
Políticas públicas, implementadas por la gobernación de Bolívar y el distrito de Cartagena para fortalecer y preservar la identidad étnica y cultural de los indígenas caizem en el barrio membrillal de Cartagena, Bolívar.

Public policies implemented by the Gobernación de Bolívar y the Distrito de Cartagena to strengthen and preserve the ethnic and cultural identity of the Caizem Indians in the neighborhood membrillal of Cartagena, Bolívar.

Autores:
Iliana Fortich Lozano¹
Yezid Carrillo de la Rosa²

RESUMEN

Para nadie es un secreto que vivimos sociedades complejas cuya esfera política y cultural está dominada por el discurso de la igualdad y la libertad. La igualdad se asume como un presupuesto universal incontrovertible y se expresa, entre otras cosas, en un igual sistema de libertades individuales y una igual consideración de todos y cada uno ante la ley. No obstante ello, esa conquista del mundo moderno es vista hoy con reparo por aquellos que lejos de reivindicar la igualdad le apuestan a la diferencia. Éste es, sin lugar a dudas, uno de los problemas más acuciantes a los que se enfrenta la teoría política y jurídica actual, y el gran desafío para la teoría constitucional del siglo XXI.

El problema en torno al derecho de las minorías sociales, culturales y étnicas en las Estados democráticos y constitucionales actuales, aunque es uno de los problemas más antiguos de la humanidad, se ha puesto en evidencia luego de la constatación de que la realidad social actual (política, económica, cultural, psicológica, histórica, antropológica) es heteromorfa y pluralista, que

¹ Candidata a Magister en Derecho de la Universidad de Cartagena. Docente de la Universidad Libre sede Cartagena, y de la Corporación Universitaria Rafael Núñez CURN., Especialista en Seguridad Social Universidad de Cartagena, Abogada Corporación Universitaria de la Costa CUC, investigadora del grupo de investigación: Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales Phronesis. ilianamarcelafortich@hotmail.com

² Docente de la Facultad de Derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena y de la Universidad libre sede Cartagena. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado Universidad Nacional de Colombia, Filósofo Universidad Santo Tomas. Director del grupo de investigación: Teoría jurídica y derechos fundamentales "phrónesis". yezidcarrillo@hotmail.com

exige ser reinterpretada a partir de ideas antitéticas tales y como: universalismo o particularismo, integración o emancipación, igualdad o diferencia, individualismo o colectivismo.

Palabras Claves:

Políticas, indígenas, identidad étnica, identidad cultural, histórica, jurisprudencia.

ABSTRACT

For nobody is a secret that we live complex societies whose political and cultural sphere is dominated by the discourse of equality and freedom. Equality is assumed as an incontrovertible universal budget and is expressed, among other things, in an equal system of individual liberties and an equal consideration of each and every one before the law. Nevertheless, this conquest of the modern world is seen today with reluctance by those who, far from claiming equality, are betting on difference. This is, without a doubt, one of the most pressing problems faced by the current political and legal theory, and the great challenge for the constitutional theory of the 21st century.

The problem surrounding the right of social, cultural and ethnic minorities in the current democratic and constitutional states, although it is one of the oldest problems of humanity, has become evident after the realization that the current social reality (political, economic, cultural, psychological, historical, anthropological) is heteromorphic and pluralistic, which demands to be reinterpreted from antithetical ideas such as: universalism or particularism, integration or emancipation, equality or difference, individualism or collectivism.

Keywords:

Policies, indigenous, ethnic identity, cultural identity, historical, jurisprudence.

