

Test y metodologías de los tribunales constitucionales frente a los derechos de los indígenas sobre la tierra: el caso de Colombia y Estados Unidos

Test and methodologies of constitutional courts relating to indigenous land rights: Colombia and U.S.A case

*Diana Isabel Güiza Gómez**
*Camila Andrea Santamaría Chavarro***

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2015
Fecha de aceptación: 15 de abril de 2015

RESUMEN

Colombia y Estados Unidos son países multiculturales. En ese contexto, los tribunales constitucionales de Colombia y Estados Unidos han analizado jurisprudencialmente el derecho al territorio de los pueblos indígenas. Este artículo se pregunta por los test constitucionales utilizados por los tribunales en esta temática y por el modelo teórico imperante detrás de estas metodologías. Como respuesta, este documento señala que dichas experiencias judiciales se inscriben en diversas modalidades del modelo multicultural: mientras que la experiencia colombiana desarrolla normativa y judicialmente el modelo

multicultural, la estadounidense es más pragmática y menos garantista de la diversidad. Finalmente, este texto hace un llamado a investigar sobre nuevos test que permitan la defensa de la diversidad cultural, desde el modelo de la interculturalidad.

Palabras claves: derecho al territorio de los indígenas, multiculturalismo, test constitucionales, tribunales constitucionales.

ABSTRACT

Colombia and the United States are multicultural countries. Within this

* Abogada; Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Investigadora en el área de Litigio Estratégico del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia. diguizag@unal.edu.co, dguiza@dejusticia.org

** Abogada e historiadora. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Funcionaria de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales- Fiscalía General de la Nación. casantamariac@unal.edu.co

context, the Colombian Constitutional Court and the Supreme Court of the United States have analyzed Indigenous land rights, in their jurisprudence. This paper asks about constitutional tests used by those courts in this area. Besides, it seeks out prevailing theoretical model behind these methodologies. As a result, this document states that those judicial experiences are in various forms of multicultural model: while the Colombian

experience develops the multicultural model by law and jurisprudence, the experience of United States is more pragmatic and less guarantor of diversity. Finally, this text calls to investigate new test to the defense of cultural diversity, from the intercultural model.

Keywords: Indigenous land rights, multiculturalism, constitutional test, constitutional courts.

INTRODUCCIÓN

Desde principios del siglo XX, el modelo de la modernidad fundamentado en la correspondencia entre un Estado y una cultura nacional ha sido cuestionado por la evidencia de la diversidad étnica y cultural que pervive al interior de los Estados-nación (Cruz, 2013). La realidad de las sociedades contemporáneas muestra, por el contrario, que al interior de los Estados-nación perviven diferencias culturales (pluralismo cultural), nacionales (pluralismo nacional) y jurídicas (pluralismo jurídico), por lo que las bases del Estado-nación moderno son, en últimas, una abstracción. Como respuesta a estas constricciones del modelo teórico de los estados modernos, se han formulado alternativas teóricas que sustenten y hagan viable la defensa del respeto y la convivencia en la diversidad. En este sentido, se han presentado al menos dos propuestas que han tomado especial importancia en los discursos políticos e institucionales: el multiculturalismo y la interculturalidad. A partir de estos marcos conceptuales, por una parte, se ha reivindicado el reconocimiento de derechos a los pueblos culturalmente diversos y, de otro lado, se han reinventado las formas democráticas e institucionales del Estado.

Como respuesta a ello, los tribunales han elaborado una rica e importante jurisprudencia en la defensa de la diversidad cultural. Es así como los jueces y juezas de diferentes lugares del mundo han enfocado su actividad judicial al desarrollo de técnicas y metodologías constitucionales para la defensa de la igualdad, por cuestiones étnicas y raciales. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos han creado diferentes metodologías constitucionales para analizar los derechos de poblaciones étnica y racialmente diversas. En la primera sobresale el desarrollo jurisprudencial en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en especial, la protección de los territorios de estos pueblos. Por su parte, de la Corte Suprema de Justicia destaca su jurisprudencia en la lucha contra la discriminación a personas afroamericanas, desde mediados del siglo XX.

El presente trabajo se ocupa del estudio de los test y metodologías constitucionales usados por la Corte Constitucional (Colombia) y la Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) para la protección de los derechos de poblaciones diferenciadas, especialmente, los derechos de los pueblos indígenas sobre el territorio. Nuestro propósito es doble: por una parte, analizar las características centrales de las principales metodologías utilizadas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas sobre el territorio; y, de otra parte, evidenciar hasta qué punto dichas metodologías y la aplicación de test constitucionales, corresponden a los modelos teóricos sobre la diversidad cultural, ya sea un modelo asimilacionista, uno multicultural o uno intercultural.

Frente a esto, sostendremos que, en principio, los dos países analizados superaron el modelo asimilacionista imperante en el siglo XIX y principios del XX. De hecho, Colombia ha adoptado explícitamente el modelo multicultural en su Constitución de 1991, al incorporar los elementos descriptivo, valorativo y normativo del multiculturalismo, y al materializar estos supuestos teóricos en su jurisprudencia, mediante diversas metodologías y test constitucionales (ponderación e igualdad, principalmente). Estados Unidos, por su parte, si bien superó el modelo asimilacionista, se caracteriza por tener un discurso multicultural en el ámbito académico, pero que no ha logrado una mayor materialización en el ámbito judicial. Es así que la Corte Suprema de Justicia de este país, si bien en principio reconoce derechos a los indígenas sobre sus territorios, bajo diversas doctrinas, metodologías y test (*infringement test*, *preemption test* y *strict scrutiny*), en la práctica ha limitado y minado estos derechos y no ha enfrentado el tema desde una perspectiva étnica. Es así que, teóricamente, este modelo podría inscribirse en la propuesta de la “tolerancia” señalada por Walzer (1998), en donde se tolera a la otra cultura, pero no se reconocen derechos diferenciados para materializar la multiculturalidad. Esta afirmación se constata en el argumento de la Corte Suprema de Justicia de este país de que las acciones afirmativas no resultan aplicables a los indígenas.

Para constatar la hipótesis de nuestro trabajo, utilizaremos una metodología particular de derecho comparado. En específico, hemos seguido los lineamientos generales de Hirschl (2006). Este autor plantea que existen cuatro tipos de estudios de derecho constitucional comparado: (i) aquellos que describen la regulación constitucional de un país, porque es diferente al país de origen del investigador; (ii) aquellos que, para buscar la mejor solución a problemas constitucionales propios, hacen un ejercicio de analogías y diferencias con el derecho y prácticas constitucionales de otros países (*funcionalismo*); (iii) aquellos que, a partir de la referencia a categorías analíticas y marcos teóricos, analizan los textos y prácticas constitucionales de diferentes países; y, finalmente el método que Hirschl propone, (iv) aquellos en los que no sólo se realizan análisis críticos a través de conceptos y marcos analíticos sino que, adicional a ello, plantean relaciones o inferencias causales entre los fenómenos constitucionales.

Nuestro estudio se basará en el tercer tipo de estudio de derecho comparado constitucional. Esto por cuanto, en específico, pretendemos reconstruir teóricamente la propuesta asimilacionista, multicultural e intercultural y, a partir de allí, analizar cómo los tribunales constitucionales, tanto de Colombia como de Estados Unidos, en el uso de diversas metodologías y test constitucionales, responden a alguno de estos modelos teóricos, en lo que se refiere a la jurisprudencia acerca de los derechos de los indígenas sobre sus territorios.

Para llevar a cabo este análisis, este trabajo se desarrollará en cuatro partes. En primer lugar, haremos una aproximación a los modelos teóricos mencionados (asimilacionismo, multiculturalismo e interculturalidad). En segundo lugar, analizaremos la jurisprudencia más relevante de la Corte Constitucional colombiana, en materia de propiedad colectiva de grupos étnicos. En tercer lugar, estudiaremos las metodologías y/o test aplicados por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en lo relativo a territorios indígenas (Indian Country). Y en cuarto lugar, expondremos algunas conclusiones en las que resaltaremos la importancia de pensar y construir nuevos test y metodologías constitucionales desde el sur, que más comprehensivas de la diversidad cultural.

