

LOS RECLAMOS DE LAS MINORÍAS Y EL CONSTITUCIONALISMO

Néstor OSUNA PATIÑO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El constitucionalismo y las primeras críticas de los excluidos*. III. *La transformación social del constitucionalismo y las minorías políticas, económicas y sociales*. IV. *El panorama de las minorías en la actualidad*. V. *El reconocimiento de las minorías étnicas en el constitucionalismo colombiano contemporáneo*.

I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo contemporáneo conserva los rasgos definitorios de la libertad que fueron esculpidos con firmeza por los teóricos liberales de finales del siglo XVIII, pero se ha transformado también para dar respuesta a complejas situaciones sociales, políticas, culturales y económicas que aquellos fundadores no imaginaron o que tal vez no quisieron resolver. Si todas las coordenadas del derecho constitucional de hace doscientos años estuvieran aún vigentes, el constitucionalismo no se podría librar de las tachas de machista, excluyente, oligárquico, antidemocrático, puramente formal, y muchas otras. Pero no es así. El constitucionalismo ha encontrado alguna solución, dentro de bases de libertad, para la mayor parte de los retos que han traído consigo las impresionantes transformaciones que ha afrontado la humanidad en los últimos dos siglos. No parece entonces que las insultantes desigualdades e injusticias del mundo en el que vivimos, o las reivindicaciones de grupos que hasta ahora han sido excluidos, o el proceso de globalización en el que nos encontramos inmersos, vayan a significar el agotamiento del modelo constitucional. Por el contrario, se trata de nuevos desafíos para los cuales el derecho constitu-

* Catedrático de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

cional, siempre en el cruce de caminos entre la filosofía y la práctica, va dando respuestas que intentan mantener y ampliar las bases de la libertad que son su razón de ser.

Por eso, el presente escrito propone que el constitucionalismo sí puede dar respuesta adecuada a los reclamos de minorías que carecen, en la actualidad, de suficiente reconocimiento y protección, y que tal vez sólo desde el constitucionalismo pueden hacerse compatibles esos derechos y anhelos con un régimen aceptable de libertad. En ese sentido, las posturas teóricas que proclaman la contradicción entre el liberalismo y el comunitarismo, o entre el universalismo de los derechos humanos y los llamados “derechos culturales”, tal vez puedan ser superadas por la experiencia actual del constitucionalismo,¹ que no tiene, además, la posibilidad de detenerse en el deleite teórico, sino al que, a partir de esos planteamientos e inquietudes, le corresponde enfrentar las relaciones políticas, que exigen respuestas prontas y efectivas. En ese orden de ideas, cabe afirmar que el derecho constitucional de principios del siglo XXI cuenta ya en su acervo con un importante arsenal de instituciones jurídicas y de garantías que permiten atender, de algún modo, los reclamos de las minorías y que salvaguardan la tradición de libertad que lleva doscientos años en construcción. La última parte del escrito presentará la experiencia reciente del derecho constitucional colombiano frente a los pueblos indígenas autóctonos, que se erigen como minoría étnica de especial relieve.

II. EL CONSTITUCIONALISMO Y LAS PRIMERAS CRÍTICAS DE LOS EXCLUIDOS

La idea de libertad proclamada por el pensamiento liberal-burgués, que vino a concretarse formalmente en la Declaración francesa de 1789 y en las Constituciones de finales del siglo XVIII, constituye un hito en la historia de las libertades y es el punto de partida del modelo liberal-burgués de derechos, que habría de encontrar expresión en todo el constitucionalismo del siglo XIX, y del que son también tributarias las ideologías posteriores que afirman los derechos humanos aun distanciándose parcialmente del modelo liberal. En el plano filosófico, esta concepción de la libertad encontró su

¹ Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999. En la introducción, Gargarella hace una crítica aguda al constitucionalismo liberal por su posible insuficiencia frente a los reclamos de los grupos desaventajados.

más sólido planteamiento en el principio kantiano de autonomía de la voluntad, al que su autor considerara “principio supremo de la moralidad”, que constituía un imperativo categórico.² En el ámbito privado este principio tiene como objeto la elección individual acertada y la realización de una concepción personal del bien, pero a la vez el principio tiene un ámbito público, cuyo objeto es la elección en común con otros y la realización de una concepción política de lo justo y de lo bueno.³ La protección de ambas formas de autonomía es, según Kant, la primera tarea del derecho. Ahora bien, el enlace del principio de autonomía con el de universalidad (todos los hombres tienen autonomía) conduce a la idea liberal de los derechos,⁴ que se sitúa en el centro del pensamiento ilustrado y de las revoluciones burguesas, con las ulteriores proyecciones que éstos han tenido. Se trata, pues, de un planteamiento político de extraordinario éxito, no obstante lo cual, siempre ha sido objeto de críticas de formalismo, vacuidad, abstracción y déficit histórico y cultural.

El catálogo de derechos del liberalismo burgués responde, dentro del marco esbozado, a los supuestos de una sociedad cuyos intereses dominantes son los de la burguesía, de un derecho cuyas funciones son de garantía y represión, esto es, un derecho de dimensión reaccional, no promocional, y finalmente, de un poder público basado en la teoría del contrato social, cuyo contenido consiste en la delimitación de los poderes del Estado y en la proclamación de los derechos de los ciudadanos. La formulación de los derechos se circunscribe por tanto a aquellos que evitan la interferencia en la autonomía individual. Debe destacarse que al Estado liberal de derecho no le correspondía ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización material de la libertad proclamada mediante los derechos fundamentales. Esto se dejó al campo de la iniciativa particular, lo que, como es sabido, constituyó su *punctum dolens*: su dimensión puramente formal,

² Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Sobre la teoría kantiana de la autonomía de la voluntad y su articulación jurídica, véase Goyard-Fabre, Simone, *Kant et le problème du droit*, París, J. Vrin, 1975; Alen Benítez, José, *Filosofía y libertad en Kant*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.

³ Sobre las posturas liberal y republicana respecto del bien común, véase Barranco Avilés, Ma. del Carmen, “La concepción republicana de los derechos en un mundo multicultural”, en Anzoátegui Roig *et al.* (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 15-34.

⁴ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 64-68.

ciega frente a los presupuestos sociales de realización de la libertad. A esta característica que la práctica de no muchos años pondría de presente como la mayor atrofia del sistema, ha de añadirse como obstáculo para su realización el valor superlativo que desde las primeras declaraciones y a lo largo de todo el siglo XIX se otorgó a la propiedad privada, que devino derecho fundamental por antonomasia.