Introducción

La existencia de estos grupos sociales que cotidianamente reivindican una especificidad cultural, moral o social, y que en la mayoría de las ocasiones se halla en condiciones de marginalidad y discriminación, es una realidad inocultable, un problema insoslayable y acuciante que exige ser resuelto en nuestra sociedad y que se expresa de múltiples formas. Uno de ellos es el conflicto de nacionalidades o de etnias con los Estados nacionales. Éste, que era un fenómeno que se creía superado, es en realidad uno de los acontecimientos que más ha impactado en los

inicios de este tercer milenio. La realidad colombiana tampoco es ajena a esta problemática; por el contrario, el reconocimiento de nuestra diversidad cultural ha dado como resultado la consagración de un número considerable de preceptos que hacen alusión a tales circunstancias, y un prolífico desarrollo jurisprudencial en relación con los derechos de las minorías (Cortés, 1998)

Este ensayo quiere proponer un marco constitucional y jurisprudencial para comprender y defender el derecho de los pueblos indígenas en Colombia.

Metodología.

Tipo y diseño de investigación.

La metodología que se utilizó es de tipo explicativa, pues este busca analizar las normas constitucionales y los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con las minorías étnicas implementadas por la Congreso y por la Corte Constitucional. Un primer esclarecimiento requiere tener en cuenta los diferentes conflictos que por razones culturales pueden acaecer en un comunidad política cualquiera. Ello permitiría que no se equipare la problemática que surge entre una comunidad étnica y la cultura dominante en las sociedades modernas, en la que debe ubicarse el problema de las minorías étnicas ancestrales. De tal modo que esta investigación también tiene un carácter jurídico, pues al analizar la constitución y la jurisprudencia; estudiaríamos la problemática que incluye a las comunidades indígenas asentadas en Colombia. Por su parte el tipo de investigación explicativa no sólo persigue describir o acercarse a un problema de las comunidades indígenas, sino que los pronunciamientos de la corte buscan proteger que no se les vulneren los derechos a estas minorías étnicas.

Técnicas e instrumentos de recolección de información

Esta investigación está apoyada en búsquedas y consultas documentales, sirviéndose de aspectos jurídicos, axiológicos y comparativos. Estos contemplarán el análisis, revisión y estudio, a través de la Constitución y jurisprudencias de la Corte Constitucional.

Resultados Y Discusión

Colombia ha pasado de una Constitución, la de 1886, que establecía como fuente suprema de toda autoridad la figura de dios y al catolicismo como la religión de la nación y como fundamento de la moral social y la cultura, a una Constitución que consagra la diversidad cultural y de estilos de vida. Este reconocimiento de nuestra diversidad ha dado como resultado que en nuestra carta política se encuentren un número considerable de preceptos que hacen alusión a tal circunstancias.

Así, la Constitución Política de 1991 prescribe en su artículo primero que Colombia es "...una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista." Y en su artículo 7º ya citado se dice que "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana". Si bien consagra un idioma oficial reconoce en el artículo décimo que "las lenguas y los dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe."

En conexidad con estos artículos podemos señalar: el artículo 68 que garantiza a los grupos étnicos "El derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. El artículo 70 señala que la cultura en sus diversas

manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. Igualmente se pueden citar el artículo 63 relativo a las tierras comunales de los grupos étnicos, el 246 que da potestad a los pueblos indígenas para tener sus propios sistemas judiciales y el 286, al que ya hemos hecho alusión, categorizan dentro del ordenamiento territorial a los territorios indígenas entre otros³ (Cortés, 1998, pág. 131).

La Corte Constitucional ha establecido que “la diversidad étnica y cultural es un principio constitucional, del que se deriva el derecho fundamental a la identidad étnica⁴, tanto de las comunidades indígenas como de sus integrantes⁵” (Sentencia T -973, 2009); según ella, esta noción hace referencia a formas de vida y concepciones del mundo diferentes a las dominantes en la comunidad en aspectos como la raza, religión, lengua, economía y organización política. De manera que si un grupo humano posee características culturales o costumbres que no encuadran dentro del orden moral, político o económico dominante, tiene derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de