1. ASIMILACIONISMO, MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALIDAD

Desde el surgimiento de los Estados- Nación hasta la fecha, los países han tenido diferentes aproximaciones al tratamiento de las poblaciones indígenas americanas y a su territorio. Es así que durante el siglo XIX y principios del siglo XX, imperó el denominado modelo asimilacionista, que buscaba integrar a los indígenas a la civilización y ello fue cierto tanto para el caso de Colombia, como para el de Estados Unidos. El objetivo de este modelo es la disolución de las identidades diferenciadas. Es así que este tipo de ideología y de práctica no tolera la existencia de modelos distintos de vida colectiva. Por ello, en lugar de imponer simplemente al otro que viva segregado del modelo cultural dominante, necesita que éste se inserte de una forma subordinada en el entretejido de las nuevas relaciones sociales regidas por las leyes del mercado (Gall, 2005)

Sin embargo, a mediados del siglo XX la correspondencia entre un Estado y una cultura nacional fue cuestionado por la evidencia de la diversidad nacional y cultural que pervive al interior de los Estados-nación (Cruz, 2013) Frente a esta situación, se han planteado dos nuevos modelos frente a la diversidad cultural: el multiculturalismo y, más recientemente, la interculturalidad. Veamos brevemente cada uno de ellos.

La primera categoría, el multiculturalismo, tuvo sus inicios en los años setenta, principalmente en Canadá frente a la coexistencia de varias naciones al interior del Estado y en Estados Unidos como posición contestataria de los movimientos sociales, respecto del proyecto de integración nacional fundamentado en el *melting-pot* (Tubino, 2003, p. 1) A pesar de que no es posible identificar un significado unívoco de multiculturalismo (Sartori, 2001, p. 126), podemos referirnos, en primer término, a la distinción entre multiculturalidad y multiculturalismo. Esta distinción, en concepto de Hall (2010, pp. 582-618), consiste en

que la primera (la multiculturalidad) se encuentra en un nivel descriptivo de la diversidad cultural, mientras que el segundo (el multiculturalismo) alude a las acciones gestadas por diferentes sujetos para lograr la diversidad. Con todo, al interior del multiculturalismo hay distintas acepciones y perspectivas. De estas perspectivas vale la pena mencionar una postura más pragmática (Walzer, 1998) y otra anclada en el debate liberal (Taylor, 1993; Kymlicka, 2006)

La primera línea, más pragmática y planteada por Walzer (1998), considera que a ciertos grupos poblacionales que propugnan diferencias culturales se les ha concedido derechos, básicamente, con fundamento en el modelo de la tolerancia. Así lo describe el autor: “La tolerancia consiste en “soportar” lo que no es como nosotros. En donde no existe la tolerancia, sobrevienen la guerra y el conflicto permanente (...) Si no queremos entrar en guerra y en enfrentamiento con lo que no forma parte de nuestro ser, tenemos que soportarlo y aguantarlo como lo que es, en su condición de otredad”.

La segunda tendencia, anclada en el debate liberal, busca hacer coincidir los derechos especiales en función de grupo con la tradición liberal, igualitarista y universalista (Taylor, 1993; Kymlicka, 2006). Es así que Kymlicka (2006) considera que si las sociedades liberales quieren ser consistentes con sus postulados de dignidad y libertad, deben respetar y proteger las culturas societales, es decir, aquellas culturas que involucran grupos que participan de una cierta unidad cultural marcada por elementos como lengua, tradición compartida, intergeneracionalidad e institucionalidad propia.

Para Walsh (2008), tal perspectiva teórica permitió que el multiculturalismo en América Latina terminara sirviendo a los intereses del neoliberalismo. En ese sentido, afirma que las reivindicaciones y demandas de los grupos étnicos contra los modelos excluyentes de Estado, fueron acogidas por el neoliberalismo en cuanto le servían para sus pretensiones de incorporación en el mercado de los sectores tradicionalmente aislados y de consolidación de legitimidad, así como de eficacia del Estado (p. 48). Por tanto, podemos afirmar que, en últimas, el multiculturalismo resulta siendo un proyecto neoliberal de integración vertical de culturas.

También dentro de esta segunda tendencia, Giraudo (2007) intenta consolidar esta segunda versión del multiculturalismo afirmando que su fundamento se refiere a los siguientes tres elementos: la asunción de una existencia real de diferencias (elemento descriptivo), la valorización positiva de las mismas (elemento valorativo) y la defensa de la necesidad de un tratamiento político y jurídico “especial” para promover y proteger las diferencias (elemento normativo)

Respecto a los dos primeros elementos (descriptivo y valorativo), esta realidad ha sido reconocida en las últimas décadas por las constituciones latinoamericanas en la forma de Estado multicultural. Este es el caso de países como Colombia, Perú, Argentina y Venezuela, los cuales han incorporado el discurso multicultural (elemento descriptivo) y, a su vez, valoran esta diferencia (elemento valorativo) (Giraudó; 2007). Como vemos, esta consagración constitucional que busca proteger la diversidad étnica y cultural y, a su vez, valora esta diferencia, demuestra la consolidación de los dos primeros elementos mencionados, esto es, el elemento descriptivo y el valorativo de la propuesta multicultural (Giraudó; 2007)

Ahora, en cuanto al tercer elemento (el normativo), una perspectiva multicultural considera que algunas formas de diferencia étnico-culturales pueden protegerse realmente sólo a través del reconocimiento de derechos individuales y colectivos o derechos diferenciados “en razón a la pertenencia de grupo”.

Frente a este modelo, se plantea una crítica desde el proyecto “intercultural decolonizador”. Este afirma que, finalmente, el multiculturalismo resulta siendo un proyecto neoliberal de integración vertical de culturas, pues integra los derechos de otras culturas al discurso homogeneizador de los derechos humanos y universales del tildado occidental. En esta medida, el multiculturalismo, así concebido, termina sirviendo a los intereses del liberalismo (Walsh, 2008). Es por ello que la propuesta intercultural pone de presente las relaciones de poder entre culturas dominantes y subalternas (Cruz, 2013). Por esto, Walsh (2009) indica que la interculturalidad significa “el contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos; en condiciones de igualdad” o, lo que es lo mismo, es “un interpensamiento e interrelacionamiento” que no tienen la pretensión de asumir la perspectiva del otro sino de permitir que la diferencia intervenga en uno, abriendo así nuevas perspectivas interculturales de vivir “con” o “con-vivir” (pp. 13-15)

Así, desde la interculturalidad, como teoría y proyecto político, se ha reinterpretado el derecho, los derechos, el Estado y la justicia. A partir de esta perspectiva, comprendemos que: (i) el derecho no es única ni exclusivamente aquel producido por el Estado-nación, sino que el campo jurídico es “una constelación de diversas legalidades (e ilegalidades) que operan en escalas locales, nacionales y globales” (Santos, 2009, p. 51); (ii) los derechos humanos ya no son el resultado del reconocimiento universal basado en una determinada cultura (la occidental), sino que resultan de “diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas” (Santos, 2009, p. 449); (iii) el Estado no corresponde esencialmente a una nación ni a una cultura, sino que se construye en la coexistencia de pluralidad

de naciones y culturas (Santos, 2010, p. 81); y (iv) la justicia se basa en el principio de “reconocer la otra cultura como igual y diferente al mismo tiempo”, de manera que la igualdad no se restringe al diálogo entre culturas, sino que abarca también las acciones dirigidas a transformar “las constricciones estructurales y las relaciones asimétricas de poder, en las que tiene lugar” dicho diálogo transcultural (Cruz, 2013, p. 45; Fonet-Betancourt, 2000, p. 12)

De cara a los diferentes límites de los que adolece el multiculturalismo, las recientes reformas constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), denotan un nuevo proceso que apuesta por la interculturalidad en la forma de Estado plurinacional (Santos, 2010). Estas dos experiencias constitucionales, que Santos cataloga como muestras del Estado Plurinacional, tienen, en concepto del autor, un marcado sentido político de la refundación del Estado (2010, p. 82), a partir de un constitucionalismo desde abajo y formulado desde el sur.