La primera crítica a este sistema de libertades, y por tanto, la primera propuesta de ampliación de la misma, se relacionó con su déficit democrático, y provino de aquellos amplios sectores de la población a los que se había excluido de la participación política. Esos postulados democráticos fueron adoptados y asimilados progresivamente por el constitucionalismo liberal, al punto que hoy no se concibe la posibilidad de realización de los derechos humanos fuera de los sistemas democráticos, así como igualmente se descarta el funcionamiento de la democracia en un Estado en el que los derechos liberales no sean efectivos. El binomio libertad-democracia ha venido así a configurarse como eje axiomático inescindible del Estado constitucional.⁵ Sin embargo, durante el siglo XIX y los primeros decenios del XX, las ideas de soberanía popular, participación democrática activa y formación democrática de la voluntad estatal encontraban amplia resistencia entre la clase social encarnada en el poder, compuesta, según el esquema tipo, por varones propietarios ilustrados, quienes habían construido el Estado liberal a la medida de sus intereses.⁶ En tal estado de cosas, derechos y mecanismos de funcionamiento de las estructuras políticas que hoy son asumidos con total naturalidad por el constitucionalismo, vistos

⁵ Häberle, Peter, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, pp. 50-53, en donde el autor se refiere a los derechos fundamentales como premisa funcional de la democracia y advierte que si los derechos fundamentales no son tutelados no existe para la minoría la posibilidad de devenir mayoría, lo cual es una característica esencial de la democracia. En tal orden de ideas, los derechos no sólo garantizan la libertad “del” Estado, sino también la libertad “en el” Estado.

⁶ Bobbio, N., “Democracia representativa y teoría marxista del Estado”, *Sistema*, Madrid, núm. 16, 1977. Para el autor, los liberales puros decimonónicos consideraban la democracia (la simple democracia formal) como la vía abierta hacia la pérdida de libertad, hacia la revuelta de las masas contra las elites. Los liberales progresistas (opuesto a los liberales conservadores y elitistas) acabaron por comprender que no había incompatibilidad entre liberalismo y democracia. Sobre la articulación entre el Estado de derecho y la soberanía popular, véase Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1995, capítulos 4 y 5, pp. 187-245. También Díaz, Elías, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 155 y 156.

más como rasgos ontológicos que deontológicos, constituían a la vuelta de hace apenas un siglo, objeto de ardua reivindicación. La consagración del sufragio universal fue sin duda la conquista democrática de mayor resonancia, pero detrás de ella se encontraba un proyecto de alcance no menos ambicioso, como era el de generalizar el sistema de derechos que la burguesía había construido para sí en exclusiva.

Así pues, la “democratización” de los derechos fundamentales, más que una réplica a los pilares sobre los que descansaba el constitucionalismo, trajo consigo una lectura democrática de tales principios, y en consecuencia, la ampliación del catálogo de derechos con la inclusión de los de carácter político, y su interpretación de tal forma que se hiciera posible la participación en la vida política de los sectores de la población que anteriormente habían estado excluidas de ella (proletarios, mujeres, jóvenes).

III. LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS MINORÍAS POLÍTICAS, ECONÓMICAS Y SOCIALES

Ahora bien, poco más de medio siglo después de la puesta en marcha del Estado liberal-burgués de derecho, se evidenció ya la inconsistencia de algunas de las ideas sobre las que se asentaba su sistema de libertades. En especial, había hecho crisis aquella según la cual los derechos constituían patrimonio del individuo-aislado frente a un Estado abstencionista: por un lado, la exaltación del individualismo allí contenida chocaba con la naturaleza social de la vida humana e impregnaba de conflictividad las relaciones sociales, mientras que, de otro, la pasividad del Estado frente a los efectos disfuncionales del desarrollo económico liberal amenazaba seriamente con derrumbar todo el sistema político. La adaptación del modelo político a las circunstancias creadas por el surgimiento de la sociedad industrial no era, por lo demás, sólo una exigencia política o ética, sino ante todo una necesidad histórica de supervivencia del Estado liberal. Tal es el origen del Estado social de derecho, producto más de la práctica que de una prefiguración teórica,⁷ que permitió conservar las libertades hasta entonces con-

⁷ Baldassarre, A., voz “Diritti sociali”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Tecani, 1989. El autor pone de presente que ninguna de las ideologías políticas contemporáneas (socialdemócratas, cristianos, liberales, socialistas, jacobinos, etcétera), tiene la exclusiva en la articulación del Estado social, que apareció más bien a modo de compromiso y de resultado de múltiples experiencias. Por el contrario, la tendencia actual al desmonte del

gradadas, con las correcciones notables que imponían las nuevas circunstancias económicas.

Las revoluciones rusa y mexicana, en los albores del siglo XX, fueron las primeras demostraciones contundentes de la crisis del Estado liberal burgués. Las Constituciones que formalizaron sus nuevos sistemas políticos se apartaban del modelo hasta entonces conocido. La mexicana de 1917 significó la primera plasmación de derechos de rango constitucional sobre bases que se apartaban de la ortodoxia burguesa.⁸ La Constitución otorgó a la propiedad una función social, consagró un modelo de reforma agraria, y proclamó derechos colectivos cuya efectividad exige prestaciones estatales. La Constitución de la Unión Soviética (1918), por su parte, suprimió las garantías de los derechos individuales y otorgó la titularidad de los derechos al proletariado en su conjunto, con lo que se apartó por completo del modelo liberal.

El Estado social de derecho se fue delineando al fragor de las guerras mundiales, la depresión económica de los años treinta, el ambiente revolucionario marxista-leninista y el surgimiento de los fascismos.⁹ A su configuración teórico-jurídica contribuyó con especial relieve Hermann Heller, quien, ante las *irracionalidades* de la política del momento (la irracionalidad del sistema capitalista, por un lado, la irracionalidad fascista, por el otro), proponía en su obra *Estado de derecho o dictadura*, publicada en 1929, no renunciar a aquel modelo político, sino dotarlo de contenido económico y social, y realizar, desde el propio Estado, un nuevo orden de distribución de

Estado social, sostiene Baldassarre, sí es sustancialmente ideológica. En sentido similar, J. Pérez Royo aprecia que el Estado social es una consecuencia del proceso de democratización del Estado liberal, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a las de una parte de la misma” (*Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 163).

⁸ Los ts. V y VI de la obra colectiva *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX: la Constitución mexicana 70 años después*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. En especial las contribuciones de Héctor Fix-Zamudio; “La Constitución y el Estado social de derecho”, vol. V, pp. 13-118; Alfonso Noriega Cantú, “El nacimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1917”, t. V, pp. 191-208, y Horacio Labastida, “La Constitución mexicana y su originalidad en 1917”, vol. V, pp. 37-46.