³ Igualmente este que algunos casos acaecidos últimamente en nuestro país hallan sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional; a manera de ejemplo se puede señalar: el caso de la comunidad indígena *Tambo* que el 19 de diciembre de 1992 expulsó y desterró a un indígena junto con su familia de la comunidad por haber robado dineros comunitarios. (sentencia de la Corte Constitucional T-254 de mayo de 1994); igualmente se puede citar el de la comunidad *Embera-chamí*, la cual juzgó, el 31 de agosto de 1995, por homicidio a un indígena y lo condenó a una pena privativa de la libertad de 20 años la cual debía cumplirse en una cárcel “blanca” (sentencia T-349 / 96); o el caso de la comunidad de los *paeces* que juzgó y decidió propinarle un número de fuetazos a cada uno de los indígenas implicados como supuestos cómplices del asesinato de un alcalde paez. Finalmente se puede reseñar el caso de la comunidad U’wa que solicitó anular la licencia ambiental otorgada en 1995 a la multinacional petrolera Occidental de Colombia.

⁴ La identidad cultural, ha sido conceptualizada como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser conocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona. Es una “*representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo*”. El carácter de derecho fundamental que se le ha reconocido a la identidad cultural de las comunidades indígenas, está explicado entre otras, en las sentencias T-380 de 1993; SU-039 de 1997 y SU-510 de 1998. Ver además la sentencia C-208 de 2007.

⁵ En la sentencia C-620 de 2003, se estableció sobre el tema que: “La jurisprudencia constitucional ha interpretado el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, y entre ellas en las relacionadas con los recursos naturales existentes en sus territorios, como una consecuencia del derecho a su identidad cultural, el cual, a su vez, ha sido considerado como un derecho fundamental de la comunidad indígena entendida como sujeto de protección constitucional.”

dignidad humana, pluralismo (C. P. art. 1) y protección de las minorías (C. P. arts.13, 176 y 265) (Sentencia T-605, 1992) .

En la sentencia SU- 039 de 1997 la Constitución reconoce que hay formas de vida social diferentes y como tal es menester otorgar a estas comunidades personería sustantiva que les confiera estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir protección⁶. A pesar de lo anterior la Corte también admite que existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, pues mientras estos últimos se fundamenta en normas transculturales, pretendidamente universales, la diversidad étnica y cultural supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética

⁶ Esta forma de entender la diferencia, guarda relación con el tema de la igualdad como diferenciación que la Corte ha expuesto en reiteradas jurisprudencias, y que debe entenderse como la diferencia entre distintos, regulada en los artículo 13 incisos 2° y 3° (adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles), artículo 58 (criterios para fijar la indemnización por expropiación: los intereses de la comunidad y del afectado), y artículos 95.9 y 362 (principios tributarios: equidad y progresividad)(Corte Constitucional sentencia N° C-530 de 1993). En un primer momento, la Corte Constitucional, consideró que la igualdad implicaba el trato igual entre los iguales y el trato diferente entre los distintos. (Corte Constitucional sentencia N° T-02 de 1992). Posteriormente, expresó que para introducir una diferencia era necesario que ésta fuera razonable en función de la presencia de diversos supuestos de hecho. (Corte Constitucional sentencia N° T-422 de 1992). En una tercera sentencia la Corte ha defendido el trato desigual para las minorías. Corte Constitucional sentencia (N° T-416 de 1992, reiterada en el fallo T-429 del mismo año). En la misma sentencia (C-530 de 1993), la Corte señala que puede conferirse un trato distinto a personas diferentes, con fundamento en el Art. 13 de la C. P., siempre y cuando las (a) personas objeto del mismo se encuentren efectivamente en distintas situaciones de hecho, (b) que este trato distinto tenga una finalidad y que esta (c) finalidad tenga un carácter concreto, no abstracto, (d) razonable, vista desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales, (e) además de lo anterior, que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna y, finalmente, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. El anterior argumento fue reiterado por la Corte en la sentencia C-058 de 1994 en la que lo aplica en el caso concreto de tratamiento diferente de los indígenas y la prestación del servicio militar en la que señaló: “El principio material de la igualdad implica el tratamiento igual a los idénticos y el diferente a los distintos. Para que una diferenciación sea constitucional, es preciso que se reúnan los siguientes elementos: que existan diferentes supuestos de hecho, que haya una finalidad y que la diferenciación sea racional, razonable y proporcional” (Corte Constitucional sentencia N° C-058 de 1994) y en la T-342 de 1994, sobre el proceso de aculturación de los Nukak-Maku por un grupo misionero Nuevas Tribus de Colombia, en la que se establece que la igualdad debe ser promovida y en la T-384 de 1994.