Así, la fórmula del Estado plurinacional tendría las siguientes implicaciones: una institucionalidad nueva (plurinacional), una autonomía nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural), una territorialidad nueva (reconocimiento de diferentes territorios geopolíticos y geoculturales) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades).

Gargarella, por su parte, más escéptico ante el proceso constituyente de Ecuador y Bolivia, pone de presente los límites del proyecto plurinacional al afirmar que sus postulados progresistas se han reducido a idearios que no han permeado la realidad de la región. Ello por cuanto tales procesos constitucionales no han mejorado la calidad de las instituciones ni han contribuido al logro de una sociedad más justa, igualitaria y democrática (2011, p. 87)

2. EL CASO DE COLOMBIA: LA PROPIEDAD COLECTIVA EN EL MARCO DE UN MODELO MULTICULTURAL

En Colombia, el siglo XIX y gran parte del siglo XX fue testigo de un desconocimiento de los derechos de los indígenas sobre sus territorios, los cuales habían sido reconocidos en el periodo colonial bajo la figura de resguardos coloniales (Bohórquez, 1997). Es así que el siglo XIX se caracteriza por la llegada de las políticas liberales, lo que generó la división de los resguardos coloniales, pues se veía esta institución como un obstáculo a las políticas del libre comercio de la tierra. Lo propio ocurrió en gran parte del siglo XX, particularmente hasta 1980: durante este periodo, la cuestión indígena es tratada, entonces, desde un modelo asimilacionista (DNP, 1997)

Ahora bien, la protección jurídica de los territorios indígenas en Colombia tiene lugar inicialmente en los años 80's, en aplicación de la Ley 135 de 1961, con fundamento en la cual el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA) constituyó un gran número de resguardos indígenas. Esta protección se materializa, especialmente, con la Constitución de 1991, momento en el que se adopta explícitamente el modelo multicultural (arts. 7 y 70 CP).

En este texto constitucional se consagran varios derechos a favor de los indígenas, entre estos mencionamos los siguientes: derecho a la autonomía y el gobierno propio (artículos 286, 287 y 330 CP); derecho a la participación política de los pueblos indígenas y a una circunscripción especial en el Senado y la Cámara de Representantes (arts. 171 y 176 CP); derecho a la consulta previa (art. 338 CP); derecho a la protección de las lenguas indígenas y su carácter oficial en sus territorios (art. 10 CP); derecho a la educación intercultural bilingüe (art. 10 CP); derecho a la administración de justicia en sus territorios o a la Jurisdicción Especial Indígena (art. 246 C.P.). Ahora, en lo que se refiere a la derecho a la propiedad colectiva, este fue reconocido expresamente en los artículos 63, 286, 329, y 330 CP; en donde se precisa que los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y que tienen un carácter inalienable, imprescriptible e inembargable.

Sin embargo, el contenido, límites y aristas de estos derechos, han sido precisados, en la práctica, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Adicional a ello, en su amplia jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que los indígenas son sujetos colectivos titulares de varios derechos fundamentales. Entre estos, los derechos a: la supervivencia cultural³; la integridad étnica y cultural⁴; la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica)⁵; la consulta previa⁶; y la propiedad colectiva, el cual nos ocupa en esta ocasión y cuyo contenido ha sido desarrollado con detenimiento por parte de esta Corporación⁷. Es así que la definición, los límites, implicaciones y sub-derechos de la propiedad colectiva se han precisado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Veamos brevemente los puntos esenciales de este derecho.

3 Corte Constitucional, sentencias SU 039 de 1997, SU 510 de 1998, T 652 de 1998, entre otras.

4 Corte Constitucional, sentencias SU 510 de 1998, y T 652 de 1998, entre otras.

5 Corte Constitucional, sentencias SU 037 de 1997; T 652 de 1998, entre otras.

6 Ver, Corte Constitucional, sentencia T- 652 de 1998, entre otras.

7 Las sentencias más relevantes de la Corte en materia de propiedad colectiva, son las siguientes T-188 de 1993 y T-257 de 1993 (sentencias *fundacionales*). Respecto a las sentencias *hito* se tienen las siguientes: (T 380 de 1993, T 405 de 1993, SU 510 de 1998, T 525 de 1998, T 282 de 2011, T 433 de 2011, T 693 de 2011 y T 009 de 2013) y (C-139 de 1996, C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-180 de 2005, C- 030 de 2008 y C-175 de 2009).

2.1. El contenido del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional

Desde su temprana jurisprudencia, la Corte Constitucional precisó que, a pesar de que el derecho de propiedad a priori no es fundamental y, por ello, no es tutelable, este adquiere el carácter de derecho fundamental cuando se refiere a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por una comunidad indígena (Sentencia T-188 de 1993). A su vez, en varias de sus sentencias, la Corte parte por definir el concepto de territorio que da fundamento a este derecho. En este punto, el Tribunal Constitucional adopta un concepto amplio de territorio, precisando que el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad y de territorio ancestral⁸.

De la misma forma, esta Corporación ha establecido diversos sub-derechos que se derivan de la propiedad colectiva: (i) el derecho a la constitución de los resguardos; (ii) a la división de los resguardos; (iii) a la administración de los asuntos internos dentro de los territorios; (v) a la exclusión de terceros de su territorio; (vi) a la repartición de las tierras dentro de los resguardos; (vi) a la protección de áreas sagradas; (vii) a participar en la explotación de recursos naturales en sus territorios; (viii) al retorno a su territorios, etc.

Una vez realizado este contexto, vale decir que en esta jurisprudencia es posible identificar la utilización de “test” constitucionales (ponderación y test de igualdad) a la hora de analizar diversos problemas jurídicos relacionados con la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. De ello podemos constatar que la utilización de estos “test” o metodologías demuestran la materialización práctica del modelo multicultural, el cual ya explicamos en el primer punto. Veamos algunos de estos ejemplos y la aplicación práctica de estos test en la jurisprudencia constitucional.

2.1.1. Juicio de ponderación

Es posible identificar algunos casos en donde la Corte Constitucional aplica el juicio de ponderación, en virtud del cual advierte el conflicto jurídico entre dos derechos y, luego de ponderarlos en el caso concreto, toma una decisión a favor de alguno de ellos. La ponderación es la determinación o consideración del peso más específico o predominante de los derechos fundamentales, que aparentemente entran en colisión o conflicto en una situación y caso en concreto. Para ello, la Corte sigue este procedimiento: (i) la determinación del peso abstracto *prima facie* de los bienes en conflicto; (ii) la evaluación de la gravedad de la

8 Ver, Corte Constitucional, sentencia T-945 de 2007.

intervención en cada uno de ellos; y (iii) la certeza de que se verán lesionados, a partir de la información empírica disponible en este trámite⁹.

En sentencia C-1287 de 2001, la Corte Constitucional precisa la oportunidad de aplicación de la ponderación retomando la teoría de Alexy (1994). De manera general, precisa la Corte, la filosofía jurídica contemporánea, con miras a establecer fórmulas para la resolución de antinomias, especialmente de las que se presentan dentro de las constituciones, se ha preocupado por precisar la diferencia que existe entre los valores, los principios y las reglas constitucionales. Sobre la forma de superar los conflictos que puedan presentarse entre los principios, precisa la Corte, retomando a Alexy:

Los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios¹⁰. (Resaltado fuera del texto)

Este contexto, nos permite pasar a analizar dos acciones de tutela en donde la Corte, en aplicación de la ponderación, llega a respuestas opuestas. Estos dos casos se refieren al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Veamos cada uno de estos casos.

En la sentencia T 405 de 1993, se plantea un caso en donde efectivos militares llegan al resguardo indígena de Monochoa para ejecutar trabajos en el aeropuerto de Araracuara, ubicado en predios del mencionado resguardo, que consistían en instalar un radar para monitorear actividades del narcotráfico y de grupos al margen de la ley.

Una vez llega este caso a la Corte, ésta plantea que existe un conflicto jurídico entre dos intereses generales: por un lado, la propiedad colectiva de los pueblos indígenas; y, por otro lado, la seguridad y soberanía nacional del Estado. En este caso, el Tribunal Constitucional realiza un ejercicio de ponderación de estos intereses y concluye que la seguridad nacional y la soberanía prevalecen sobre la propiedad colectiva de los indígenas, por tres razones específicas. Primero, por cuanto las pretensiones del Estado (soberanía y seguridad) poseen un mayor

9 El juicio de ponderación se ha definido en las sentencias T-427 de 1998, C-1287 de 2001, C-210 de 2007, C-417 de 2009, T-023 de 2006 y, especialmente, T-617 de 2010, entre otras.