⁹ Sobre las características generales del Estado social de derecho, véase por todos García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 4a. ed., Madrid, Alianza, 1985, incluida en sus *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II, pp. 1587-1760.

la riqueza.¹⁰ Se trata, en consecuencia, de la adaptación del Estado liberal-burgués a las condiciones de la sociedad industrial y posindustrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos.

Ha de tenerse siempre en cuenta que el Estado social de derecho no niega los valores liberales; más bien los actualiza para hacerlos efectivos, duraderos y generales.¹¹ Para ello asume que individuo, sociedad y Estado no son categorías aisladas y contradictorias, sino términos en implicación recíproca que no pueden realizarse unos sin otros. Por ello, este nuevo modelo constitucional reafirmó la validez y legitimidad de los derechos fundamentales hasta entonces conocidos, pero ya no concibió a las personas como sujetos aislados (individuo-libre), sino como miembros activos de una sociedad plural en la cual todos han de ser igualmente libres. La liber-

¹⁰ Los escritos completos de Hermann Heller se encuentran publicados en tres volúmenes (*Gesamelte Schriften*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1971). En el vol. II se agrupan temáticamente sus escritos sobre parlamentarismo y dictadura, entre ellos el artículo *Rechtsstaat oder diktatur*, pp. 443-462, publicado originalmente en *Die Neue Rundschau*, Berlín, 1929. También en el t. II de esta recopilación se encuentran los estudios del autor sobre la Constitución de Weimar.

¹¹ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho...*, cit., nota 6, pp. 219-229. Allí afirma el autor: "El Estado social de derecho tuvo... un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre su evolución ulterior. De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez en la ideología inspiradora de una de sus primeras manifestaciones: la Constitución de Weimar; de otro, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro. Su componente socialista democrática se traduce en la superación del agnosticismo axiológico y del formalismo positivista al imponer al Estado la realización de determinados fines materiales, que contribuyan a una reforma social y económicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivencia" (pp. 223 y 224). Véase también Peces-Barba, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993: "El Estado social y el liberal no son contradictorios ni opuestos, sino que el segundo aparece con la evolución y con la reforma del primero. Lo que se presenta, en ese orden de ideas, es una nueva dimensión de la relación entre ley y libertad: la que utiliza la ley para una función promocional que sitúa al individuo con más ventajas, que no obtendría por sí mismo y sin las cuales no puede ser plenamente libre. La ley emancipa al individuo del control religioso y del control político con el Estado liberal, y pretende emanciparle de los condicionamientos económicos y culturales con el Estado social. Son grados y momentos de la relación entre la libertad y la ley, y no se puede decir que existe paternalismo en esta última dimensión sin extender esa afirmación a las demás, porque en definitiva en todos los casos la ley y el derecho no hacen sino tutelar la libertad del individuo" (p. 116).

tad, por su parte, no se diseñó sólo como atributo jurídico-formal, sino que se buscaba la libertad real, con acento en la posibilidad material de todos los ciudadanos para gozar efectivamente de la misma, lo cual amplía sin duda el contenido interno de cada derecho.

Los derechos fundamentales en el Estado social de derecho siguen siendo, por lo demás, derechos subjetivos, pero allí no se agota su contenido. Tienen también una función social, con lo que se quiere significar, por una parte, el abandono de la concepción individualista burguesa de los derechos, y por otra, que el concepto de función social sirve también para determinar los límites inmanentes del derecho subjetivo y para obligar al legislador a respetar en la sustancia los principios contenidos en los derechos fundamentales.¹² Conviene acompañar siempre el reconocimiento de la función social de los derechos fundamentales con la advertencia sobre los límites de esta función, de modo que no se olvide que aquéllos son ante todo derechos y libertades. Una concepción social sólo tiene cabida dentro del constitucionalismo si no va en desmedro del significado de los derechos como tutela del individuo.

Por otro lado, frente al Estado, los derechos ya no tienen sólo carácter delimitador, negativo, sino que al mismo tiempo establecen cargas de prestación social en favor de los ciudadanos e incluyen así la obligación del ente público de procurar los presupuestos sociales necesarios para su realización efectiva, lo cual llega, en algunos casos, hasta la satisfacción directa por parte del Estado de algunas pretensiones de contenido económico.

Por último, el catálogo de derechos fundamentales se ve ampliado mediante la incorporación de los llamados “derechos sociales”, esto es, cláusulas de contenido económico, social y cultural que buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que estas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los demás derechos por todos sus titulares. Por otra parte, la elevación del mínimo existencial que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir. La proclamación de los derechos sociales significa así, entre otras cosas, una fuerte apuesta del Estado por la lucha contra la desigualdad, y en ese sentido, a favor de las minorías tradicionalmente marginadas en lo económico y social. En ese sentido, se comparten aquí los argumentos de G. Pisarello, cuando

¹² Häberle, P., *Le libertà fondamentali...*, cit., nota 5, pp. 43-45.

afirma que los derechos sociales interesan a todas las personas, pero sobre todo a los miembros más vulnerables de la sociedad, lo que permite caracterizarlos como derechos de los “desaventajados”.¹³

La idea de los derechos sociales goza en la actualidad de amplia legitimidad política y de reconocimiento constitucional suficiente. Atrás parecen haber quedado los argumentos que sugerían la incompatibilidad de estos derechos con los clásicos de libertad, precisamente porque la práctica, más que cualquier planteamiento teórico, ha demostrado la complementariedad de unos y otros. A pesar de ello, imperioso es reconocer que bajo el consenso sobre la legitimidad de los derechos sociales subyace una viva controversia sobre su extensión y contenido, sobre el tipo de garantías adecuado para su efectividad, su invocabilidad judicial como derechos subjetivos e incluso sobre el valor jurídico de las disposiciones que los consagran. Esta dificultad es especialmente notoria en la discusión, más ideológica que técnica, pero viva aún, sobre si estos derechos tienen carácter de derechos subjetivos judicialmente invocables.

