los derechos humanos indígenas vinculan a todas las autoridades estatales e incluso a los particulares²⁹, en los casos en los que la Constitución misma y las leyes lo indiquen (art. 86, último inciso y art. 94 C.N.).

7. Como política de Estado es suprapartidista, es decir, vincula a todos los partidos políticos y a todas

29. Ver sentencia de tutela T-380/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

las tendencias sociales por igual. Esto quiere decir que, si un partido político enemigo de las luchas indígenas llegara al poder, no podría por ejemplo emprender acciones que atentaran contra la titularidad colectiva de las tierras indígenas, así esa fuera su convicción política, porque el espíritu de las normas constitucionales se lo prohíben.

8. En la medida en que los derechos humanos de los pueblos indígenas son parte integral de una política de Estado, estos derechos cumplen las siguientes dos funciones: por un lado incorporan una decisión ética (valorativa) a la cual deben ajustarse todas las políticas y las decisiones del Estado y, por el otro lado, en consecuencia, limitan las posibilidades de decisión y de acción de los órganos estatales. En otras palabras, una Constitución que se decide por el principio del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no es una constitución neutral desde el punto de vista axiológico. Y esa decisión ética debe entenderse como armónica respecto a otras decisiones valorativas de la Constitución, como lo es la decisión de reconocer la dignidad humana como principio fundante del Estado (art. 1 C.N.), por ejemplo.

9. En consecuencia de lo anterior, la inclusión de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el esquema de derechos y principios de la Carta Constitucional trae tres otras importantes consecuencias:

a) Esos derechos y principios son pautas y guías para la interpretación y la aplicación del derecho ordinario. (Principio de interpretación de conformidad con la Constitución).

b) Esos derechos y principios imponen al Estado obligaciones de protección especial a favor de las comunidades indígenas.

c) Esos principios y derechos son una directiva para que el Estado, tanto a nivel nacional como a nivel regional y municipal implante procedimientos e insti-

tuciones que hagan efectiva la Política de Estado sobre derechos humanos para los pueblos indígenas.

III. Derechos Humanos Diferenciados

1. Igualdad y Diferencia

ARTICULO 13. (Constitución) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El punto normativo que es común, pero que a la vez distingue a las repúblicas monoculturales de la república multicultural consagrada en la Constitución de 1991, es el punto de la igualdad³⁰. Ambos tipos de

30. Ver Gifuentes Muñoz, Eduardo. La Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte. En: Revista de Derecho Público, Nro. 7, Universidad de los Andes, Bogotá 1997. Este estudio ni siquiera menciona el aspecto de la diversidad cultural, hecho que resulta aun más sorprendente si se recuerda que su autor presentó un importante salvamento de voto a la Sentencia C-058 de 1994, salvamento en el que esgrimió progresivas ideas en torno a la igualdad entre indígenas que aun habitan en sus territorios e indígenas que habitan fuera de ellos. Constituye sin embargo un importante aporte para la comprensión del derecho a la igualdad.

repúblicas encuentran en la igualdad uno de sus principios éticos y jurídicos esenciales. De ahí que pueda decirse que la república multicultural es producto de una redefinición de la república liberal monocultural anterior³¹. Pero, mientras que en las repúblicas monoculturales, el contenido del principio de la igualdad se restringía a los aspectos de a) igualdad ante la ley, b) igualdad de trato, y c) interdicción de toda discriminación, dirigidos todos solamente a la protección de individuos, en la república multicultural el principio de la igualdad se transforma de las siguientes maneras:

1.1. El énfasis en la igualdad material.

Como se puede leer en el artículo transcrito, su primer párrafo postula el derecho fundamental a la igualdad, entendida ésta como ya se le venía entendiendo desde el siglo XIX y casi todo el S.XX, período durante el cual tuvieron vigencia todas las repúblicas monoculturales de Colombia³². Postula el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades (igualdad de trato) y postula el derecho a la no discriminación. Todo este conjunto de aplicaciones del derecho a la igualdad son de naturaleza abstracta, de naturaleza formal, no apuntan a considerar las condiciones materiales, las circunstancias reales de carácter cultural ni de carácter social ni económico de las personas, porque responden justamente a la necesidad de romper con el esquema de privilegios y desigualdades derivadas del origen de los individuos. Parten del supuesto teórico de que cada persona, como ciudadano, debe ser sujeto del mismo catálogo de deberes

y de derechos y buscan por lo tanto lograr, mediante el poder del derecho y del Estado, homogeneizar culturalmente al pueblo. Durante la vigencia de todas estas aplicaciones del derecho a la igualdad tuvieron también vigencia las leyes que ordenaban la "reducción", la "civilización" de las naciones indígenas, leyes que prescribían incluso su integración a la comunidad católica e hispanoparlante. La igualdad no se predicaba de las culturas, de las "civilizaciones" entre sí. Entre ellas, las constituciones monoculturales se decidían por una, por la de tradición hispano-lusitana, así no lo dijeran de manera expresa.

El segundo párrafo del actual artículo 13, en cambio, introduce un elemento nuevo, como es el de derivar del derecho a la igualdad la consecuencia de que el Estado deba velar porque la igualdad sea efectiva y real. Se trata de una complementación, no de una anulación de la visión formal de la igualdad. Y, aunque no esté dirigido a las minorías étnicas y culturales de la nación en particular, este párrafo, por tratarse de una norma general, sí constituye una herramienta muy útil también para las minorías, por la sencilla razón de que, a nivel constitucional, se reconoce que entre las distintas personas que habitan Colombia, efectivamente hay diferencias. Y no se queda ahí, reconoce además, que en vista de esas diferencias, se justifica que el Estado trate de manera diferente a los distintos, si es del caso, adoptando medidas de protección especiales, que no toma respecto a otros grupos de la población. Mientras la igualdad formal es herramienta para que el Estado ejerza su poder de manera imparcial y neutra, la igualdad promocional es herramienta para un Estado interventor. El Estado de una república multicultural es, por lo tanto, un Estado interventor, un Estado que no es indiferente. El instrumento técnico de esa intervención es justamente la reinterpretación del principio de igualdad, especialmente en su aspecto de la igual-

31. Ver al respecto Kymlicka, op. cit., capítulo 4.

32. Recordemos que la última Constitución vigente en Colombia antes de la de 1991 era la de 1886, la que ni siquiera consagraba expresamente el derecho a la igualdad formal.