10 Corte Constitucional, sentencia C-1287 de 2001.

peso que las de la comunidad indígena. Segundo, debido a que el interés del Estado, en cuanto al control del narcotráfico en la región del Amazonas y bajo Caquetá y a la seguridad de la población colombiana en el territorio nacional, abarca un mayor número de ciudadanos que incluye, inclusive, a los propios indígenas. Y tercero, porque el radar de la Fuerza Aérea se encuentra ubicado en una de las cabeceras del Aeropuerto de Araracuara, dentro de los terrenos del Resguardo Monochoa, antes de propiedad de la Corporación Araracuara (a título de comodato), pero cuya localización no vulnera ni desconoce los derechos culturales ni étnicos de la comunidad indígena, ni se ponen en peligro sus condiciones de subsistencia ni la integridad ni la vida misma de sus miembros. Como conclusión, la Corte no tutela el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en esta ocasión.

En la sentencia SU 510 de 1998, el representante legal de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia-IPUC y un grupo de evangélicos arhuacos, interponen acción de tutela contra varias autoridades tradicionales arhuacas, pues manifiestan que han sido objeto de atropellos por parte de éstas, debido a que las autoridades arhuacas prohibieron el desarrollo de cultos a dios en el resguardo, pese a que algunos de los accionantes también son indígenas. Frente a este caso, la Corte plantea un conflicto jurídico entre dos derechos: por un lado, la libertad de cultos de los evangélicos; y, por el otro lado, el derecho a la propiedad colectiva de los indígenas.

En el caso concreto y luego de hacer un ejercicio de ponderación, la Corte concluye que tiene mayor peso, en este caso, la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Ello por cuanto, en primer lugar, las actividades desarrolladas por el grupo evangélico en el resguardo de los arhuacos amenazan la integridad étnica de esta comunidad. En segundo lugar, pues estas actividades de proselitismo religioso pueden ser objeto de limitaciones por parte de las autoridades tradicionales arhuacas. Y en tercer lugar, en el caso específico se constituye, además, un derecho a favor de los arhuacos de excluir de su territorio a aquellos que atenten contra su integridad cultural como pueblo indígena. En consecuencia, la Corte decide tutela el derecho a la integridad cultural y a la propiedad colectiva del pueblo arhuaco, entre otros.

2.1.2. Juicio de igualdad

A lo largo de sus años de funcionamiento, la Corte Constitucional colombiana ha establecido y aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Estos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado “test” o juicio de igualdad (Bernal; 2003): (i) un juicio de igualdad de influencia europea,

que sigue el modelo de la proporcionalidad; (ii) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y finalmente, (iii) un original “juicio integrado de igualdad” que pretende ser una simbiosis de los dos primeros esquemas.

En lo que se refiere a la aplicación del test igualdad en materia de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, es posible rastrear la aplicación de éste en las sentencias T 282 de 2011 y C-180 de 2005. En la primera de ellas, la Corte acude a la primera versión del test de igualdad, es decir, el juicio de igualdad que sigue el modelo de la proporcionalidad de influencia europea. En la segunda sentencia, la Corte acude al test de igualdad de escrutinio intermedio, que sigue la influencia del modelo norteamericano.

En la primera sentencia, la T 282 de 2011, los peticionarios, integrantes de un conjunto de 120 familias indígenas desplazadas por la violencia desde el Cauca, se asentaron en un bien baldío en Cali, lugar en donde se constituyeron en cabildo indígena Alto Nápoles. Posteriormente, la policía municipal de Cali informó a los indígenas allí ubicados, la orden de desalojar el predio y, en consecuencia, practicó el trámite policivo respectivo.

En esa oportunidad, la Corte reiteró que el derecho fundamental a la igualdad en sus múltiples manifestaciones- igualdad ante la ley, igualdad de trato, igualdad de oportunidades- es la condición necesaria para la realización de principios básicos en un Estado Social de Derecho. En este sentido, frente a actuaciones administrativas diferenciadas a un grupo restringido de ciudadanos o de imposición de cargas de manera diversificada, opera el deber de dar cuenta argumentativamente de la constitucionalidad del trato diferenciado a esa población. Es decir, para determinar si un acto discriminatorio es admisible, debe comprobarse si tiene o no como sostén al menos uno de los criterios proscritos por la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, y resulta constitucionalmente válido el trato diferenciado. Por esta razón, la Corte Constitucional utiliza el test igualdad, en la modalidad de proporcionalidad, como se utilizó en este caso concreto.

En desarrollo de este test, “el operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida (i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada” (Sentencia 301 de 2004).

Cuando pasa la Corte a analizar la procedencia de la orden de desalojo en el presente caso, aplica un test de proporcionalidad a la medida. Para ello, como se anunció, lleva el examen en tres pasos: (i) analiza si la medida es apropiada o idónea, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto; y, finalmente, (iii) analiza la proporcionalidad en sentido estricto, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada.

Del análisis del caso, y siguiendo los pasos del test de proporcionalidad, la Corte concluye que debe darse prevalencia a los intereses constitucionalmente legítimos de los peticionarios indígenas constituidos en cabildo, de encontrar condiciones mínimas de vivienda y de iniciar un proceso de reconstrucción de tradiciones ancestrales de manera autónoma, así como de tener un territorio. Por tanto, la Corte dispone la suspensión de la orden de desalojo y tutela los derechos fundamentales de los indígenas ubicados en el bien baldío. Para ello, recurre al test de igualdad, en su modalidad de proporcionalidad, bajo el siguiente análisis.

Primero, el Tribunal Constitucional encuentra que el desalojo persigue el fin legítimo de proteger el patrimonio público, y que en este se han seguido los trámites previstos por la ley. En consecuencia, la actuación de la inspección accionada es razonable. En tal forma, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, la Corte observa, en primer término, que la medida de desalojo resulta apropiada para lograr el fin que se persigue, pues permitiría a la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali entrar a ejercer el dominio sobre el predio de Alto Nápoles, de manera que se encuentra satisfecho el requisito de idoneidad.

Segundo, el análisis del asunto de la necesidad, lleva a la Corte a considerar que la actuación es desproporcionada si no se agotan previamente etapas de acuerdo y consulta con los peticionarios, destinadas a evaluar posibles alternativas al desalojo. Esto debido a que cualquier acuerdo sobre la restitución del inmueble lesionaría en menor medida los derechos de los accionantes, en comparación con un desalojo forzoso.

Y tercero, en desarrollo del análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte Constitucional pondera los bienes jurídicos en conflicto, manteniendo presente que la decisión será legítima si el beneficio de los fines constitucionales perseguidos con la diligencia de desalojo es superior a la lesión de los bienes constitucionalmente relevantes que pueden verse afectados en el trámite policivo.

En este punto, constata la Corte que, en primer lugar, los principios en colisión tienen una gran importancia o peso *prima facie*: de un lado, la protección de bienes de uso público representa la prevalencia del interés general; y, por otro lado, la protección de la población desplazada y de las personas étnicamente diversas. En segundo lugar, al evaluar la gravedad o intensidad de la intervención frente a cada grupo de derechos, la Corte Constitucional estima que el número de personas indígenas desplazadas que se verían afectadas por el desalojo, y la presencia de niños, ancianos y mujeres embarazadas en un eventual desalojo, así como la posibilidad de que se trunque el proceso organizativo de la naciente comunidad de Alto Nápoles Nasa Ukawe sx' Thaj son aspectos que llevan a considerar como intensa la intervención al grupo de intereses protegidos de los accionante.

Y en tercer lugar, para la Corte resulta cierta la afectación a los principios jurídicos que pretenden proteger los accionantes, si se verifica el desalojo ordenado por la Inspección Fray Damián N 4. De hecho, la Corte evidencia que en el caso concreto no existe ningún plan de atención al amplio número de personas que resultarían desamparadas y sin techo después de la diligencia del desalojo, entre quienes están niños, ancianos y mujeres, quienes merecen especial protección constitucional.