Ahora bien, la realización de los derechos sociales, así como la de los presupuestos materiales básicos para el ejercicio de las libertades públicas, está condicionada a la disponibilidad de recursos económicos que por definición son bienes escasos. Esta afirmación, si bien es predicable incluso en los países industrializados, se torna dramática en las sociedades en vías de desarrollo. Así, podría llegar a afirmarse que, pese a los cantos de sirena de la *globalización*, los derechos sociales son hoy en día un privilegio de los ciudadanos de los Estados económicamente más poderosos, y una simple ilusión para la mayoría de la población mundial. La consagración constitucional de los derechos sociales en los países del llamado tercer mundo chocaría inevitablemente con la precariedad económica y no sería más que un factor añadido de disminución del carácter normativo de la Constitución. Sin embargo, parecen erróneas aquellas tesis que niegan la posibilidad de realización de los derechos sociales en circunstancias de estrechez económica, como quiera que por medio suyo, dada la relatividad del concepto de escasez, así como las circunstancias de mayor o menor riqueza que presentan las diversas economías nacionales, se llegaría por vía directa a la sin salida de la descalificación de los derechos sociales como fundamentales, lo

¹³ Pisarello, Gerardo, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Abramovich, V. *et al.* (comps.) *Derechos sociales, instrucciones de uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 23.

cual no parece tener mayor sentido ni utilidad. El error proviene posiblemente de una sobrevaloración de los datos económicos, por lo demás muy frecuente en la actualidad, en virtud de la cual la política y el derecho se someten a datos económicos las más de las veces sesgados o no suficientemente claros.¹⁴ Por lo demás, no debe perderse de vista que si bien la disponibilidad de recursos financieros incide sobre la realización de los derechos fundamentales, no se trata solamente de *disponibilidad*, sino también, y principalmente, de *distribución* de los medios existentes (abundantes o escasos), y se está por tanto ante un asunto en que se entremezclan y condicionan mutuamente las decisiones constitucionales con los datos económicos.¹⁵ No debe olvidarse, en últimas, que el derecho constitucional es una manifestación jurídico-cultural que surge y se desarrolla precisamente ante el problema de la escasez. Cuando algo es abundante y suficiente para todos, el derecho en general, y el derecho constitucional en particular, no se ocupan de ello. Así, la libertad de conciencia, que históricamente es la decana de los derechos humanos, se forjó ante la escasez de tolerancia propia de las sociedades modernas; la limitación de la jornada laboral es una respuesta a la escasa solidaridad y humanidad de los patronos decimonónicos, y el derecho al medio ambiente sano surgió, precisamente, cuando el aire respi-

¹⁴ A. Pérez Luño ha encontrado en los planteamientos que reducen o condicionan la efectividad de los derechos sociales a datos económicos, dos tipos de errores, que ha denominado “falacia naturalista” y “falacia determinista”, respectivamente. En virtud de la primera, se tiende a confundir hechos con valores, de modo que “cuando se afirma que sólo se pueden sostener como derechos aquellos para los que existen medios económicos para satisfacerlos, se está postulando ‘que debe ser lo que es’. Con ella, los derechos humanos perderían su dimensión emancipatoria y su misma entraña axiológica”. La segunda (falacia determinista) envuelve la paradójica apología neoliberal de las versiones más crudas del determinismo economicista marxista. “Pienso —concluye Pérez Luño—, que sólo a través de una concepción ética de las metas que corresponden al constitucionalismo y a los derechos humanos será posible mantener vivo un programa humanista emancipatorio en favor de todos los hombres y de todos los pueblos. Este planteamiento permitirá mantener la reivindicación y la denuncia de aquellas situaciones internas o internacionales (por desgracia todavía innumerables) que revelen discriminación en el disfrute de los derechos, pero sin que ello afecte al fundamento y a la propia existencia de los mismos” (“Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad...”, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 37 y 38).

¹⁵ Un punto de vista optimista al respecto, que matiza considerablemente la exigencia de erogaciones económicas como única alternativa de garantizar estos derechos, puede verse en Abramovich Víctor, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Abramovich V. *et al.* (comp.), *Derechos sociales, instrucciones... cit.*, nota 13, pp. 63 y ss.

rable comenzó a ser un bien escaso. No ha sido necesario hasta ahora, en ese orden de ideas, proponer un derecho al goce de la luz solar, por traer un ejemplo que ojalá nunca tenga que ser atendido por el derecho.

IV. EL PANORAMA DE LAS MINORÍAS EN LA ACTUALIDAD

Por minoría puede entenderse un grupo humano que por determinadas características, condiciones u oportunidades se tiene como diferente, generalmente con desventajas, frente al grupo que se considera mayoritario. Una breve incursión en los distintos métodos para determinar la existencia de una minoría permite apreciar los siguientes criterios: *a)* cuantitativos simples, que se sirven del número de personas que integran un grupo para determinar su calidad de minoritarios o mayoritarios, *b)* cuantitativos cualificados, que atienden a la capacidad de representación política del colectivo y así afirman que un grupo que por su composición numérica es mayoritario, como las mujeres, es una minoría por el déficit de representación política que lo acompaña, *c)* culturales y/o raciales, que fijan su atención en la existencia de una cultura, etnia o raza dominante y por tanto tienen como minorías a las personas que por cualquiera de estas razones no forman parte de aquel grupo, y *d)* de la discriminación, que tienen como minorías a las personas que integran grupos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados. Este último criterio haría coincidir la noción de minorías con la de grupos vulnerables o “desaventajados”, que requieren de especial protección del Estado.

La combinación de esos criterios ha permitido que numerosas Constituciones, así como varios instrumentos de derecho internacional, proclamen la necesidad de reconocimiento y atención política para los siguientes tipos de minorías: políticas, religiosas, sexuales, étnicas, nacionales, lingüísticas, por orientación sexual, por edad, por limitaciones físicas, por capacidad económica.

Si se atiende a las reivindicaciones de las distintas minorías señaladas, puede aceptarse que, tal como lo ha señalado la doctrina, existen minorías *by force* y *by will*,¹⁶ según se trate de grupos que reclaman la inclusión efectiva en el régimen de libertades previsto por las Constituciones, o que reclaman un trato diverso y el reconocimiento de sí mismas como minorías

¹⁶ Pizorusso, A., *Minoranze e maggioranze*, Turín, Einaudi, 1993.

diferenciadas que aspiran a permanecer como tales.¹⁷ En efecto, hay numerosos grupos minoritarios que, en últimas, no reclaman nada diferente a la realización de sus derechos fundamentales, es decir, reivindican el acceso efectivo al régimen común de libertades que se les ha negado, mientras otros grupos, principalmente las minorías étnicas o culturales, reivindican en ocasiones un régimen diferente al previsto por las Constituciones, el cual, en algunos temas puntuales, puede ser incompatible con los postulados liberales y los derechos humanos,¹⁸ aunque ésta parece no ser la regla general.