universal, de allí que debe entenderse que los derechos fundamentales constituye un límite frente a los primeros (Sentencia T-254, 1994). Argumento que ha sido planteado y sostenido en diversas sentencias entre otras la C -139 de 1996.

En relación al tema de la autonomía, la Corte ha dicho que a diferencia de lo que acontece con las otras entidades territoriales, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino también el ejercicio de cierta autonomía política y jurídica, que debe ejercerse según sus usos y costumbres y siempre y cuando estas no sean contrarias a la Constitución y la ley. Ahora bien, como ya se dijo esta autonomía no es absoluta, pues los derechos fundamentales constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, de manera que el ejercicio de la autonomía jurisdiccional nunca puede vulnerar aquellos. (Sentencia T-254, 1994) Esta tesis ha sido reiterada en la sentencias T-030 del 2000, T- 601 del 2001, T-1127 del 2001, T-048 del 2002 y T-811 del 2004.

La Corte ha señalado entre los más importantes manifestaciones del principio de autonomía indígena: "i) el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus valores culturales propios y su cosmovisión (C.P., artículo 246); ii) el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres (C.P., artículo 330); iii) una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes (C.P., artículos 171 y 176) y; iv) el pleno ejercicio del derecho de propiedad colectiva en sus resguardos y territorios (

C.P., artículos 63 y 329)⁷. En consecuencia con lo anterior, la Corte ha reiterado en sucesivas jurisprudencia que los debates electorales o problemas entre facciones al interior de las comunidades indígenas son, *prima facie*, del resorte de esas comunidades cuando no medie una violación evidente de derechos fundamentales (T-932 de 2001, T 979 de 2006 y T-973 del 2009).

Lo anterior puede entenderse de manera más clara a la luz de la misma sentencia en la que la Corte señala que las normas legales que tengan el carácter de orden público (imperativas) priman sobre los usos y costumbres indígenas, siempre que protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural, no sucede lo mismo frente a las normas legales dispositivas, en ese caso lo usos y costumbres priman sobre ella.

Por lo demás ha dispuesto la Corte que a la jurisdicción indígena le son consustanciales cuatro elementos: (a) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, (b) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, (c) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley; y (d) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional⁸ (Sentencia T-254, 1994).

⁷ Ver las sentencias T-188 de 1993, T-254 de 1994, T-007 de 1995, C-104 de 1995, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998, T-030 de 2000, T-606 de 2001, T-379 de 2003, T-603 de 2005, T-979 de 2006.

⁸ En una sentencia anterior, la Corte había señalado el hecho de que el ejercicio de la jurisdicción indígena no requiere de ley alguna que la regule o habilite, pues es la misma Constitución la que autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Algo distinto es que al legislador le corresponda regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de la justicia nacional.

Según la Corte, los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que incluye entre otras cosas el ejercicio jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. (Sentencia C-139, 1996)

Para la Corte la consagración simultánea en el mismo artículo constitucional de un régimen unitario y las autonomías territoriales, no constituye el establecimiento de principios contradictorios sino contrarios que responden a la intención del constituyente de erigir un régimen político fundado en la conservación de la diversidad en la unidad (Sentencia T-254, 1994). Esta misma tesis es reiterada en la sentencia T-634 de 1999.