A partir de este análisis, el Tribunal Constitucional concluye que en este caso priman los derechos de los peticionarios de encontrar condiciones mínimas de vivienda, de constituir su territorio y de iniciar un proceso de reconstrucción de tradiciones ancestrales de manera autónoma.

En la segunda sentencia, es decir, la sentencia C-180 de 2005, la Corte recurre, en cambio, a la segunda modalidad del juicio de igualdad, es decir, un test de escrutinio intermedio del test de igualdad, de influencia norteamericana. En este caso, un ciudadano solicitó la declaratoria de inexecutable de los artículos 21 y 85 de la Ley 160 de 1994, por vulnerar el principio de igualdad (Preámbulo y art 13 CP). Para el solicitante la norma establece un trato diferenciado no justificado entre los campesinos y las comunidades indígenas, respecto de la adquisición de tierras: mientras que a los campesinos se les otorga un subsidio de hasta el 70% de la UAF (art. 21 de la Ley); a los indígenas se les atribuye el territorio a título gratuito (Art. 85 de la Ley).

Para llevar a cabo el juicio de igualdad, la Corte parte por analizar que los indígenas y los campesinos no se encuentran en situaciones idénticas. Esto por dos razones: primero, porque mientras la jurisprudencia constitucional ha declarado expresamente que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional, lo propio no puede afirmarse de la población cam-

pesina; y segundo, pues mientras que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas ha sido reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental, la propiedad privada a la que acceden los campesinos, no es un derecho fundamental, sino sólo excepcionalmente cuando está en conexidad con derechos como la vida, entre otros.

Pasa luego la Corte a elegir el test de igualdad, precisando que opta por un test de escrutinio intermedio de igualdad, pues cuando se trata de medidas de promoción de los desfavorecidos, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se deben aplicar escrutinios intermedios de constitucionalidad. En la aplicación de éste test, la Corte sigue tres pasos: (i) la legitimidad de la finalidad perseguida por la medida; (ii) la idoneidad de la medida; y (iii) la necesidad del trato preferente.

Con este marco, la Corte pasa a analizar el caso. En primer término, el Tribunal Constitucional indica que no cabe duda de la legitimidad de la finalidad perseguida por la adquisición de predios destinados a los resguardos y a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, pues tal tratamiento tiene fundamento en el deber de promoción del Estado de la diversidad étnica y cultural (art 7 CP). En segundo término, la Corte enfatiza que la entrega de tierras a título gratuito a las comunidades indígenas se revela como un medio idóneo para alcanzar tal finalidad. Y en tercer término, la Corte halla que, respecto a la necesidad de trato preferente, no existen medidas alternativas que revistan una idoneidad equivalente o mayor, para fomentar el fin de promocionar la diversidad étnica y cultural. Para este caso, la Corte indica que la medida se trata de una acción afirmativa a favor de un sujeto colectivo de especial protección constitucional. Por tal motivo, la norma es declarada exequible.

2.2. Conclusiones preliminares del caso colombiano

Del análisis de las sentencias referenciadas, podemos extraer unas conclusiones previas sobre el modelo teórico de diversidad cultural al que responde el uso de las metodologías constitucionales de ponderación y test de igualdad, por parte de la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre el derecho al territorio de los pueblos indígenas. De manera general, en este ámbito la Corte Constitucional ha consolidado los elementos descriptivo, valorativo y normativo de la propuesta multicultural (Giraudó, 2007) del Estado colombiano, reconocida en diferentes disposiciones del texto constitucional.

Prueba de esto, son las sentencias T 405 de 1993, SU 510 de 1998, C-180 de 2005 y T 282 de 2011, sólo por nombrar algunas de ellas. En tales pronunciamientos judiciales, la Corte Constitucional, mediante la aplicación de diferentes test, ha

garantizado la protección del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en diversas circunstancias, en aras de garantizar el principio de diversidad étnica y multicultural del Estado Colombiano. En esos casos, el uso de las metodologías constitucionales estudiadas, tuvo en cuenta los elementos del modelo multicultural reconocidas por Giraudo (2007), como lo resaltamos a continuación.

En primer lugar, en todas las sentencias revisadas, al momento de aplicar los diferentes test, el Tribunal Constitucional desarrolló el elemento descriptivo del modelo multicultural. En efecto, antes de utilizar en concreto el correspondiente test (sea el de ponderación o las diversas modalidades del test de igualdad), la Corte Constitucional demostró que en esos casos se encontraban en colisión importantes fines, bienes y derechos constitucionales, los cuales son diferentes entre sí. En tal medida, la Corte subrayó las particularidades del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y, en esa forma, reconoció que se trata de un fin constitucional legítimo que el Estado colombiano puede perseguir por medio de diversos mecanismos.

En segundo lugar, en todas las sentencias estudiadas, la Corte Constitucional, al aplicar las metodologías constitucionales señaladas, tuvo en cuenta el elemento valorativo multicultural. De hecho, en esos pronunciamientos la Corte valoró la relevancia constitucional del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, para la garantía del principio de diversidad étnica y cultural, reconocido por la Constitución Política colombiana. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional enfatizó que la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es un derecho que merece especial protección. Este elemento jugó un papel importante en el análisis de la Corte Constitucional, en las sentencias C-180 de 2005 y T-282 de 2011. En la primera, el análisis de constitucionalidad de las disposiciones acusadas se fundamentó en la especial protección constitucional que merecen los pueblos indígenas y su derecho a la propiedad colectiva. A partir de ello, la Corte Constitucional encontró que las normas que permitían a los pueblos indígenas un acceso gratuito a tierras, no representaban un trato diferencial injustificado que vulnerara el derecho a la igualdad de otros sujetos constitucionales, como la población campesina. Por su parte, en la segunda sentencia, la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional, implicó que la Corte resolviera el caso concreto con base en un test de igualdad más exigente, sobre la necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la medida de desalojo de tal ocasión.

Y en tercer lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha impulsado el elemento normativo multicultural. A lo largo de su trabajo, la Corte ha desarrollado el alcance de una serie de derechos fundamentales colectivos a favor de los pueblos indígena. En particular, en el uso de los test de ponderación y de

igualdad, el Tribunal Constitucional colombiano ha reforzado el contenido de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios.

Con todo, en algunas ocasiones (como en la referida sentencia T-405 de 1993), la aplicación de estos mismos test constitucionales, ha dado lugar a decisiones opuestas en donde la Corte Constitucional ha limitado el derecho a la propiedad colectiva (en ese caso específico, por razones de soberanía y seguridad nacional). Esta decisión, puede sugerir los límites del modelo multicultural, planteado por el modelo intercultural: mediante la aplicación del juicio de ponderación se han integrado verticalmente los derechos de los pueblos indígenas al discurso unificador occidental, en donde se dio prevalencia a otros intereses (seguridad nacional), como lo ha venido advirtiendo la crítica intercultural. Este tipo de decisiones pone de presente las relaciones de poder entre culturas dominantes y subalternas (Cruz, 2013) en donde, finalmente, termina prevaleciendo una sobre la otra, lo que defrauda la posibilidad de asumir perspectivas interculturales de vivir “con” o “con-vivir” (Walsh, 2009).

3. ESTADOS UNIDOS: UN MODELO DE TOLERANCIA INTEGRADOR DE DERECHOS

En lo que respecta al caso de Estados Unidos, durante el siglo XVIII, XIX y principios del siglo XX se dio en este país una política de asimilación de las tribus indígenas (Ellinghaus, 2006). Particularmente, durante el siglo XIX surge la idea de que los indígenas, por ser salvajes, son incapaces de ser propietarios de la tierra y de reivindicar demandas territoriales (Konkle, 2008). La cristalización de esta teoría se hace evidente en Johnson and Graham’s Lessee vs William McIntosh (1823), decisión que inaugura en la jurisprudencia “The Plenary Power Doctrine”, en donde las cortes construyen la doctrina de la necesidad de civilizar y asimilar al indígena.