dad de trato. La igualdad ante la ley y la interdicción de discriminación, tal y como venían siendo interpretadas en las repúblicas monoculturales son compatibles con los principios de una república multicultural. Es más, son necesarias. La sentencia C-139/96 lo demostró al declarar la inexecutable del artículo de la ley 89 de 1890 que asimilaba a los indígenas a menores de edad para cuando éstos realizaran contratos de compraventa sobre sus porciones de tierra. Este es un caso clásico de discriminación y de violación al derecho de igualdad ante la ley: el párrafo del artículo 98 de la Constitución dispone que, "Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años", sin distinguir entre indígenas y no indígenas. Si ese es el tenor de la Constitución, mal puede, entonces, una ley diferenciar entre indígenas y no indígenas para efectos del ejercicio de los derechos derivados de la calidad de ciudadano, y peor aun hace si asimila a los indígenas con menores de edad, es decir, si los trata como personas incapaces de ejercer de manera plena los derechos de ciudadano. En otras palabras, tanto la igualdad ante la ley, como el principio de no discriminación, también son herramientas de una sociedad multicultural pues evita, en el caso colombiano, que a los indígenas se les discrimine en la ley por razón de su cultura.

Sin embargo, para efectos de la comprensión de una república multicultural, es la cláusula de igualdad de trato la que debemos estudiar con mayor atención. Una cláusula de igualdad de trato que no admita tratos diferenciados, cerraría desde el punto de vista de la técnica de argumentación jurídica las puertas al reconocimiento de la diversidad cultural. El tratamiento diferenciado, que puede ser practicado tanto por los órganos creadores de derecho (Congreso especialmente), expidiendo por ejemplo normas para grupos específicos de la población, como por los órganos

aplicadores del mismo³³ (administración pública y de justicia), repercute en una mayor cercanía de la praxis del Estado con la realidad sociocultural de sus integrantes³⁴.

1.2. Igualdad como justificación para tratos diferenciados. (Diferenciación no es discriminación).

Una vez reconocida constitucionalmente la relevancia jurídica y política de las diferencias para efectos de legitimar tratos diferenciados para las personas de Colombia, entra la Carta y, entra específicamente la Corte Constitucional en su tarea de interpretarla, a fijar pautas con el fin de que los tratos diferenciados no resulten arbitrarios. Para el efecto, y acogiendo jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, distingue entre tratos diferenciados legítimos y tratos diferenciados ilegítimos³⁵ (discriminaciones). Los parámetros de esa diferenciación quedaron consignados por primera vez en la sentencia C-530 de 1993, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, de la siguiente manera:

– El artículo 13 de la Constitución no prohíbe tratamientos diferentes a situaciones de hecho diferentes.

– La distinción entre discriminación y diferenciación viene determinada porque la primera es injustificada y no razonable. La diferenciación, en cambio, es una diferencia de tratamiento justificada y razonable.

– Para verificar que existe diferenciación y no discriminación, deben por lo tanto darse los siguientes pasos analíticos:

33. Cifuentes Muñoz, op. cit., págs. 16-20.

34. Ver la sentencia T-496/96, M. P. Carlos Gaviria D., pág. 3.

35. Cifuentes Muñoz, Eduardo, *Opus cit.*, pág. 17.

- ¿Se encuentran las personas a las que se les va a dar un trato diferenciado efectivamente en una situación de hecho distinta a la del resto de personas?

- ¿Persigue ese trato diferenciado alguna finalidad?

- ¿Es esa finalidad razonable, es decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales?

- ¿Es adecuado el tratamiento respecto a la finalidad que se persigue?

- ¿Es proporcionado ese trato respecto a la finalidad que se persigue?

Este "test de razonabilidad" derivó en el "test de proporcionalidad" que recoge la sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y que en todo coincide con el que ya esboqué más arriba, cuando afirmaba que los derechos humanos de los pueblos indígenas, como elementos normativos de una política de un Estado constitucional y garantista, debían ser evaluados según los parámetros de la proporcionalidad y de la teoría del núcleo esencial. Coinciden porque el mismo test, es decir, el mismo criterio de la proporcionalidad sirve tanto para evitar que el nivel de intervención en un derecho fundamental sea excesivo, como para evaluar si una diferenciación de trato es arbitraria. El test de proporcionalidad exige:

- Que el trato desigual persiga un objetivo legítimo a la luz de la Constitución.

- Que el medio escogido para la persecución de ese fin sea adecuado.

- Que el medio escogido para la persecución de ese fin sea además necesario.

1.3. La identidad étnica y cultural como un objetivo razonable que justifica tratos diferenciados.

La reinterpretación del derecho a la igualdad de trato por sí sola no es suficiente para poder decir que estamos frente a una república multicultural. Hay repúblicas muy avanzadas en la aceptación de una igualdad de trato diferenciada, como Alemania, pero que no reconocen la identidad cultural como un objetivo legítimo ni conveniente para la expedición de normas diferenciadas. Sus normas diferenciadas persiguen por lo general el objetivo de corregir desigualdades socioeconómicas o de género³⁶ y se enmarcan, por lo tanto, en la filosofía política del Estado social de derecho. Conceden de esa manera privilegios laborales para madres solteras que no conceden a madres que viven con sus esposos. Pero la realidad de los países americanos como es el caso de Colombia, con más de 80 pueblos indígenas a su favor en el inventario de sus riquezas, es bien distinta a la realidad de un país mucho más homogéneo culturalmente como lo es Alemania. Por esta razón, la filosofía del Estado social de derecho, que la Constitución colombiana también recoge en su artículo primero, no puede servir de soporte filosófico para el Estado

36. Las normas diferenciadas por razones de género pueden ser también entendidas dentro del marco de una política multicultural, tal y como se hace en los EE.UU. Ver p. ej. Gutman, Amy, en *El Multiculturalismo y "la política del reconocimiento"* Taylor, Charles, Fondo de Cultura de México, 1993. Sin embargo, considero que el fortalecimiento de la identidad del género también es posible en el marco de un Estado que no se reconozca como multicultural. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, ha concedido varias medidas de protección especial a favor de mujeres, como los derechos especiales de seguridad social, sin haber tenido nunca que invocar al reconocimiento de la diversidad cultural. Incluso, es posible que la defensa de la mujer choque con la defensa de la identidad cultural, como en los casos de clitorrectomía.