En los primeros grupos, esto es, minorías que reclaman acceso al régimen común de libertades, cuyo lema podría ser “Iguales derechos, ni más, ni menos”¹⁹ coincidirían con el criterio de minorías por discriminación, y por tanto el constitucionalismo puede atender a sus reclamos mediante una mejor articulación del derecho a la igualdad, tal como la que propone L. Ferrajoli cuando señala que de los cuatro modelos de configuración jurídica de la igualdad, sólo el último, al que denomina “Igual valoración jurídica de las diferencias” permite una plena tutela de la identidad de cada cual y que “hace de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”.²⁰ Este criterio de igualdad permite el trato diferenciado, y dentro del mismo, las medidas afirmativas y de discriminación inversa, sobre las cuales existen ya abundantes ejemplos en el derecho comparado, y que, aunque son objeto de críticas, no resultan incompatibles con el sistema de libertades y son, por el contrario, instrumen-

¹⁷ Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, pp. 311-332.

¹⁸ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996. De igual manera, Ruiz Ruiz, Ramón, quien presenta una justificación del intervencionismo estatal a favor de la diversidad cultural, en “Liberalismo y comunitarismo: dos perspectivas antagónicas del fenómeno multicultural”, en Ansuátegui Roig, F. et al. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 55-57.

¹⁹ Sugestivo lema de una campaña a favor del reconocimiento de derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT) en Colombia, fomentado por la organización “Colombia Diversa”. Véase página web: colombiadiversa.org.co.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, “Igualdad y diferencia”, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 73-96.

tos idóneos para lograr el efectivo goce de los derechos por parte de esos grupos.²¹

Además de lo anterior, las reivindicaciones de estas minorías requieren de un enorme esfuerzo de lucha contra la discriminación, que casi siempre los Estados emprenden en sus políticas públicas de modo sospechosamente cauteloso y tímido. La ley mexicana antidiscriminación, sin embargo, parece un buen ejemplo de acción estatal para la lucha contra las desventajas que tradicionalmente padecen los grupos minoritarios.²² Por último, estas reivindicaciones, aunque en ocasiones se concretan en la solicitud de alguna reforma a los textos constitucionales, no son contrarias al constitucionalismo; más bien, son el reclamo de su efectiva realización.

Ahora bien, las minorías de tipo cultural, dentro de las cuales el ejemplo paradigmático, al menos en América Latina, son los pueblos indígenas, reivindican también en numerosas ocasiones el acceso a la igualdad, o al aparato de justicia estatal sin sufrir discriminaciones, y en ese sentido, también respecto de una buena parte de los reclamos de estas comunidades se está ante la reivindicación de un trato diverso para lograr el pleno disfrute de los mismos derechos fundamentales que ya están consagrados en las Constituciones.²³ En algunas ocasiones, sin embargo, se trata de la reivindicación de específicos derechos culturales, que cuando se erigen como privilegios de las comunidades que puede erigirse en contra de los individuos que las integran, chocan con el constitucionalismo y con el régimen internacional de los derechos humanos.²⁴ Sobre este punto el constitucio-

²¹ Sobre este punto, véase Lucas, Javier de, quien identifica dos etapas en el proceso de reconocimiento jurídico de las minorías, la primera consistente en la eliminación de las discriminaciones, suficiente para atender las exigencias de aquella *minority by force*, y, la segunda, en donde se implementan acciones afirmativas o medidas de discriminación positiva, destinadas a satisfacer los reclamos de la *minority by will*. En, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías. Los derechos de las minorías en el cincuenta aniversario de la declaración universal de los derechos humanos”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, pp. 298 y 299.

²² Carbonell, Miguel, *Ley Federal mexicana para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, México, Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, 2004.

²³ Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, UNAM, 2005.

²⁴ Basterra I, Marcela, “Los derechos fundamentales y el Estado. Multiculturalismo, minorías y grupos étnicos”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 87-106.

nalismo colombiano reciente constituye una experiencia que puede llamar a reflexión, tal como a continuación se expondrá.

Sin embargo, la mejor forma de dar respuesta a los reclamos de las minorías étnicas, nacionales o culturales, así como a las de la mayor parte de los grupos de minorías atrás señalados, es mediante el diseño y puesta en ejecución de políticas públicas que permitan el goce efectivo de los derechos de contenido económico, social y cultural que, como se ha visto, forman parte del constitucionalismo desde hace ya prácticamente un siglo. La atención de la salud, el acceso universal a la educación (por supuesto una educación respetuosa de las diversidades étnicas y culturales), la disponibilidad por todos de agua potable y de saneamiento básico en sus viviendas, por poner algunos ejemplos, así como la lucha contra las más aberrantes desigualdades y el compromiso con el logro de un bienestar al menos básico para todos los miembros de estos grupos, deberían integrar la agenda de los planes de desarrollo económico, y así; mismo la mayor atención de todos los interesados en la efectividad de los derechos humanos, entre los cuales, por supuesto, ocupan lugar de especial importancia los jueces y tribunales.

V. EL RECONOCIMIENTO DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO CONTEMPORÁNEO

La población indígena en Colombia es de alrededor de 800,000 personas, que equivalen aproximadamente al 2% de la población nacional. Existen 82 comunidades indígenas reconocidas, que hablan 64 lenguas clasificadas en nueve familias lingüísticas: Chibcha, Caribe, Arawak, Uitoto, Tupí, Tucano, Bora, Maku Puniave, Yaguas Pebas.²⁵

Pese a que el Estado colombiano se define como unitario, la Constitución reconoce y protege, como principio constitucional, la diversidad étnica y cultural “de la nación colombiana” y concede un cierto grado de autonomía política a las comunidades indígenas, autonomía que se ve desarrollada principalmente en el reconocimiento de sus lenguas como oficiales, en la existencia de una circunscripción indígena en el Senado de la República y otra, compartida con otros grupos minoritarios, en la Cámara de Representantes, en la posibilidad constitucional, aún no desarrollada por la ley, de

²⁵ Información oficial obtenida del Ministerio del Interior colombiano. Página web: www.mininteriorjusticia.gov.co.

constituir entidades territoriales que estarían dotadas de autonomía administrativa, en el refuerzo de las garantías sobre las tierras en las que se encuentran asentadas y, sobre todo, en el reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas, de sus sistemas jurídicos y de la potestad de esas autoridades de ejercer funciones judiciales, en lo que ha venido a llamarse la “jurisdicción especial indígena”.²⁶

Las previsiones de la Constitución colombiana sobre las autoridades y la jurisdicción indígena se enmarcan dentro de lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propios sistemas de administración de justicia, siempre que sean compatibles con los derechos humanos. Estos sistemas son muy variados, y entre ellos se encuentran algunos mecanismos de carácter familiar y autoridades de tipo religioso, así como consejos de ancianos, chamanes y viejos sabedores, a todos los cuales las leyes colombianas dan la denominación muy española de “cabildos”.