Sólo hasta 1970 la política cambió. En ese momento se reconoce la autodeterminación de las tribus indígenas, como lo demuestra The Indian Self Determination Act de 1975. A su vez, en el ámbito judicial, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia varió hacia la “*Trust Relationship Doctrine*” (Newton, 1986). Ello constituye una nueva era en donde se empiezan a reconocer los derechos de los indígenas y su soberanía sobre los territorios (Santa Clara Pueblo vs Martínez, 1974)

Ahora bien, a pesar del surgimiento de esta nueva doctrina que fue propiciada, sin duda, por los debates originados en el mundo académico estadounidense y canadiense en torno al multiculturalismo (Kymlicka, Taylor, etc.), en la práctica

la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha limitado y minado, mediante diversas metodologías, el derecho de autodeterminación de los indígenas y sus consecuentes derechos territoriales (Valandra, 1997). Se trata, entonces, de un multiculturalismo fuertemente teorizado en el mundo académico pero, a diferencia del caso colombiano, poco apropiado e implementado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ello es evidente a partir de las metodologías y test aplicados por dicha Corte, como veremos en seguida.

3.1. La Corte Suprema de Justicia y la configuración de la legislación indígena

En la Constitución de Estados Unidos, los indígenas son mencionados sólo dos veces en los artículos 1 y 2: primero, para excluir a los indígenas de los impuestos; y segundo, para mencionar que el Congreso tiene la facultad de regular el comercio con las tribus indígenas. Esto demuestra, ya de entrada, que el texto constitucional estadounidense es mucho menos garantista que el colombiano, por cuanto no incorpora a nivel constitucional los derechos de estos pueblos, como lo es el derecho de propiedad. Ello ofrece una primera explicación del porqué las sentencias analizadas, no incorporan nunca una reflexión en torno a los indígenas como grupos étnicos o grupos culturalmente diversos. En su lenguaje, la Corte Suprema de Justicia se refiere a ellos como “tribus indias” que habitan los “Indian Country”.

Si bien en Estados Unidos no existe una normatividad que rija propiamente a los indígenas y sus territorios, ha sido la Corte Suprema de Justicia la que, al interpretar diversas fuentes de derecho (la Constitución, los congressional statutes y tratados, el federal common law, y el derecho internacional), ha venido consolidando esta normatividad (Newton, 1986) A su vez, vale mencionar que en esta jurisprudencia es posible rastrear diversas reglas y test que la Corte ha venido aplicando a la hora de resolver conflictos jurídicos en torno a los territorios indígenas.

Ello denota, entonces, un rasgo característico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que responde al sistema de “tolerancia” en el que está inscrita la cuestión indígena en Estados Unidos. En esta jurisprudencia, no hay discusión respecto al reconocimiento del derecho sobre la tierra que tienen los indígenas; sin embargo, se han utilizado diversas reglas y test para limitar y minar este derecho en la práctica, lo que denota la crítica del modelo intercultural. En últimas, el sistema estadounidense termina integrando verticalmente los derechos de otras culturas a su discurso homogeneizador y, por esa vía, sirve a los intereses del liberalismo, como lo dirían los críticos del modelo

multicultural (Walsh, 2009). Veamos cómo funciona esta integración vertical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

3.2. El tímido reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los indígenas y su derecho a las tierras

En principio, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el derecho de los indígenas sobre sus tierras, haciendo referencia a diversas modalidades de títulos que éstos tienen sobre las mismas. En primer lugar, el título simple de dominio -“a fee simple title” (United States vs Sandoval, 1913)- reconoce la propiedad comunal sobre la tierra. Este tipo de título, sin embargo, permite que el gobierno federal decida algunos asuntos sobre esos territorios. Por ejemplo, en United States vs Sandoval (1913), la Corte Suprema de Justicia señaló que el Congreso Federal tiene el poder de excluir el comercio de licor de las tierras de la comunidad indígena Pueblo (ubicadas en lo que hoy se conoce como Nuevo México). En segundo lugar, de acuerdo al Original indian title, los indígenas tienen derecho sobre la tierra, por la ocupación que éstos han hecho de la misma desde tiempos inmemoriales (Oneida Indian Nation vs County of Oneida (1974)). En tercer lugar, el Recognized title hace alusión a las tierras oficialmente reconocidas por una norma del Congreso Federal (Tee-Hit-Ton Indians vs United States; 1955). Y en cuarto y último lugar, el título Executive order reservation corresponde a las tierras otorgadas por el gobierno.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia ha utilizado el término genérico de Indian Country, para referirse a todos los terrenos que hacen parte de una reserva indígena (Michigan vs Bay Mills Indian Community, 2014).

3.3. Doctrinas y test jurisprudenciales: un mecanismo integrador de derechos

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia, en algunas de sus sentencias, ha reconocido que los indígenas tienen derechos sobre sus territorios, bajo diversas modalidades y mediante el uso de doctrinas y test jurisprudenciales, esta misma Corporación se ha encargado de limitar, en la práctica, el contenido de este derecho. Las doctrinas y test jurisprudenciales se han constituido, entonces, en herramientas que han permitido la integración vertical de derechos, como lo advierte Walsh (2009), desde su crítica intercultural. Claro ejemplo de ello son las siguientes prácticas jurisprudenciales: por un lado, las doctrinas de “inherent

sovereign authority” y “doctrine of discovery”; y, por otro lado, el uso de “the infringement test” y el “preemption test”. Veamos brevemente cada uno de ellos.

La “inherent sovereign authority”: La misma Corte ha precisado que el gobierno federal tiene más poder sobre los indígenas americanos que sobre otros ciudadanos. En su jurisprudencia reciente, ésta ha reiterado el “plenary power” del gobierno federal sobre los asuntos de los indígenas. La Constitución, por ejemplo, habilita al gobierno federal para hacer negociaciones de tratados con los indígenas (*Michigan vs Bay Mills Indian Community*, 2014). En esta misma decisión, la Corte reiteró que los indígenas en Estados Unidos son considerados “domestic dependent nations”, que ejercen “inherent sovereign authority.” Como dependientes, los indígenas están sujetos a un pleno control por parte del Congreso Federal (*United States vs Lara*, 2004), y este órgano tiene la exclusividad de regular los asuntos de los indígenas.

La “doctrine of discovery”: De la misma forma, los territorios indígenas pueden ser vendidos o gravados, siempre y cuando medie el consentimiento federal. Ello se derivó esencialmente de la “Doctrine of Discovery” (*Johnson vs McIntosh*; *Wocester vs Georgia*, 1832). Desde 1974, la Corte Suprema de Justicia precisó que esto incluía la venta de tierras tanto a individuos no indígenas, como a los Estados (*Oneida Indian Nation vs County of Oneida*, 1974).

The “infringement test” y el “preemption test”: En *Oliphant vs Suquamish Indian Tribe* (1978), la Corte Suprema de Justicia precisó que, cuando al interior de los “Indian Country” se presente un conflicto con un no-indígena, las autoridades indígenas no tienen competencia para investigar y sancionar a los no-indígenas, pues tal facultad reside solamente en el gobierno federal. Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia: “Indian tribal courts do not have inherent criminal jurisdiction to try and to punish non-Indians, and hence may not assume such jurisdiction unless specifically authorized to do so by Congress. Only government has criminal over non-Indian”. Es así que la soberanía que tienen los indígenas sobre su territorio se limita a: (i) aquellos conflictos que se den al interior de su territorio; y (ii) aquellos conflictos que se surtan entre indígenas únicamente. Es por ello que la misma Corte ha precisado que la soberanía de los indígenas sobre su territorio, es una “soberanía residual” (*United States vs Mazurie* (1975); *Plain Commerce Bank vs Long Family Land*, 2007).

Bajo este supuesto, la Corte ha venido aplicando dos test judiciales para determinar los parámetros subjetivos de la jurisdicción de los indígenas cuando esté involucrado un individuo no indígena o corporación, a pesar de que éste conflicto se presente al interior de los territorios de los indígenas: el “infringement” y el “preemption” test (Valandra, 1997).