multicultural. La filosofía del Estado, organizado políticamente como una república multicultural, coincide con la filosofía del Estado social de derecho pero no se agota en ella. Le adiciona un elemento ético, político y normativo: el del reconocimiento y la promoción de la identidad étnica y cultural como un principio constitucional de primer rango. En otras palabras, hay Estados sociales que no son multiculturales, como es el caso de Alemania. Si bien el objetivo del Estado social de derecho es el de equilibrar la balanza de las desigualdades socioeconómicas, el objetivo del Estado multicultural es el de garantizar el igual derecho de cada cultura y etnia que habita el territorio, a existir y a desarrollarse como cultura diferente. El hecho de que además, varios indígenas, especialmente los más aculturizados, pertenezcan a las "clases" sociales menos favorecidas y que, por lo tanto, también sean beneficiarios de la filosofía del Estado social, no puede confundirnos. Unos son los tratos diferenciados que ellos reciben como etnia y cultura diferente, y otros son los tratos diferenciados que ellos reciben como personas en situación de pobreza o de necesidad. En razón de su membresía e identidad cultural, por ejemplo, ellos reciben el derecho a la autodeterminación judicial y cultural, el derecho a la titularidad colectiva de sus territorios, el derecho a ser informados y consultados cuando un proyecto de desarrollo pueda afectar su integridad como cultura, o el derecho a ejercer de manera colectiva acciones judiciales como la de tutela. En razón de su calidad de ciudadanos colombianos, y de ser personas que carecen de dinero para aportar al sistema de seguridad social, por ejemplo, ellos reciben el derecho a la seguridad social subsidiada, al igual que muchos otros colombianos no indígenas. Sólo que de nuevo, invocando su especificidad cultural, los indígenas solicitan que los subsidios que ellos reciban para salud puedan ser destinados a pagar médicos que conozcan la medicina tradicional y que practiquen

conocimientos armónicos con su concepción cultural de la enfermedad³⁷. En conclusión, tanto el Estado social como el Estado multicultural contemplan una igualdad de trato que admite diferenciaciones, ambos son además Estados interventores, pero los objetivos perseguidos por el Estado social son distintos a los perseguidos por el Estado multicultural. En el Estado multicultural, la protección y la promoción de las diferentes identidades étnicas y culturales constituye el objetivo razonable que justifica tratos diferenciados. En el Estado multicultural, por eso, el objetivo político y estatal de "reducir" y de "civilizar" los pueblos indígenas, tal y como lo ordenaba la Ley 89 de 1890, no constituye una justificación para "diferenciaciones legítimas", sino que constituye el sustento para las discriminaciones culturales, y es por lo tanto un objetivo inconstitucional.

Una sentencia que con suma claridad expresa la idea del objetivo de la defensa de la identidad étnica y cultural como un fin legítimo, es la C-058 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, quien al estudiar la constitucionalidad de una ley que eximía de prestar el servicio militar a "Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica", dijo:

"El hecho de diferenciar a los indígenas de los demás ciudadanos respecto a obligaciones con el Estado, como es el caso de la prestación del servicio militar, considera la Corte que el legislador procedió razonablemente al crear normas que los eximan del mismo, porque actuó en función de un *fin constitucionalmente legítimo*, como es el de la defensa de las minorías"³⁸ (subrayado fuera de texto).

37. Ver al respecto la sentencia T-377 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

38. C-058/94, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pág. 21.

La defensa de las minorías étnicas y culturales es un fin legítimo a la luz de la Constitución porque ella misma así lo dice en varias de sus normas, siendo la primera de ellas el artículo 7 de la Constitución: *"El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana"*.

Pero tal y como lo recuerda la sentencia C-058/94 que estamos comentando, los artículos 8 (etnias indígenas como parte de la riqueza cultural de la nación), 68 (protección a la identidad cultural), 70 (igual dignidad de las diversas culturas) y el parágrafo del artículo 330 (sobre explotación de recursos naturales en territorios indígenas) son igualmente elocuentes respecto al fin de proteger la integridad de las minorías culturales, no solamente de los pueblos indígenas, como un objetivo legítimo de diferenciación a la luz de la Constitución.

Decir, sin embargo, que la protección de las minorías étnicas y culturales es un objetivo legítimo a la luz de la Constitución para efectos de dar tratos de ley diferenciados, no significa aún haber dicho algo lo suficientemente concreto y claro. Algunos casos sometidos a la consideración de la Corte le han dado la posibilidad de concretar más el alcance de tal objetivo. La sentencia de tutela ST-380/93, M.P. Eduardo Cifuentes M., por ejemplo, lo hace. En esa oportunidad, la Organización Indígena de Antioquia interpuso una acción de tutela en defensa de los derechos de la comunidad indígena emberá-catto contra la Corpo-

• El objetivo constitucional de proteger y promover la identidad y la integridad de las minorías culturales preñado pues, como primera medida, evitar a toda costa el etnocidio físico y cultural, para lo cual se debe además propender por la supervivencia de los ecosistemas que estos grupos habitan y sin los cuales, morirían culturalmente, y con alta probabilidad, también física •

ración Regional de Desarrollo del Chocó y contra la empresa privada "Maderas Darién". Acusaban los accionantes a la empresa de realizar explotación de maderas en territorios del resguardo indígena sin previo permiso ni control alguno por la entidad estatal competente, es decir, por la Corporación Regional. Según las pruebas, además, la explotación estaba atentando de manera grave contra el frágil ecosistema del bosque húmedo tropical, de cuya subsistencia dependía la vida cultural y física de la comunidad indígena. Este delicado pero nada excepcional caso de conflicto entre un interés económico de explotación y un interés indígena por subsistir físicamente y como cultura, dio la oportunidad a la Corte para concretar el objetivo

constitucional de la protección a las minorías étnicas y culturales, en la siguiente manera:

"Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido —y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo—, induce a la deses-

tabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social".

En otras palabras, el objetivo constitucional de proteger y de promover la identidad y la integridad de las minorías culturales comprende, en primer lugar, el objetivo de garantizarles su subsistencia física y cultural, lo que implica adelantar todo tipo de acciones políticas, constitucionales, legales, administrativas, reglamentarias, judiciales y, si es del caso, de policía, que sean adecuadas, necesarias y oportunas para evitar que estos grupos étnicos y culturales sean víctimas de una desaparición física y cultural forzada³⁹. La acción debe ser oportuna, porque tal y como lo afirma la misma sentencia más adelante,

"La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias." (pág.18)

El objetivo constitucional de proteger y promover la identidad y la integridad de las minorías culturales pretende pues, como primera medida, evitar a toda costa el etnocidio físico y cultural, para lo cual se debe además propender por la supervivencia de los ecosis-

temas que estos grupos habitan y sin los cuales, morirían culturalmente, y con alta probabilidad, también físicamente. En otras palabras, el objetivo constitucional de evitar la extinción física y cultural de los pueblos indígenas está íntimamente ligado al objetivo también constitucional de conservar el medio ambiente, especialmente el medio ambiente que cada pueblo indígena habita. De esta manera, la protección del medio ambiente se convierte en un medio para la protección de la existencia física y cultural de los pueblos indígenas⁴⁰.