1. *La jurisdicción especial indígena*²⁷

Las autoridades indígenas tienen jurisdicción sobre las personas que forman parte de la comunidad indígena, para el enjuiciamiento de hechos que hayan tenido lugar dentro del ámbito territorial de la comunidad.²⁸ Esta jurisdicción aplica normas y procedimientos propios, que no pueden

²⁶ El artículo 246 de la Constitución colombiana dispone lo siguiente: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. Al respecto Sotelo, Luis Carlos, “Derechos humanos en una república multicultural”, *Revista Pensamiento Jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, núm. 9, 1998, pp. 111-138.

²⁷ Véase al respecto Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Unijus, 2004. Asimismo, Sánchez, Beatriz Eugenia, “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, en Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas, Mauricio (comps.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias, 2001, pp. 5-139, y Solano González, Edgar, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional”, *Anuario de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 179-208.

²⁸ Sentencias de la Corte Constitucional T-667 A de 1998, T-139 de 1996, T-349 de 1996 y T-496 de 1996.

contravenir la Constitución y las leyes, pero que sí pueden apartarse, y en realidad se apartan, de varias de las previsiones de las leyes colombianas, sobre todo en materia punitiva, en cuanto a las penas aplicables a las personas que han cometido algún delito o falta. El escenario en el que se han discutido los alcances y límites de esa potestad es la jurisdicción constitucional, toda vez que se ha aceptado que las decisiones de la jurisdicción indígena pueden demandarse mediante la acción de tutela (figura colombiana equivalente al amparo constitucional), lo que le ha permitido a la Corte Constitucional determinar hasta dónde es autónoma esta jurisdicción y en qué forma se ajusta a la Constitución.

Así, la jurisprudencia constitucional, a la par que ha reconocido un amplio margen de autonomía al derecho de los pueblos indígenas, ha establecido la existencia de unos “mínimos jurídicos” que deben respetar las autoridades indígenas para que sus actuaciones sean consideradas conformes con la Constitución. En línea de principio, se trata de lograr que “sólo las disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a este principio de diversidad”. En cuanto a los “mínimos jurídicos”, una especie de “coto vedado”, estaría conformado por los derechos a la vida, a la integridad física, a no ser esclavizado y por el derecho a un debido proceso.²⁹

En ese marco, se ha aceptado la conformidad constitucional de los castigos corporales como los azotes, llamados “fuetazos” y el cepo, los trabajos forzados y la expulsión de la comunidad. En cuanto al “fuede” (azote, flagelación), la Corte Constitucional ha entendido que ello no equivale a tortura, “pues el daño corporal que produce es mínimo, y no es un trato cruel e inhumano dentro de la comunidad que lo practica (Paez) pues es una pena que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera como valiosa por su alto grado intimidatorio”.³⁰ Semejantes consideraciones han permitido la aplicación del cepo, pese al rigor físico que implica.³¹ Las penas, eso sí, tienen que ser individuales. No pueden extenderse a los parientes.³²

Sobre la expulsión de la comunidad, que tiene evidente analogía con el destierro, prohibido por la Constitución, la figura ha sido aceptada por la jurisprudencia constitucional bajo la consideración de que el destierro con-

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-254 de 1994.

³⁰ Sentencia T-523 de 1997.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996.

³² Sentencias de la Corte Constitucional T-349 de 1996, T-1127/01, T-254/94.

siste en la expulsión de una persona del territorio de un Estado, y que ello no se presenta cuando lo que hay es expulsión del territorio de la comunidad indígena, pero no del Estado colombiano. Sin embargo, la pena de “despojo de parcelas de cultivo” sí fue considerada por la Corte Constitucional como “confiscación” y por tanto fue prohibida.³³

Ahora bien, según un informe reciente de la Defensoría del Pueblo colombiana, algunas autoridades indígenas que tradicionalmente imponían las sanciones que se acaban de mencionar, se encontrarían en un proceso de variación de costumbres sancionatorias que las habría llevado a preferir la pena privativa de la libertad, para cuyo cumplimiento remiten a los condenados a los establecimientos carcelarios comunes. El informe de la Defensoría anota, igualmente, que esas penas de privación de libertad no se circunscriben a las penas establecidas en la legislación penal nacional, y que por tanto, en algunas ocasiones se establece prisión por términos que exceden los límites establecidos en ese código.³⁴

2. Los derechos específicos de los pueblos indígenas

La jurisprudencia constitucional ha aceptado que las comunidades indígenas son sujetos colectivos de algunos derechos con rango de fundamentales,³⁵ entre los cuales ha mencionado específicamente el derecho a la subsistencia y a la vida, el de participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la integridad étnica y cultural.

Sobre el primero de éstos, la subsistencia y la vida, la jurisprudencia ha llamado la atención sobre la necesidad de especial protección que requieren los pueblos indígenas que habitan en territorios que han sido o son escenarios del conflicto armado colombiano, y por ello han sido con frecuencia y pueden seguir siendo víctimas de masacres, asesinatos colectivos y selectivos, bombardeos, desplazamientos forzados, tomas armadas a sus poblaciones, es decir, ha hecho notar que sus integrantes han sido sujetos pasivos predilectos de violaciones al derecho internacional humanitario y

³³ Sentencias de la Corte Constitucional T-254 de 1994 y T-48 de 2002.

³⁴ Defensoría del Pueblo, “Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”, Bogotá, 2005. Página web: www.defensoria.org.co/pdf/informes.

³⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-380/1993 y T-1/1994.

por tanto requieren de especial atención del Estado para su supervivencia física y como grupo. En este sentido, no se trata, según la línea jurisprudencial, de un derecho con un contenido diferente al que correspondería a las personas ajenas a la minoría étnica, sino de la necesidad de una protección especial frente a una amenaza específica. En tal orden de ideas, el señalamiento de este derecho como específico y “cultural” no representa en verdad más que una cláusula de refuerzo, y no trae consigo contradicción alguna con el régimen general de los derechos humanos.

En cuanto el derecho de participación en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, se garantiza el que ha venido a denominarse “derecho de consulta”, en virtud del cual los cabildos indígenas tienen el derecho a participar en las intervenciones que afecten su hábitat. Este derecho, como lo afirma el más reciente informe del relator de las Naciones Unidas (Rodolfo Stavenhagen)³⁶ para los pueblos indígenas, tiene enorme importancia frente a las comunidades indígenas, pues el diseño y ejecución de los “megaproyectos” en sus territorios los pueden llevar a sufrir profundos cambios sociales y económicos, relacionados principalmente con pérdidas de sus territorios tradicionales, desalojos, agotamiento de los recursos necesarios para su supervivencia física y cultural, desorganización comunitaria. Según se desprende del mencionado informe, una consulta que cumpla con las exigencias de “consentimiento informado” parece satisfacer este reclamo. Por lo demás, como puede apreciarse, no aparece en el reconocimiento de este derecho ningún elemento que lo haga incompatible con el régimen general de los derechos humanos. Se trata, simplemente, de una manifestación del proceso de especificación de los derechos humanos.