La premisa del “infringement test” es la siguiente: si la intrusión de un Estado no infringe el autogobierno de los indígenas, el Estado puede extender su jurisdicción hasta la reserva indígena inclusive (Ver *William vs Lee*; 1959). El “preemption test”, por su parte, marginaliza la soberanía indígena. En estos términos, la soberanía indígena es usada solamente como un telón de fondo bajo la cual deben ser leídos y aplicados los treaties y statues. La cuestión no es tanto la de delimitar y reconocer la soberanía indígena; se trata, en cambio, de definir cuándo los treaties y statues deben ser priorizados, de suerte que técnicamente no se estaría ante una intrusión de un Estado en una reserva indígena, sino ante una situación en la que el treatie o el statute prevalece sobre la ley indígena, en el territorio indígena mismo (ver *McClanahan vs State Tax Commission of Arizona*, 1973).

3.4. El uso del scrutiny test en materia indígena

Para finalizar, vale la pena analizar en qué medida la Corte Suprema de Justicia ha utilizado el scrutiny test en materia indígena. Al respecto, es necesario precisar que si bien el scrutiny no se ha utilizado para casos relacionados con los derechos que tienen los indígenas sobre la tierra, sí se ha usado en otros escenarios relacionados con los indígenas.

Según Kieval (2008), la Corte Suprema de Justicia utiliza el scrutiny, en sus diversas modalidades, en sentencias relacionadas con indígenas, cuando: (i) una ley clasifica a los indígenas como un “grupo racial”, se aplica el escrutinio estricto; (ii) una ley regula los derechos fundamentales y en ella se pretende excluir o exceptuar a los indígenas (por ejemplo votar) de alguno de estos derechos, se aplica el escrutinio estricto, dado que en materia de derechos fundamentales no pueden hacerse diferencias entre los indígenas y los no indígenas; y (iii) la ley regula a los indígenas como un grupo político, la norma está sujeta a un escrutinio intermedio (*Morton vs Mancari*- 1974-).

Muchos de los casos que llegan a la Corte Suprema de Justicia, son casos en donde los indígenas solicitan un trato diferencial respecto a otros americanos, por sus particularidades como grupo. No obstante, debido a la existencia de la cláusula de igualdad en sentido formal, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las acciones afirmativas son, por lo general, inaplicables. Es así que al gobierno se le permite, en ocasiones, tratar a los indígenas como miembros de un grupo político diferente, pero nunca como una minoría racial (Kieval, 2009). Con el fin de evitar que la Ley establezca diferenciaciones de los indígenas, en consideración a su raza, se aplica entonces el strict scrutiny. La Corte ha reiterado que utiliza el strict scrutiny como medio para evitar la discriminación de los Estados frente a los indígenas, pues éstos son también

ciudadanos norteamericanos y no hay lugar a diferenciarlos en su tratamiento por parte de la ley (Kieval, 2009)

3.5 Conclusiones preliminares de la jurisprudencia de Estados Unidos

La utilización de las doctrinas, reglas y test que hemos señalado, por parte de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en últimas, representa la subordinación de la “soberanía indígena” y sus territorios al sistema político estadounidense (Valandra, 1997). Ello confirma que, si bien Estados Unidos ya superó el modelo asimilacionista del siglo XIX y principios del siglo XX y que en este país se han dado las discusiones propias del modelo multicultural (con autores como Kymlicka), este discurso multicultural ha sido más fértil en el plano académico, pero no tanto en el judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el modelo norteamericano se inscriben en una versión bastante pragmática del multiculturalismo, como el predicado por Walzer, en donde si bien teóricamente no se busca integrar a la población nativa, ésta simplemente se tolera. De ahí que para Konkle (2008), el tratamiento jurídico a los indígenas en Estados Unidos, representa el truco del imperialismo liberal, el cual promete libertad y ejerce subordinación. En la misma línea, Wilkins (2002) precisa que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia indígena han sido tan políticas y convenientes, pero que no existe realmente un cuerpo coherente de Legislación Indígena.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia indígena, en particular, respecto de los derechos colectivos de estos pueblos, es aún más evidente cómo el proyecto multiculturalismo resulta siendo un proyecto neoliberal de integración vertical de culturas (Walsh, 2009), en donde las culturas dominantes terminan imponiendo su perspectiva sobre las culturas subalternas. Esta realidad termina siendo normalizada por el derecho y, en este caso, por la jurisprudencia. Ello niega la posibilidad de un diálogo intercultural y de un escenario en donde las diversas culturas puedan vivir y (con)vivir en igualdad de condiciones (Walsh, 2009).

CONCLUSIONES

Nuestro análisis de los test y metodologías constitucionales usadas por la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en la jurisprudencia acerca de derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, arroja las siguientes conclusiones.

En primer lugar, a nivel del texto constitucional, podemos resaltar que mientras Colombia ha adoptado explícitamente el modelo multicultural en su Constitución Política (arts. 7 y 70), Estados Unidos en su texto constitucional hace una vaga y tímida mención a los indígenas (arts. 1 y 2), sin adoptar conscientemente este modelo. Ello denota de entrada que el modelo colombiano, es más garantista que el norteamericano.

En segundo lugar, encontramos que, en tales marcos constitucionales, los principales tribunales judiciales de estos países son los que han precisado el alcance, contenido y límites del derecho de los indígenas sobre sus territorios. De hecho, la jurisprudencia reseñada muestra que la actividad judicial ha robustecido esos derechos frente a una normatividad constitucional que reguló apenas tangencialmente el tema para el caso de Colombia, y que ni siquiera es mencionado en el caso de Estados Unidos.

En tercer lugar, en ese desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos han hecho uso de diversas metodologías o test constitucionales: en el primer caso, están el test ponderación y las tres versiones del test de igualdad; y en el segundo caso, infringement test, preemption test y scrutiny test.

En cuarto lugar, estas metodologías, de una parte, comparten algunas características, lo que no significa que no tengan sus rasgos particulares; y, de otra parte, responden a distintos modelos multiculturales.

Respecto a las semejanzas y diferencias de las metodologías y test constitucionales analizados, resaltamos dos aspectos: las diferencias generales entre los test colombianos de ponderación e igualdad frente a las metodologías estadounidenses de infringement test y preemption test; y los puntos que comparten y en los que se distinguen el test de igualdad y el scrutiny test.

En cuanto a lo primero, el test de ponderación y las versiones del test de igualdad colombiano respecto de las metodologías infringement test y preemption test tienen, por lo menos, una diferencia importante: mientras que los primeros parten del reconocimiento de las particularidades y distinciones de los derechos de los pueblos indígenas, en concreto el derecho a la propiedad colectiva, frente a otros bienes y derechos constitucionalmente relevantes; las metodologías de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos no hacen tal reconocimiento, sino que tienen como punto de partida los bienes y fines constitucionales que persigue el Estado federal. Este asunto no es de menor importancia. Ello repercute directamente en la forma en que los tribunales judiciales conciben el modelo constitucional multicultural. De hecho, un test constitucional que en su análisis reconoce y valora las diferencias culturales de los pueblos indígenas y de los

derechos de los cuales son titulares, es respetuoso de un modelo constitucional interesado en garantizar la diversidad étnica y multicultural. Por el contrario, una metodología que sobrevalora las competencias del Estado respecto de los derechos de los pueblos indígenas, no es coherente con un modelo constitucional que normativamente protege la diversidad étnica.

Frente a lo segundo, es de anotar que una de las modalidades del test de igualdad que ha utilizado la Corte Constitucional colombiana proviene del strict scrutiny test de Estados Unidos, tal como lo precisamos arriba. Sin embargo, su aplicación en temas indígenas denota diferencias muy importantes. Por un lado, la Corte Constitucional (i) ha utilizado ese test en casos relacionados con tierras indígenas (sentencia T 405 de 1993); (ii) en la aplicación del test, la Corte colombiana ha precisado que los pueblos indígenas son sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales (por ejemplo, la propiedad colectiva); y (iii) en virtud del test de igualdad, la misma Corte ha declarado constitucional una norma por considerar que se trataba de una acción afirmativa a favor de los indígenas (sentencia C-180 de 2005).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (i) no ha utilizado el strict scrutiny test, ni en general el scrutiny test, en temas de tierras indígenas; (ii) cuando esa Corte Suprema ha utilizado el scrutiny test, ya sea en su versión intermedia o en su versión estricta, no ha reconocido que los indígenas son sujetos de especial protección constitucional, en razón de sus diferencias étnicas, sino que, por el contrario, ha aplicado ese test al equiparar a los indígenas con grupos raciales o políticos; y (iii) dicha Corte ha precisado específicamente que, por lo general, las acciones afirmativas para los indígenas no son aplicables, pues no hay lugar a diferenciaciones raciales en las normas y, además, porque esa misma Corte no considera posible que en materia de derechos fundamentales se haga diferenciaciones entre los indígenas y los no indígenas.