Por otro lado, como lo confirma la sentencia T-349/96, M.P. Carlos Gaviria D., "El derecho a la supervivencia cultural encuentra su fundamento en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9 de la Carta Política y en el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Como derecho específico de los pueblos indígenas está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991. Así mismo, este derecho ha sido elaborado jurisprudencialmente en las sentencias de la Corte Constitucional T-428 de 1992, T-380 de 1993, c-058 de 1994, T-342 de 1994, entre otras".

En conclusión, el objetivo de la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas es tanto un principio constitucional como un derecho humano específico y colectivo de estos pueblos. Encuentra su fundamento en instrumentos internacionales ratificados por el Congreso colombiano como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional a través de sus sentencias.

39. Aunque a primera vista pueda parecer simple este principio, la realidad es que actualmente, tanto en Colombia como fuera de ella, los genocidios físicos y culturales de pueblos tribales continúan. Ver p. ej. El genocidio continúa, editorial de la Revista América Indígena, Vol. LIII, Nro. 3, Jul.-Set. 1993, en el que se describe la dramática situación de los Yanomami en la frontera brasileño-venezolana.

40. Esto ha sido reconocido por la Corte en varias sentencias. Ver p. ej.: T-428/92, M. P. Ciro Angarita, T-188/93, M.P. Eduardo Cifuentes; T-405/1993, M. P. Hernando Herrera Vergara, T-380/93, M. P. Eduardo Cifuentes M.

1.4. Los derechos colectivos como medio adecuado y necesario.

Una vez aclarado que la protección y la promoción de la existencia y de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas constituye un objetivo que hace legítimos los tratos diferenciados, debe entrarse a analizar si los medios escogidos por el Estado para ese fin son adecuados y necesarios. De no resultar así, tendríamos que aceptar que esos tratos constituirían discriminaciones respecto al resto de colombianos no indígenas, es decir, discriminaciones ilegítimas y por lo tanto, inconstitucionales.

El medio escogido para alcanzar el fin de la defensa de la identidad étnica y cultural es, en general, el de los derechos colectivos. La Constitución lo hace de manera expresa en su artículo 329, cuando se refiere a la titularidad colectiva de los resguardos ("Los resguardos son de propiedad colectiva e inalienable".) Pero la Corte, en la sentencia T-380/93 ya mencionada, reconoce la naturaleza colectiva de los derechos específicos indígenas, así:

"La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es

"Los derechos humanos de los pueblos indígenas, como derechos colectivos, son medios adecuados para la protección efectiva de la integridad física y cultural de estos pueblos, porque los legitiman para ejercer la acción de tutela como mecanismo de defensa, cosa que no lograrían con los derechos colectivos generales"

el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (CP art. 1 y 7).

En otras palabras, tal y como lo interpreta Manuel José Cepeda⁴¹, la Corte reconoció la naturaleza colectiva de todos los derechos étnicos como una regla general. Corresponde entonces entrar a analizar si el medio consistente en otorgar a los pueblos indígenas el privilegio de ser titulares de derechos colectivos de los cuales no son titulares otros colombianos, es un medio adecuado y necesario (razonable) para la consecución del objetivo

de garantizar y promover la supervivencia física y cultural de esos pueblos.

Adecuación

La siguiente pregunta debe servir para analizar este punto: ¿Hay indicios, teóricos y empíricos, de que el ejercicio colectivo de derechos específicos puede efectivamente conducir a promover y a garantizar la supervivencia (integridad) y la identidad étnica y cultural de un pueblo indígena? En otras palabras, ¿hay un nexo causal, al menos hipotético, entre el reconocimiento de derechos diferenciados y de naturaleza colectiva para los pueblos indígenas y el resultado de garantizar y de proteger su identidad y su supervivencia física y cultural? La Corte Constitucional, de manera

41. Cepeda, Manuel José, op. cit., pág. 301.

difusa, ha respondido afirmativamente a esta cuestión en varias de sus sentencias. De lo argumentado en la T-001 de 1994, por ejemplo, puede uno deducir que el medio de los derechos colectivos diferenciados es adecuado porque contribuye a que una comunidad indígena se perciba a sí misma como unidad, y porque al mismo tiempo permite que sea reconocida por el derecho y por la sociedad dominante, no como simples agregados de sus miembros, sino como "un sujeto colectivo autónomo". En otras palabras, los derechos colectivos diferenciados sirven tanto para generar conciencia de identidad tanto al interior de la comunidad indígena como externamente. Para el ejercicio de este tipo de derechos la comunidad debe, por ejemplo, realizar debates internos, debe definir quién o quiénes la van a representar en el ejercicio de esos derechos, deben tratar de zanjar diferencias internas, etc. En consecuencia, desde el punto de vista empírico, son sin duda un medio adecuado. Los derechos específicos de los pueblos indígenas se convierten en una "vivencia comunitaria". Son, además, un medio adecuado, porque al reconocerse su naturaleza colectiva, los efectos de una sentencia podrán favorecer a todos los miembros de una comunidad, sin necesidad de que cada uno inicie un proceso separado sobre el mismo objeto.

Debe, sin embargo, distinguirse, como lo hace la Corte, entre derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas y derechos colectivos o difusos de otros grupos humanos. Como lo dice la sentencia T-380/93:

"La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (C.P. art.88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden

proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes." (fundamento 8).

En otras palabras, los derechos humanos de los pueblos indígenas, como derechos colectivos, son medios adecuados para la protección efectiva de la integridad física y cultural de estos pueblos, porque los legitiman para ejercer la acción de tutela como mecanismo de defensa, cosa que no lograrían con los derechos colectivos generales.

Más polémica resulta la pregunta acerca de si los derechos colectivos específicos para pueblos indígenas son un medio necesario para la consecución del fin de garantizar y promover la supervivencia física y cultural de esos pueblos.