Para la Corte la noción de territorio indígena es algo más que la simple propiedad o titularidad sobre la tierra. Así se desprende de la sentencia en que se asimilan los resguardos a territorios indígenas, al señalar que estos tienen el mismo carácter constitucional que aquellos y no puede identificarse simplemente con la tierra o propiedad raíz sino también en relación con la cultura, por consiguiente, los resguardos son algo mas que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”. Este argumento fue reiterado por la Corte en la sentencia T-606 del 2001 y T-973 del 2009.

En lo referente al tema de los recursos naturales, la Corte reconoce el derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad social, cultural y económica por estar ella ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura y limita al Estado en materia de la explotación de los

recursos naturales yacentes en los territorios indígenas, el que puede efectuarse sin desmedro de dicha integridad. (Sentencia C-418, 2002).

En consecuencia, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas es necesaria la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y se hace efectivo a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones (Sentencia SU-039, 1997). Esta tesis ha sido reiterada en sucesivas sentencias⁹

En el convenio de la O. I. T. al que hacemos referencia reconoce la estrecha relación entre medio ambiente y pueblos indígenas, de ahí que se exhorte a los gobiernos a que se tomen medidas tendientes a preservar y proteger el medio ambiente de los territorios.¹⁰ Estas medidas pueden desglosarse en dos aspectos: lo relativo a la explotación de los recursos naturales en

⁹ “De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. (...)En otras palabras, los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a ser consultados en estos casos particulares, no sólo por ser la consulta una manifestación de su derecho fundamental -individual y colectivo- a la participación, sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos casos, su integridad física y cultural; en tal sentido específico, esta Corporación afirmó, en la misma oportunidad, que el Convenio 169 de la O.I.T. conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta.” (sentencia C-169 del 2001, SU. 383 del 2003, T-552 de 2003, T-382 del 2006 y T-880-06)

¹⁰ “Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.” (Artículo 7-4 Convenio 169 de 1989 O. I. T)

territorios indígenas y lo dispuesto en relación con el traslado de poblaciones indígenas por la explotación de recursos naturales en su territorio.¹¹

En relación con el primer aspecto el convenio establece por una parte, que se establezcan procedimientos de consultas a los pueblos indígenas antes de llevarse a cabo u autorizar explotación alguna, y por otra, garantiza el derecho de estas comunidades a participar de los beneficios de la explotación de los recursos naturales de sus territorios, así como el derecho de ser indemnizado por los daños causados¹².

En relación con el segundo aspecto, el convenio establece como norma general la prohibición de ser trasladados de las tierras que ocupan¹³, a menos que medie consentimiento de los afectados¹⁴ o en todo caso, éstos

¹¹ Sánchez Botero, Esther. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, 2004, Pág. 43

¹² “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (Artículo 15-2 Convenio 169 de 1989 O. I. T)

¹³ “A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.” (Artículo 16-1 Convenio 169 de 1989 O. I. T.)

¹⁴ “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.” (Artículo 16-2 Convenio 169 de 1989 O. I. T.)

conservan el derecho a retornar¹⁵ o a recibir tierras de calidad y bajo el mismo reconocimiento legal¹⁶ o a recibir una indemnización

Para los pueblos indígenas el territorio no es simplemente un área geográfica (tierra) que permite la supervivencia y el abastecimiento de los recursos mínimos, es también un espacio en donde se entra en contacto con sus tradiciones y los lazos ancestrales que permite la cohesión social y cultural del grupo. Por consiguiente, el territorio indígena debe entenderse como la totalidad del hábitat de un pueblo, en el que se integra el aspecto geográfico: superficie terrestre, las aguas y el subsuelo, y el aspecto cultural: dimensión simbólica que permite al pueblo mantener y transmitir códigos y valores culturales.