En relación con el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra en la que habita desde tiempos ancestrales el pueblo indígena, la forma jurídica y política que ha tomado ese derecho es el de los resguardos, institución de origen colonial, que se ha mantenido durante los dos siglos de existencia de la república. La posesión de la tierra es de trascendental importancia para los pueblos indígenas, que, como lo afirma el relator Stavenhagen, siempre han tenido con la tierra una relación inherente a la idea de sí mismos. Además, en todas partes los indígenas han sido despojados de sus tierras

³⁶ Naciones Unidas, “La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas, distribuido el 12 de agosto de 2004, documento A/59/258.

ancestrales, y “la defensa de sus derechos agrarios y territoriales constituye uno de los temas más candentes de la protección de sus derechos humanos y es motivo de negociaciones, litigios y conflictos”.³⁷

En Colombia existen actualmente 638 resguardos, con una extensión de 280,000 km² (31.3 millones de hectáreas), que corresponden al 27% del territorio nacional.³⁸ Desde los años inaugurales de la Constitución, la jurisprudencia constitucional reconoció la existencia de este derecho fundamental de titularidad colectiva, que cuenta para su protección con todo el arsenal garantístico de los derechos fundamentales.³⁹ Estos resguardos son, en la actualidad, amplias extensiones de tierra dentro de las cuales hay poblados indígenas, sectores rurales y grandes extensiones de tierras sin poblar. Las autoridades indígenas tienen su ámbito de competencias en estos territorios. El origen de los resguardos se remonta al siglo XVI, y a pesar de la decisión de abolirlos, que se tomó recién inaugurada la República,⁴⁰ y de la controversia sobre su conveniencia a lo largo de todo el siglo XIX colombiano, gozan hoy en día de reconocimiento constitucional explícito.⁴¹

El tratamiento jurisprudencial de los resguardos refleja una cierta ambigüedad entre el régimen de la propiedad y el de la autonomía política. Esto

³⁷ *Idem.*

³⁸ Información oficial consultada en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 y del Ministerio del Interior y de Justicia. Página web: www.dnp.gov.co y www.mininteriorjusticia.gov.co. Consultadas en enero de 2006.

³⁹ Sentencias de la Corte Constitucional T-188 de 1993, SU-39 de 1997 y SU-383 de 2003.

⁴⁰ La ley de 3 de marzo de 1822, disponía lo siguiente: “Artículo 1. Los indígenas de Colombia, llamados indios en el código español, no pagarán en lo venidero el impuesto conocido con el degradante nombre de tributo; ni podrán ser destinados a servicio alguno por ninguna clase de personas, sin pagarles el correspondiente salario, que antes estipulen. Ellos quedan en todo iguales a los demás ciudadanos y se regirán por las mismas leyes... Artículo 3o. Los resguardos de tierras, asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuidas a sus familias, sólo para su cultivo, según el reglamento del libertador presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luego que los permitan las circunstancias, y antes de cumplirse los cinco años”.

⁴¹ Guzmán, Federico, “Indígenas y minorías étnicas”, en Corte Constitucional, *Sujetos de especial protección*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, libro electrónico, 2000; Motta, Nancy, “Legislación y derechos humanos de las poblaciones indígenas: una sinfonía inconclusa en la constitución colombiana” en Zambrano, Carlos Vladimir (ed.), *Antropología y derechos humanos: memoria VI Congreso de Antropología en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1992.

se debe, en amplia medida, a que aunque la Constitución prevé la existencia de unas entidades territoriales denominadas “territorios indígenas”, que tendrían autonomía política y fiscal, la propia Constitución defirió a la ley la creación de esas entidades, y hasta el día de hoy la ley no se ha expedido. Así las cosas, los resguardos han venido asimilándose a los territorios indígenas, y algunos de ellos perciben, por ejemplo, transferencias de rentas de modo análogo a los municipios. En otros aspectos, sin embargo, se les aplica el régimen de la propiedad privada, con las peculiaridades que implica su titularidad colectiva y sus características especiales de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Tal como puede apreciarse, el reconocimiento de esta forma de propiedad colectiva cabe dentro del marco constitucional, y no entra en colisión con el régimen de derechos humanos allí establecido. Es una modalidad de propiedad principalmente agraria, que reporta enormes ventajas en la protección del medio ambiente, y se trata, hoy en día, de una institución que ha ganado, tal vez por la fuerza del tiempo, su legitimidad jurídica y política.

Por último, está el derecho a la integridad étnica y cultural. En principio, parecería tratarse de una figura jurídica incompatible con las coordenadas nacionales e internacionales sobre las cuales están construidos los derechos humanos, como quiera que establece derechos cuyos titulares no son los miembros de una comunidad, sino el ente colectivo. Ahora bien, una desagregación del contenido de este derecho, según los principales casos que han arribado a la Corte Constitucional colombiana en estos quince años, muestra que el derecho ha tenido tres manifestaciones específicas, una de las cuales, el pluralismo lingüístico, se acepta pacíficamente, mientras las otras dos suelen suscitar controversia: se trata de la exención del servicio militar y de la restricción a las libertades religiosas.

Así las cosas, en cuanto a la pluralidad lingüística, la propia Constitución reconoce y protege los idiomas de los pueblos indígenas, y la ley general de educación (Ley 115 de 1994) contiene previsiones específicas sobre etnoeducación, que son sensibles a las especificidades de los pueblos indígenas, tales como la enseñanza de esas lenguas, la inclusión en los currículos escolares de asignaturas y métodos relacionados con su historia y tradiciones y la selección de maestros que conozcan su lengua y respeten su cultura.

En cuanto a la exención del servicio militar, que cobija a los varones indígenas, está contenida en la Ley 48 de 1993, y sobre ella la jurisprudencia

constitucional⁴² consideró que no es contraria a la Constitución, pues no vulnera el principio de igualdad al otorgar un trato diferente a los indígenas, ya que el propósito de la norma es proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad, y no otorgar un privilegio a los individuos en razón de su pertenencia a una etnia. Por ello, la propia jurisprudencia circunscribió la excepción a los “indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”. Es evidente, entonces, que no se trata de un derecho, sino de la exención de una obligación. Su justificación parece encontrarse en el hecho de que si todos los varones de un grupo conviven durante dieciocho meses en los cuarteles, bajo la disciplina militar, en medio de una cosmovisión occidentalizada y militarizada, muy probablemente adoptarán, por la fuerza, unos patrones culturales que no les son propios.