Necesidad

¿Por qué los derechos individuales comunes, como, por ejemplo, el de libre asociación, no son medios suficientes para alcanzar el objetivo constitucional de la promoción de la identidad cultural? ¿Por qué resulta necesario diseñar un tipo especial de derechos para la defensa de los intereses indígenas? ¿No hay otros medios igualmente adecuados pero menos gravosos? La pregunta por la necesidad, como lo decía más arriba, es más difícil por cuanto es sobre la cual hay menos consenso en la literatura y en la práctica. Se trata nada menos que de justificar la existencia de derechos colectivos diferenciados en el marco de una tradición que, como la colombiana, sigue predominantemente los planteamientos clásicos de la filosofía liberal, cuyo eje es la libertad individual.

El problema es el siguiente: proteger la membresía cultural de una persona, o la identidad cultural de un grupo tiene costos para otras personas y para otros intereses. Restringir, por ejemplo, la libertad de loco-

moción y de inmigración a las islas de San Andrés y Providencia con el fin de proteger a las comunidades afrocolombianas nativas contra una excesiva afluencia de otras costumbres, es un costo para el resto de colombianos que quisieran radicarse allí. No permitir la construcción de una carretera en una zona en razón de que se prefiere conservar a una comunidad indígena aislada de los peligros propios del deterioro ambiental y social que ello implicaría, tiene desde luego un costo tanto para las empresas constructoras como para otros colombianos que habitan en la región y que sí deseaban la carretera. El punto está en determinar cuándo y por qué se justifica la concesión de derechos privilegiados y colectivos para las minorías étnicas y culturales. ¿Por qué son necesarios?

Antes de resumir los argumentos más relevantes que se esgrimen al respecto, diré que el centro del problema se resuelve al responder la siguiente pregunta: ¿Qué tanto estamos dispuestos a reconocer a los pueblos indígenas como sociedades separadas, diferentes y autónomas políticamente respecto a la sociedad dominante? Los grupos que no estén muy dispuestos a ello, estarán con seguridad en contra de los derechos colectivos diferenciados, o al menos en contra de una interpretación demasiado abierta de los mismos. Quienes respondan afirmativamente esta cuestión, defenderán la necesidad de este tipo de derechos,

Los derechos colectivos entrarían entonces a acomodar, a equilibrar las diferencias fácticas de poder que hay entre la cultura dominante y la minoritaria. De la misma manera como los miembros de la cultura dominante no desean que se les prive de la oportunidad de vivir y de trabajar en su ambiente cultural, los miembros de las culturas minoritarias desean que se les garantice que no haya abusos de poder por parte de la sociedad dominante, ni que esos abusos repercutan en una amenaza contra la existencia de la cultura minoritaria.

o de una interpretación de los mismos más favorable para los pueblos indígenas.

El primer argumento en defensa de la necesidad de este tipo de derechos es el de la igualdad entre las culturas (igual dignidad entre las culturas, artículo 70 Constitución). El argumento parte de la hipótesis de que, para cada individuo, tanto de la cultura dominante como de las culturas minoritarias, es igualmente importante poder autoidentificarse y desarrollarse como miembro de su correspondiente cultura. La diferencia está en que, para los miembros de las culturas minoritarias, la viabilidad de su cultura, y por lo tanto de su identidad, puede verse socavada por decisiones políticas y económicas adoptadas por la mayoría de ciudadanos, cosa que no le sucede a los miembros de la cultura dominante. Es decir, la cultura dominante no ve amenazada su viabilidad por decisiones de las culturas minoritarias. Los derechos colectivos entrarían entonces

a acomodar, a equilibrar las diferencias fácticas de poder que hay entre la cultura dominante y la minoritaria. De la misma manera como los miembros de la cultura dominante no desean que se les prive de la oportunidad de vivir y de trabajar en su ambiente cultural, los miembros de las culturas minoritarias desean que se les garantice que no haya abusos de poder por parte de la sociedad dominante, ni que esos

abusos repercutan en una amenaza contra la existencia de la cultura minoritaria. Los derechos colectivos específicos, como de integridad cultural, el de la autonomía judicial, el del derecho al uso de la propia lengua, etc., podrían aliviar el exceso de poder del que gozan las decisiones de la cultura dominante⁴².

Ejemplo: La sociedad dominante, que vive bajo las leyes de la economía capitalista basada en la acumulación de riqueza y en el papel moneda, desprecia a sociedades indígenas que viven sometidos a las reglas de una economía de subsistencia. Los consideran pobres y "no desarrollados". Si la sociedad dominante, que numéricamente es superior a cualquiera de las culturas indígenas que viven bajo la dinámica de la economía de subsistencia y que no basan sus relaciones de intercambio en el dinero, decide en el Congreso que todos los colombianos, sin excepción, deben acoger y aprender las reglas de la libertad económica y de la iniciativa privada, e introduce en cada parte del territorio, incluidos los resguardos, agencias de difusión de estos principios, es decir, si introduce una especie de "misioneros económicos", estaría amenazando con extinguir a las culturas basadas en la economía de subsistencia.

Visto desde una perspectiva histórica, este argumento se desarrollaría así: ser miembro de una comunidad indígena y hablar, por ejemplo, la lengua nativa, ha constituido históricamente una desventaja frente a los miembros de la cultura dominante y de su idioma. Ser miembro de una comunidad indígena, o de una comunidad negra, ha servido para ser discriminado, mientras que ser miembro de la sociedad dominante ha servido para ser privilegiado. Los derechos colectivos específicos para los pueblos indígenas o para los

afrocolombianos pretenden corregir esa desigualdad entre las membrecías.

El otro argumento en defensa de los derechos colectivos diferenciados es el del valor de la diversidad cultural⁴³. Según este argumento, la diversidad cultural debe ser protegida *per se*, con independencia de los miembros de cada cultura, debido a que la diversidad incrementa las posibilidades humanas de vivencias, de visiones del mundo, y de sistemas sociales adaptativos. Según esta visión, la diversidad cultural hace parte de la riqueza humana de la nación, y la riqueza de la nación merece una especial protección por parte del Estado (artículo 8 Constitución).

Acéptense o no estos dos argumentos, lo cierto es que la concesión de los derechos colectivos a los pueblos indígenas busca corregir una serie de hechos históricos que no han obedecido a criterios de justicia sino a la ley del más fuerte. Los derechos humanos individuales no fueron suficientes para la corrección de esas injusticias porque ni siquiera las identificaban como tales. Dentro del marco de una república organizada según los lineamientos de un Estado democrático y liberal de derecho, cualquier alternativa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas debe ir dirigida a contrarrestar la desigualdad fáctica que existe entre las diversas identidades culturales que habitan el territorio.