Así lo establece el convenio 169, sobre pueblos indígenas, cuando prescribe la obligación que tienen los gobiernos de respetar, la especial importancia que para la cultura y valores espirituales de las comunidades y pueblos indígenas, tiene con la tierra y el territorio o con ambos. Es de resaltar también la definición que el mismo artículo propone de territorio al que identifica con la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera¹⁷. Tal y como está

¹⁵ “Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación “(Artículo 16-3 Convenio 169 de 1989 O. I. T.)

¹⁶ “Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. “(Artículo 16-4 Convenio 169 de 1989 O. I. T.)

¹⁷ Al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. (...) " La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.” (Artículo 13-1 Convenio 169 de 1989 O. I. T)

formulada la norma, no significa que se trate de formar estados dentro de otros estados, más bien se trata de garantizar un espacio donde la comunidades indígenas puedan desplegar y transmitir su cultura sin interferencia y en forma libre y natural dentro del marco que establecen las normas constitucionales y legales.

En este mismo convenio se reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a la propiedad y posesión del territorio que tradicionalmente ocupan, así como el derecho de hacer uso de tierras que a pesar de no estar ocupadas por ellos, han sido siempre utilizadas ancestralmente para actividades tradicionales y como fuente de subsistencia, como en el caso de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes¹⁸. De igual manera proscribiremos el que personas que no tiene la calidad de indígenas puedan arrogarse la propiedad o posesión de sus tierras aprovechándose de sus costumbres o el desconocimiento de la ley¹⁹, así como señala el deber estatal de tomar medidas para impedir la intrusión y el uso no autorizado²⁰. Este convenio es importante pues el mismo se integra a nuestra Carta constitucional en virtud del bloque de constitucionalidad, y como tal pueden ser objeto de tutela²¹.

¹⁸ “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A éste respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes” (Artículo 14-1 Convenio 169 de 1989 O. I. T.)

¹⁹ “Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.” (Artículo 17-3 Convenio 169 de 1989 O. I. T.)

²⁰ La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados a todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones (Artículo 18 Convenio 169 de 1989 O. I. T.)

²¹ Las citadas normas de los convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción. Por consiguiente, la

Uno de las conquistas de las comunidades tradicionales colombianas en el proceso de elaboración y promulgación de la Constitución Política de 1991, fue el logro de que quedara registrado en el texto, el reconocimiento de comunidades o pueblos indígenas dentro del territorio colombiano, a quienes debe garantizársele sus valores, tradiciones y autoridades. Así, el artículo 286 reconoce a los territorios indígenas como entidades territoriales, los que les da autonomía para gestionar sus intereses dentro de los límites que establecen la Constitución y la ley²². Y más adelante, el artículo 330 establece que estos territorios estarán gobernados por consejos que se conformarán y regirán por los usos y costumbres de sus comunidades.²³

A partir de la reglamentación constitucional hay que distinguir el territorio como jurisdicción y el territorio como propiedad sobre la tierra (Sanchez, 2004, pág. 90). En el primer sentido el territorio es sinónimo de autoridad y permite entre otras cosas, determinar la nacionalidad colombiana, el manejo político administrativo dentro de las denominadas Entidades Territoriales Indígenas (ETIS), la representación de dichos territorios, coordinar y

violación a las normas del Convenio 169 de la OIT pueden ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales. (Corte Constitucional sentencia N° T-601 del 2001)

²² Según el art. 287 de la C. P. las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites que les determine la Constitución y la ley, por tanto y en virtud de ello, los territorios indígenas pueden: gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

²³ En virtud de este artículo estos consejos tendrán las siguientes funciones: velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio; promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; percibir y distribuir sus recursos ; velar por la preservación de los recursos naturales; coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional; representar los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren, y además, aquellas que les señale la Constitución y la ley.

ejecutar políticas públicas, ejercer funciones judiciales²⁴, de control social y de policía administrativa. (Sanchez, 2004, pág. 96).