Ahora, la aplicación práctica de los test y metodologías constitucionales estudiadas responde a diferentes modelos teóricos sobre la diversidad étnica y cultural. De una parte, en el caso colombiano el uso de los test de ponderación y las tres modalidades del test de igualdad es cercano del modelo multicultural que hace énfasis en los elementos descriptivo, valorativo y normativo, en palabras de Giraudó (2007). Y, por otra parte, la utilización del infringement test, el preemption test y el scrutiny test, por parte de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, muestra una escasa implementación del modelo multicultural en el discurso judicial. A ello hicimos referencia en los apartes 2.4 y 3.5.

En quinto lugar, esto, a su vez, denota las bondades y los límites del modelo multicultural. Las prácticas judiciales de la Corte Constitucional colombiana y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos reconocen los derechos sobre

la tierra, pero al mismo tiempo utilizan algunas doctrinas y test constitucionales como herramientas para limitar esos derechos. Esta limitación es más evidente en el caso de Estados Unidos, en donde explícitamente esa Corte ha reconocido que, pese a que los indígenas gozan de soberanía en su territorio, esta soberanía es apenas relativa o residual y, por ello, están sujetos a las regulaciones de los plenos poderes del Congreso Federal. Ahora, si bien el caso colombiano es más garantista, en una ocasión ha limitado la propiedad colectiva, porque consideró que prevalecía la seguridad nacional (sentencia T-405 de 1993).

En esta forma, constatamos que las prácticas constitucionales analizadas están inscritas en diferentes vertientes del multiculturalismo. Por un lado, la vertiente multicultural de Kymlicka para el caso colombiano, en donde se dan los elementos normativos, descriptivos y valorativos del multiculturalismo. Por otro lado, la vertiente pragmática de Walzer, basado en el modelo de la tolerancia para el caso de los Estados Unidos. En ese sentido, si bien los dos modelos reconocen la coexistencia de las sociedades culturalmente diversas y, por ello, ya han superado el modelo asimilacionista que imperó en el siglo XIX y principios del XX, tales modelos constitucionales se inscriben en diversas modalidades dentro de la corriente multicultural: la colombiana más garantista normativamente de los derechos de los indígenas; y la estadounidense más pragmática y menos garantista de los valores culturales indígenas.

En tal medida, el caso de Estados Unidos, en especial, es ejemplo de la aplicación práctica de la crítica del modelo multicultural proveniente de la corriente intercultural. Esto por cuanto la Corte Suprema de Justicia dice reconocer los derechos que los indígenas tienen sobre los Indian Country y su soberanía; pero, en la práctica, esa misma Corte limita tal derecho, al integrar verticalmente los derechos de los indígenas al discurso homogeneizador de occidente y del liberalismo.

Para superar esta crítica, el proyecto intercultural decolonizador propone la reconstrucción de un discurso formulado desde abajo y desde el sur. Para algunos (Santos, 2010), una muestra latinoamericana de ese proyecto lo constituyen las recientes experiencias constitucionales de Ecuador y Bolivia, las cuales, por lo menos en el nivel normativo, parecen ser más coherentes en la búsqueda de la defensa y convivencia en la diversidad. No nos corresponde en este momento hacer un análisis de los alcances y límites de estas experiencias constitucionales. Por ahora y en quinto lugar, sólo queremos resaltar que, a partir de nuestro estudio, podemos concluir que la defensa de la diversidad étnica, no sólo en el orden normativo sino también en otras prácticas estatales, especialmente la práctica judicial, supone, sin duda, otro tipo de prácticas jurisprudenciales y el uso de otra clase de test constitucionales formulados desde el sur y no desde el norte. Por ello, surge la pregunta ¿Qué tan intercultural puede ser la utiliza-

ción de test (como el strict scrutiny test) formulados desde el norte para temas étnicos, cuando el contexto de aplicación de estos test han propiciado precisamente la limitación e integración vertical de los derechos de los indígenas al discurso homogeneizador? Este es un campo de investigación poco explorado que debería ser estudiado en el corto plazo, en aras de materializar aquellos postulados de la interculturalidad en los que han incursionado algunos países latinoamericanos en los últimos años.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. (1994) *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, S.A: Barcelona.
- Bernal Pulido, Carlos (2003) “el juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” en *Letras jurídicas*, núm 2, p.203-228. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cruz Rodríguez, Edwin. (2013) *Pensar la interculturalidad: una invitación desde Abya-Yala/América Latina*. Quito: Ediciones Abya-Yala
- Ellinghaus, Katherine (Nov 2006) “Indigenous assimilation and Absorption in the United States and Australia” en *Pacific Historical Review*. Vol 75, Nª 4, pp.563-585. University of California Press. Disponible en línea: www.jstor.org/stable/10.1525/phr.2006.75.4.563
- Fornet-Betancourt, Raúl. (2010) *Interculturalidad y globalización*. San José de Costa Rica: Editorial DEI
- Gall, Olivia (2005) *Desigualdad, diferencialismo, asimilacionismo, segregacionismo y exterminio: racismos ordinarios en el mundo y en México*. Disponible en línea <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0003-01.pdf>
- Gargarella, Roberto (2011) “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, En Rodríguez Garavito, César (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Giraudó, Laura (Ed,) (2007). *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Hirschl, Ran (2006) *The question of case selection in comparative constitutional law*. University of Toronto Legal Studies Series.
- Kieval, Shira (2009) Discerning discrimination in State Treatment of American Indians going beyond reservation boundaries (*Columbia Law Review*) Vol 109, Nª 1, pp. 94-137. Disponible en línea: www.jstor.org/stable/403803000
- Konkle, Maureen (2008) “Indigenous ownership and the emergence of U.S liberal imperialism” en *American Indian Quarterly*, Vol 32, Nª 3- P.297-

323. University of Nebraska Press. Disponible en línea: www.jstor.org/stable/25487881

Kymlicka, Will (2006). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona. Paidós.

Newton, Nell J (1986) "Status of Native American Tribal Indians Under United States Law" en *Law and antropology*.

Santos De Sousa, Boaventura (2010) *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – Programa Democracia y Transformación Global.

Sartori, Giovanni (2001) *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. México: Taurus

Tubino, Fidel (2003) *Interculturalizando el multiculturalismo*. Barcelona: Monografías CIDOB

Valandra, Edward C (1997) "Rethinking Indigenous Underdevelopment in the United States" en *Wicazo Sa Review*, Vol. 12, N° 2 (Autumn, 1997), pp. 111-142. Disponible en línea: www.jstor.org/stable/1409210

Walzer, Michael (1998). *Tratado sobre la tolerancia*. Barcelona: Editorial Paidós, Estado y Sociedad.

Wilkins, Davis (2002) *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*. American Society for Legal History. Disponible en línea: www.jstor.org/stable/744169

Walsh, Catherine (2008) "Interculturalidad crítica. Pedagogía de-colonial" En, Villa, Wilmer y Grueso Bonilla, Arturo. *Diversidad, interculturalidad y construcción de ciudad*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T 380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T 405 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara

Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia T 525 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia SU 510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería

Sentencia C-620 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia C-180 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia C- 030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia C 175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia T 282 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia T 433 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo

Sentencia T 693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia T 009 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Johnson vs McIntosh; Wocester vs Georgia, 1832

Oneida Indian Nation vs County of Oneida, 1974

United States vs Mazurie, 1975

Oliphant vs Suquamish Indian Tribe, 1978

United States vs Lara, 2004

Plain Commerce Bank vs Long Family Land, 2007

Michigan vs Bay Mills Indian Comunity, 2014