En conclusión, el argumento de la igualdad y el del valor de la diversidad justifican la necesidad de conceder derechos colectivos y específicos para las minorías culturales, con el fin de proteger y promover la supervivencia identitaria de los individuos de esos pueblos.

42. Ver sobre el argumento de la igualdad a Kymlicka, Wil. *Ciudadanía Multicultural*, cap. 6.

43. *Idem*, cap. 6.

2. Derechos colectivos indígenas. Panorama

Hay derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente que, por el hecho de haber sido aprobados al interior de cada país, hacen parte de la legislación nacional. Otros son reconocidos por la Constitución nacional. En lo que resta de este documento me centraré en los derechos a la supervivencia física y a la integridad étnica y cultural, reconocidos constitucionalmente como fundamentales, pero a continuación ofreceré un esquema del ámbito de protección de los unos y de los otros. Los principales derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos tanto en el Convenio 169 de la O.I.T. (Ley 21 de 1991) como en la Constitución colombiana, corresponden a los siguientes ámbitos de protección: la supervivencia física y cultural (artículos 7, 70 y 330 Constitución), la autodeterminación política, judicial y económica, sobre sus recursos y sobre el territorio —no desplazamiento— (artículos 9, 246 y 329 Constitución), participación política, la identidad cultural (lengua, medicina tradicional, educación, familia), igual dignidad entre las culturas (rechazo a la asimilación), la representación especial en los órganos políticos de decisión (artículos 171 y 176 Constitución), la participación en el diseño de planes de desarrollo que los afecten, nacionalidad, propiedad sobre sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, la no división cultural por las fronteras, conservación del medio ambiente, la propiedad intelectual sobre sus conocimientos ancestra-

• La concesión de los derechos colectivos a los pueblos indígenas busca corregir una serie de hechos históricos que no han obedecido a criterios de justicia sino a la ley del más fuerte. Los derechos humanos individuales no fueron suficientes para la corrección de estas injusticias por que ni siquiera las identificaban como tales •

les, derecho laboral, acceso a los medios masivos de comunicación y protección efectiva de sus derechos. Los conceptos básicos que guían estos derechos son respeto (reconocimiento), autonomía, igualdad, representación especial y participación.

Jerárquicamente, los derechos fundamentales de los pueblos indígenas más importantes, y los que deben informar todo el cuerpo de normas que constituyen su fuero especial, son los derechos colectivos a la supervivencia física y a la integridad étnica y cultural. Ambos engloban de alguna manera a todo el resto de derechos, incluso al derecho colectivo sobre el territorio. Gozan del mayor rango por

la razón de que, de la manera más concreta, responden a la cuestión moral que está detrás de todos los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esa cuestión es: ¿puede una democracia liberal ser indiferente a la desaparición cultural de las etnias que constituyen su población? Por esta razón, en este documento me limitaré a profundizar en estos dos derechos. Estos derechos son capaces de competir con otros principios y derechos de igual rango por una posición de privilegio a la hora de resolver casos difíciles de relevancia constitucional. Solamente para la defensa de estos derechos considerados como fundamentales puede hacerse uso de la acción de tutela, que es el mecanismo más expedito y eficaz de defensa constitucional (art. 86 Constitución). El derecho colectivo de los pueblos indígenas a su propia jurisdicción, que ha merecido en reiteradas ocasiones

el estudio de la Corte, es igualmente un derecho de gran importancia para las comunidades indígenas. Pero dado que sobre ese derecho ya existen varios estudios, prefiero, para los propósitos de este documento, remitirme a ellos⁴⁴.

3. Derechos a la supervivencia y a la integridad física y cultural.

– Sentencia T-380/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

– Sentencia SU- 039/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

– Sentencia T-428/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

– Sentencia T-188/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

– Sentencia T-257/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

– Sentencia T- 342/94, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

– Sentencia T-405/93, M.P. Hernando Herrera Vergara.

– Sentencia T-377/94, M.P. José G. Hernández Galindo.

– Sentencia C-530/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

El derecho reconocido por la Corte Constitucional como el más importante y de carácter "fundamental" es el derecho a la supervivencia física y cultural.

3.1. Fundamentalidad

La sentencia T- 380/93, en su fundamento 8, dice:

"Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución".


En otras palabras, la calidad de fundamental lo deduce la Corte de la relación de conexidad que encuentra entre el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la integridad étnica y cultural (art. 330 Const.) y el derecho individual del que goza todo ciudadano, y que sin lugar a dudas es reconocido por la Carta Política como fundamental: el derecho a la vida. Dado que la Constitución consagra la viabilidad de la acción de tutela solamente para la defensa de los *derechos constitucionales fundamentales*, y dado que la misma Carta no define expresamente a ningún derecho colectivo indígena como fundamental, la Corte tuvo que, en un ejercicio de *hermenéutica*, desarrollar la tesis de que siempre que la amenaza o la vulneración de un derecho cualquiera, amenace o vulnere a la vez un derecho que sí tiene el rango de constitucional fundamental, entonces procede la tutela. El derecho colectivo de los pueblos indígenas a la supervivencia física y cultural no es pues, según la doctrina sentada por la Corte, un derecho fundamental por sí mismo, sino que adquiere esa calidad siempre que, en un caso concreto, su amenaza o su vulneración efectiva amenace o vulnere el derecho individual de cada indígena a la vida.

La Corte no ha llegado a distinguir con claridad si hay una diferencia específica entre el derecho a la

44. Ver Sánchez, Beatriz Eugenia. La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional. En: Observatorio de Justicia Constitucional. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 1998. Ver también el libro "Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena" Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior, Bogotá, 1997.

supervivencia física y el derecho a la integridad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas. Los ha manejado como sinónimos. Pero quizás este punto se aclare ahora que estudiemos el ámbito de protección del derecho a la supervivencia física y cultural. Baste por ahora con enfatizar, que dada su conexidad con el derecho a la vida, el derecho de los pueblos indígenas a la supervivencia física y cultural adquiere la característica de ser absoluto y de no admitir por lo tanto limitaciones.