En el segundo sentido el territorio debe entenderse como el espacio geográfico determinado en que la etnia tiene su dominio o posesión (Sanchez, 2004, pág. 98). Este dominio constituye una propiedad colectiva y no enajenable según lo establece el inciso 2º del Art. 329 de la C. P.

Esta conquista de las comunidades indígenas a tener un territorio que permita preservar su cultura y sus tradiciones, guarda relación con el tema de la diversidad étnica y cultural

Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado no sólo le reconoce a los *miembros* de las comunidades indígenas todos los derechos que se le garantizan a los demás ciudadanos colombianos, sino que además le otorga a la *comunidad indígena* en sí misma considerada, ciertos derechos fundamentales como entidad colectiva²⁵. La Corte Constitucional ha sostenido (Sentencia T-280, 1993) y lo ha reiterado en diversas sentencias que la comunidad indígena es un sujeto de derechos fundamentales. Según la Corte, el principio constitucional de diversidad étnica y cultural establecido en el Art. 7 de la C. N. otorga a las comunidades indígenas un estatus especial que se concreta en el ejercicio del poder normativo y jurisdiccional que estas ejercen dentro

²⁴ Según el art. 246 de la C. P. “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 las leyes de la República”.

²⁵ Distinto es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aún cuando ha interpretado las dimensiones sociales de ciertos derechos humanos individualmente consagrados, declara la violación de los mismos únicamente en perjuicio de los “miembros de la comunidad y no de la comunidad como tal”. Lo anterior se debe a la disposición consagrada en el artículo 1.2. de la Convención Americana que aclara que la connotación que ese instrumento internacional maneja acerca del concepto de persona, es el de ser humano, el individuo, como titular de derechos y libertades. Al respecto puede verse el caso de la Corte IDH denominado “Yatama”, voto del juez García Ramírez, párrafo 6.

de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales, usos y costumbres, y conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. En virtud de esta autonomía las comunidades y pueblos indígenas tienen derecho de gobernarse por autoridades propias, participar en la circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes, ejercer pleno derecho sobre sus resguardos (Sentencia T-606, 2001).

La Corte Constitucional se pronunció en esta sentencia sobre el convenio 169 de la organización internacional del trabajo OIT “El derecho general de participación que tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, encuentra una manifestación especial en las previsiones del convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos deben “... consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. (Sentencia, T-030, 2008)

La Corte se pronuncia en esta sentencia sobre la consulta previa a comunidades y grupos étnicos que pueden resultar afectados por normas del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 y el derecho a la participación de las comunidades indígenas y tribales en decisiones que los afecten “La Carta Política otorga especial protección al derecho de participación de los pueblos indígenas del país en las decisiones que los afectan, y esta especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, procesos de consulta que constituyen una forma de participación democrática específicamente regulado en el artículo

330 Superior, y con un sustento adicional en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, que forma parte del bloque de constitucionalidad”. (Sentencia T- 461, 2008)

Mediante el acto legislativo la Corte modifica y adiciona algunos artículos en la Constitución política y se pronuncia “Los objetivos perseguidos con la circunscripción especial de minorías étnicas fueron los de mejorar la representatividad del Congreso de la República, y reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, siendo, justamente, la circunscripción especial de las comunidades étnicas el mecanismo por excelencia para hacer realidad este doble propósito, al igual que ampliar los espacios de representación. De ahí que toda modificación que a dicha circunscripción se introduzca afecta en forma directa el derecho de las comunidades étnicas a elegir representantes para tal circunscripción especial consagrada a su favor por el constituyente de 1991, incidiendo en el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política y debe ser sometida a consulta previa de las comunidades concernidas”. (Sentencia T-702, 2010)

Según la sentencia la Corte reforma el sistema general de seguridad social en salud que no requiere de la consulta previa a las comunidades tribales afrodescendientes, raizales y gitanas o ROM “Según se desprende de lo previsto en los artículos 6° y 7° del Convenio 169, el deber de consulta con las diferentes comunidades tiene dos tipos de escenarios en los que debe materializarse: (i) el relacionado con la acometida de grandes proyectos, incluyendo la construcción de obras de infraestructura (puentes, carreteras, hidroeléctricas u otras semejantes), como también las exploraciones mineras o de otros recursos naturales, entre ellos el petróleo, en territorios ocupados

por tales grupos o respecto de los cuales aquéllas tienen una vinculación especial, casos en los cuales la Constitución ordena la previa realización de la consulta, y su omisión puede ocasionar la paralización de tales iniciativas hasta tanto aquélla se realice, además de responsabilidades de otro tipo; (ii) el atinente a la aprobación de iniciativas normativas, a nivel legislativo, administrativo y aún constitucional, casos en los cuales la no realización de la consulta que debiera haberse adelantado puede acarrear la inexequibilidad de las medidas así adoptadas”. (Sentencia T-642, 2012)

La corte se pronuncia en la siguiente sentencia en el tema relacionado con la tutela y manifiesta “La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para enervar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también, así como también “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”. (Sentencia T-049, 2013)

En esta última sentencia que mencionamos es notoria la protección especial que existe para la protección de los derechos de las diversidades étnicas en nuestro país la Corte se pronuncia en relación al derecho que tienen estas comunidades de interponer la acción de tutela como mecanismos de defensas de la vulneración de sus derechos, por lo tanto la Corte expresa “En suma, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática y reiterada, en el sentido de sostener que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para solicitar la protección de derechos étnicos. Mucho más si se trata del derecho a la consulta previa. Así, a pesar de existir otros recursos en el

ordenamiento jurídico, es el amparo constitucional el medio de defensa más apropiado con el que cuentan estos grupos diferenciados para proteger sus derechos, y en particular el derecho a la consulta previa”. (Sentencia T-201, 2017)

Las comunidades indígenas, entendidas como el conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, artículo 2º), son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que la integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. (Sentencia T-379, 2003)

En virtud de esta titularidad la Corte ha dicho que son derechos fundamentales radicados en cabeza de las comunidades indígenas el de subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C. P., artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (C. P., artículos 1º y 7º) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C. P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C. P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.²⁶

²⁶ ST-380/93, SC-058/94, ST-349/96, ST-496/96, SU-039/97 y T-552 del 2003

Conclusiones

El desarrollo jurisprudencial de los derechos constitucionales para los pueblos indígenas como colectividad en Colombia, han permitido pagar una deuda histórica que se tenían con estas comunidades, sin embargo, aún falta mucho por hacer. En concordancia con lo anterior se propone que la educación jurídica universitaria debería también hacer un reconocimiento en los planes de estudio al análisis y desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo normativo internacional, constitucional y legal, por lo cual se propone que se incluya una asignatura básica denominada “análisis jurisprudencia y normativo de los derechos de los pueblos indígenas”.

Referencias.

Cortés, F. (1998). el multiculturalismo y el problema de las minorías indígenas en Colombia. En g. h. otros, *convergencia entre etica y politica* (págs. 131-132). Bogota: siglo del hombre.

Sentencia C-139, C-139 (Corte Constitucional 1996).

Sentencia C-418, C-418 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia SU-039, SU-039 (Corte Constitucional 1997).

Sentencia T -973, T-973 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia T-254, T-254 (Corte Constitucional 1994).



Sentencia T-280, T-280 (Corte Constitucional 1993).

Sentencia T-379, T-379 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia T-605, T-605 (Corte Constitucional 1992).

Sentencia T-606, T-606 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia T-030, C-030 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia T- 461, C-461 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia T-702, C-702 (Corte Constitucional 2010).

Sentencia T-642, C-642 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia T-049, C-049 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia T-201, T-201 (Corte Constitucional 2017).