Sin embargo, si eso es, desde el punto de vista constitucional, fácil de predicar respecto a la supervivencia física de los indígenas, es más polémico respecto al mantenimiento de la integridad cultural y étnica. ¿Cuándo se viola o se amenaza la integridad étnica y cultural? ¿Quién es la autoridad para dictaminar que se está violando? ¿Debe dársele en ese contexto al mecanismo participativo de la consulta el carácter de vinculante? ¿Qué medidas pueden adoptarse para mitigar el impacto de un proyecto que amenaza la integridad? Todas estas preguntas no serían admisibles respecto al derecho a la supervivencia física, puesto que los asesinatos, las torturas, los genocidios de que son víctimas varios grupos indígenas, cuando se dan, son hechos evidentes, que no requieren de un esfuerzo interpretativo. Mientras que determinar cuándo se está amenazando o vulnerando el derecho a la integridad étnica y cultural, como lo demuestra el caso contenido en la sentencia SU-039/97, referido a los indígenas Uwa, es más controvertido y demanda esfuerzos de interpretación. En ese caso, por ejemplo, la opinión mayoritaria aceptó que un proyecto de exploración sísmica en territorio indígena podía amenazar el derecho a la integridad étnica



Los derechos a la supervivencia física y a la integridad étnica y cultural estarían mejor tratados, desde la perspectiva de la teoría constitucional, si se les considerara como dos derechos distintos.

y cultural, especialmente si se realizaba sin haber consultado previamente a los indígenas, mientras que el magistrado Antonio Barrena Carbonell salvó su voto, pues consideró que en la etapa de exploración no podía haber "perjuicios irreparables a los valores culturales de las comunidades indígenas", cosa que sí podía presentarse en la "etapa procedimental de la explotación."

Lo anterior me conduce a plantear la siguiente tesis: los derechos a la supervivencia física y a la integridad étnica y cultural estarían mejor tratados, desde la perspectiva de la teoría constitucional, si se les considerara como dos derechos distintos. El primero, el de la supervivencia física, encuentra su carácter de fundamental por la conexidad con el derecho a la vida. El segundo, el de la integridad étnica y cultural, encuentra por sí mismo su fundamentalidad gracias a su conexión con el derecho a la igualdad (artículos 13 y 70 Constitución). Estas normas constitucionales (arts. 7, 13 y 70) son fundamento suficiente para afirmar que cada cultura que habita el territorio colombiano debe gozar de iguales oportunidades para *subsistir como cultura diferenciada* de las otras. De esta manera, la especificidad cultural sí adquiere una dimensión propia, independiente de la dimensión del derecho a la vida física. De esta manera también se entiende mejor, por qué el derecho a la integridad étnica y cultural no es absoluto, es decir, si admite limitaciones constitucionales, y por qué esas limitaciones deben estar sometidas a las reglas del principio de proporcionalidad, que es el elemento teórico por excelencia para analizar los casos en que esté involucrado el principio de la igualdad.

En conclusión, tanto el derecho a la supervivencia física como el derecho a la integridad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas es fundamental, según la Corte, por su conexidad con el derecho individual de cada indígena a la vida. Según mi opinión, la fundamentalidad del derecho a la integridad étnica y cultural se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 7, 13 y 70 de la Carta, es decir, por su conexidad con el derecho a la igualdad, específicamente con la cláusula de igualdad de trato que, como veíamos arriba, es el fundamento para los tratos diferenciados. De esa manera es posible argumentar, que existe un derecho a la diferencia cultural, derivado del principio a la igualdad y no del derecho a la vida.

3.2. *Ámbito de protección*

El derecho a la supervivencia física de las comunidades indígenas que ejercen la *economía de subsistencia* como forma de producción cubre el derecho a que su medio ambiente sea protegido (T-380/93). Cubre, además, el derecho a que las autoridades ambientales intervengan para controlar, vigilar y restaurar el medio ambiente que hace viable la forma de vida indígena (T-380/93). Limita el derecho de toda persona, natural o jurídica, a explotar los recursos naturales no renovables que se encuentren dentro territorio indígena (T-380/93). Obliga a las autoridades del Estado a consultar a la comunidad siempre que vayan a autorizar proyectos de explotación de recursos naturales en sus territorios (SU-039/97). Protege también el derecho de la comunidad indígena a que el Estado titularice en su nombre de manera colectiva un resguardo o un territorio (T-188/93). Implica el derecho fundamental de las comunidades indígenas a ser consultadas acerca de cualquier proyecto que los afecte (SU-039/97). Limita el derecho de locomoción y de asentamiento o de colonización del resto de

ciudadanos (C-530/93, T-257/93). Prohíbe toda forma de desaparición forzada (T-380/93), es decir, limita las acciones de inteligencia militar⁴⁵.

El derecho a la supervivencia cultural, también llamado a la integridad étnica, cultural y social, obliga a los órganos creadores y a los órganos aplicadores del derecho a maximizar el derecho a la autodeterminación y a minimizar sus restricciones (T-349/96). Protege el uso de la lengua en los medios masivos de comunicación (T-384/94). Exige a los indígenas que permanezcan en sus territorios de la prestación del servicio militar (C-058/94). Hace que la población indígena sea vista como parte del entorno natural (T-342/94). Sin embargo, no se vulnera con la acción de enseñarles a los indígenas prácticas de agricultura sedentaria, ni al evangelizarlos, mientras ello ocurra con su consentimiento y no a la fuerza. Tampoco se vulnera por la aplicación de métodos de salud extraños a la tradición mientras las características socioculturales permanezcan incólumes (T-342/94). La integridad étnica y cultural se ve amenazada cuando una comunidad se encuentra en situación de indefensión frente a otro grupo, como frente a la Asociación Nuevas Tribus de Colombia, quienes por su posición de poder en el territorio Nukak se habían constituido en la única autoridad (T-342/94). Implica el derecho fundamental de las comunidades indígenas a ser consultadas acerca de cualquier proyecto que los afecte, especialmente los referidos a la explotación de

45. La Procuraduría General de la Nación encontró responsables a varios oficiales del Batallón La Popa de Valledupar por la tortura y posterior asesinato de tres Mamos arhuacos en diciembre de 1991. Lamentablemente, le Justicia Penal Militar los absolvió. Pero las estadísticas de asesinatos de indígenas en Colombia es bastante más amplia. Ver p. ej. Caicedo, Luis Javier. *Derechos y Deberes de los Pueblos Indígenas*, pág. 28. Bogotá, 1996.

recursos naturales (SU-039/97). Limita el derecho de locomoción y de asentamiento o de colonización del resto de ciudadanos (T-257/93). No limita la soberanía del Estado cuando se ejerce para cumplir con sus tareas de seguridad y de mantenimiento del orden público (T-405/93), pero sí limita la construcción de obras públicas que afecten territorios indígenas (T-428/92). La defensa de la integridad étnica y cultural de un pueblo indígena no solamente es un interés particular de ese pueblo, sino que además constituye un interés general de la Nación y del Estado colombianos (T-428/92 y T-405/93). Limita la actividad de proselitismo religioso por ejemplo de la iglesia evangélica, es decir, rechaza cualquier intento por homogenizar religiosamente a la población (T-342/94). Protege la actividad de los brujos, chamanes y médicos tradicionales (T-377/94) y otorga a las comunidades el derecho a que se ejecute el presupuesto de educación de manera que ellos, fortaleciendo su identidad, dispongan de recursos para la prestación de ese servicio público (T-717/96). Además, los niños indígenas no están obligados a cursar las materias de religión que ofrecen las escuelas (C-555/94).

En conclusión, los derechos a la supervivencia física y a la integridad étnica y cultural no son idénticos. Cubren unas eventualidades distintas. Están sin embargo estrechamente vinculados, al punto que, según la Corte, la integridad étnica y cultural es una condición necesaria para la subsistencia de las comunidades indígenas (SU-039/97). En otras palabras, proteger la integridad cultural también es un medio para proteger la supervivencia física. La desaparición del estilo de vida y del hábitat tradicional trae como consecuencia la aparición de nuevas enfermedades, la dificultad para conseguir elementos nutritivos mínimos, en fin, altera también la integridad corporal de las comunidades. Por esa razón, a juicio de la Corte, ambos derechos derivan su rasgo de derecho consti-

tucional fundamental de su conexidad con el derecho a la vida. En mi opinión, sin embargo, la violación del derecho a la integridad étnica y cultural no necesariamente trae como consecuencia la violación o la amenaza al derecho a la vida. Por eso considero que, desde el punto de vista de dogmática constitucional, su rasgo de derecho fundamental debe deducirse de su relación con el derecho a la diferenciación de trato, derivado del derecho de igualdad entre todas las culturas que habitan el territorio (arts. 7, 13 y 70 Constitución).

3.3. Amenazas y el Mecanismo de la Consulta Previa.

El derecho a la supervivencia física de un pueblo indígena se ve *amenazado* por la explotación no sostenible e incontrolada de recursos naturales que se haga en sus territorios. Los derechos a la libertad económica y a la iniciativa privada afectan de manera ilegítima este derecho, especialmente cuando se ejercen en zonas de reserva forestal y sin respeto del criterio de desarrollo sostenible (T-380/93). Esta regla la sentó la Corte con motivo de una *explotación maderera* indiscriminada que se estaba dando en una zona de reserva forestal, sobre la cual a su vez se había constituido el resguardo de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó. En esa ocasión, la Corte consideró que, como principio general, el derecho de una comunidad indígena a su integridad étnica y cultural *prevalece* sobre la explotación de los recursos naturales en su territorio "la que solo es posible si media la autorización previa del Estado (C.P. art. 80) y de la comunidad indígena (C.P. art. 330)". En otras palabras, una manera de evitar esa amenaza, es la que ofrece el procedimiento de la consulta, procedimiento que, dada su relación con la posible vulneración del derecho a la supervivencia cultural y física de la comunidad, fue también reconocido como fundamental por la Corte (SU-039/97).

El tema de la consulta merecería un estudio aparte. Actualmente cursa en el Congreso un proyecto de ley presentado por el presidente Samper que pretende reglamentar el procedimiento de la consulta previa como requisito para el otorgamiento de licencias ambientales (artículo 76 Ley 99 de 1993). En ese proyecto se niega a las comunidades indígenas la posibilidad de vetar, a través de la consulta, los correspondientes proyectos. El único objeto que se concede a la consulta es el de "analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse" a la comunidad con el proyecto en cuestión. En otras palabras, la decisión acerca de si el proyecto se realiza o no, no está en manos de la comunidad indígena sino del Estado. De imponerse esta interpretación, la participación de las comunidades indígenas no tendría el peso que debería tener en un Estado que verdaderamente promueve y apoya la diversidad cultural. Tanto las decisiones del Estado, como las decisiones de las autoridades indígenas deben respetar el principio de no arbitrariedad. Pero si la Corte reconoce que la supervivencia de las comunidades indígenas *prevalece* sobre la necesidad de explotar recursos naturales en sus territorios, lo correcto es concederle a la consulta, siempre que haya razones suficientes, el alcance de un veto contra la ejecución del proyecto.

Conclusiones

En una república multicultural, los dos principales derechos de rango constitucional fundamental a favor de los pueblos indígenas, es decir, que los

Los derechos humanos de los pueblos indígenas deben hacer parte integral de una política de Estado, que armonice con el resto de políticas de Estado, especialmente con la de desarrollo económico.

legitiman para incoar la acción de tutela o amparo constitucional, son los derechos a la supervivencia física y a la integridad étnica y cultural. La cláusula jurídica que explica el cambio de una república monocultural a una multicultural es la de igualdad de trato. Gracias a una filosofía política y a una teoría jurídico-constitucional que admita y que justifique un trato diferenciado con el objetivo de proteger y de promover la identidad étnica y cultural de las distintas culturas

que habitan el territorio, los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas pueden articularse a manera de derechos colectivos, sin que eso desarticule la unidad política del Estado.

Los propósitos del Estado multicultural coinciden pero no se agotan en los propósitos del Estado social. Ambos exigen un Estado interventor, pero los objetivos del uno y del otro son distintos. Por eso es posible, que los ciudadanos indígenas gocen tanto de derechos diferenciados en razón de la filosofía del Estado social, como de derechos diferenciados en razón de la filosofía del Estado multicultural.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas deben hacer parte integral de una política de Estado, que armonice con el resto de políticas de Estado, especialmente con la de desarrollo económico. Debe aceptarse que los derechos que la Corte Constitucional reconozca como de rango fundamental son los pilares intangibles de esa política de Estado, y que por lo tanto deben estar sometidos a las reglas hermenéuticas propias del derecho constitucional, y no abandonados a los caprichos de los

vientos políticos que imperen en cada período gubernamental o legislativo.

La especificidad cultural merece una protección de primer rango, no solamente por su vínculo con el derecho a la vida individual de cada miembro indígena, sino por mandato de la cláusula de igualdad, que en la República Multicultural, a diferencia de las Repúblicas Monoculturales, amplía su ámbito de pro-

tección al punto de reclamar, para cada una de las culturas que habita el territorio, iguales oportunidades para sobrevivir como cultura diferenciada. Los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas, y en general, los de las minorías étnicas y culturales, son un medio adecuado y necesario para la realización de ese propósito. Son, al menos, el medio escogido por las instituciones, y está dando resultados.