Por último, está el espinoso asunto de la restricción a las libertades religiosas en los pueblos indígenas. Una línea jurisprudencial reiterada, con tres sentencias de la Corte Constitucional que de modo específico tratan el asunto, ha considerado que para proteger el derecho a la integridad étnica no es inconstitucional limitar la libertad religiosa de los miembros de los pueblos indígenas, así como la de otras personas que quieran difundir sus cultos entre ellos. En los tres casos se trataba de solicitudes de Iglesias cristianas (en uno, evangélicos, en los otros dos, pentecostales) que veían obstaculizado el ejercicio del culto en las poblaciones indígenas.⁴³ El criterio de la Corte se puede apreciar en el siguiente extracto de la sentencia SU 518 de 1998:

En el caso de los arhuacos su territorio es el espacio de su práctica religiosa y sirve de evocación espiritual constante a sus miembros. La identificación tan estrecha de la tierra con la religión, le resta neutralidad y le niega toda virtualidad como foro público religioso. El ingreso de otros dioses, definitivamente notifica a los arhuacos el inicio de la profanación de sus símbolos sagrados. La identidad cultural no puede dejar de manifestarse en una lucha por la defensa de su territorio abierto únicamente a su culto. La pretensión de exclusividad —opuesta a las prácticas religiosas extrañas en su territorio—, por las razones expuestas encuentra asidero en el derecho de la comunidad y de sus miembros a preservar su propia religión.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-58 de 1994.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencias T-257 de 1995, SU 518 de 1998 y T-1022 de 2001.

Por lo expuesto, la viabilidad de la construcción y apertura de un templo evangélico en territorio arhuaco, corresponde ser decidida de manera libre y autónoma a las autoridades indígenas. No cabe formular reproche alguno si la consideración para definir el destino “del suelo” (C.P. artículo 330.1), en últimas, resulta determinada por motivos religiosos. El respeto a la identidad indígena, que surge de un inequívoco mandato de la Constitución Política, no podría en realidad ser mayormente desconocido que obligando a los arhuacos, contra su voluntad y creencias, a tolerar que en su territorio consagrado a su deidad, un Dios foráneo se instale y pretenda reconocimiento.

Resulta paradójico que aunque en las dos primeras sentencias las religiones que resultan protegidas son ancestrales, en el tercer caso la religión que resulta oficial y única es la católica, toda vez que en esta ocasión la Corte (Sentencia C-1022 de 2001) se limitó a reiterar sus precedentes, y aunque advirtió que aquí había un elemento diferente, como lo era que la religión promovida por la autoridad indígena era la católica, consideró sin embargo que esa confesión ya tenía características ancestrales para aquella comunidad. Debe anotarse también que en dos de los casos fallados se trataba de la negativa de las autoridades indígenas para que personas que no formaban parte de su comunidad (“unos pastores”) pudieran ejercer actividades de promoción religiosa, pero que en el otro se trataba de miembros de la propia comunidad indígena que se veían expuestos a persecución por parte de las autoridades, por ejercer un culto diferente al oficial.

Es evidente que en este punto, pero tal vez sólo en este, sí nos encontramos ante una desviación de la cultura constitucional y del respeto a los derechos humanos, con fuerte sabor comunitarista. Al respecto, cabría recomendar la rectificación de esa línea jurisprudencial, por varias razones, una de las cuales, como lo señala el informe del relator Stavenhagen a la Asamblea General de las Naciones Unidas, es que

la idea del multiculturalismo no entraña la preservación artificial de las culturas indígenas (o tribales) en algún tipo de museo, sino únicamente el derecho de toda comunidad humana a vivir con arreglo a las normas y visiones de su propia cultura. Algunas culturas cambian a lo largo del tiempo, pero sólo el tiempo dirá si alguna vez existirá una cultura universal o varias culturas locales, regionales, étnicas y nacionales interrelacionadas. Desde una perspectiva de derechos humanos, es evidente que el sujeto de los derechos culturales es el individuo, aunque esos derechos únicamente

pueden disfrutarse plenamente por todas las personas en comunidad con otros miembros del grupo.

Asimismo, con Ramón Ruiz Ruiz, cabe afirmar que de ninguna manera resulta legítimo que, con la excusa de lograr la subsistencia de una cultura, ésta se pueda imponer a sus supuestos integrantes o se les puedan negar sus derechos. En sus palabras:

En ningún caso la protección de una cultura cualquiera puede llegar a implicar la imposición a sus supuestos integrantes, pues en tal caso se estaría vulnerando la libertad de todo individuo a adoptar la moral privada o la forma de vida que le parezca más conveniente. Efectivamente, si bien es cierto... que la comunidad cultural en la que nacemos y nos educamos nos condiciona en gran medida, también lo es que tal pertenencia no llega a condicionarnos por completo, puesto que como seres autónomos y racionales que somos, podemos valorar y juzgar la comunidad a la que pertenecemos, la cultura en la que nos hemos desarrollado, criticar algunos de sus aspectos e, incluso, separarnos completamente de ella y adoptar un modo de vida distinto que nos parezca mejor. Algo que es tanto más fácil, precisamente, en las sociedades multiculturales como las nuestras, puesto que al estar en contacto con formas de vida y culturas distintas, podemos compararlas con la nuestra y, en su caso, adoptar todas o algunas de las pautas de aquellas que nos parezcan más valiosas que las heredadas.⁴⁴

Así pues, la tradición constitucional bicentenaria se ve rota con esta línea jurisprudencial en una de sus materias más preciadas: la libertad religiosa, cuya historia bien podría haber servido de ejemplo al alto tribunal para reflexionar un momento más antes de preferir las decisiones de una autoridad territorial, frente la decana de las libertades. Flaco favor, por lo demás, se le hace a la legitimidad de los sentimientos culturales de los pueblos indígenas afectados con esta medida, cuando se tratan de mantener, por la fuerza estatal, unas creencias míticas que vienen por mano de autoridad: la autoridad indígena del “cabildo” hoy en día, que reproduce, en uno de los casos señalados, la autoridad invasora que, a sangre y fuego, hace siglos, atropelló las religiones vernáculas e impuso la propia. Por lo demás, al situar la titularidad del derecho a la integridad étnica en las autoridades

⁴⁴ Ruiz Ruiz, Ramón, “Liberalismo y comunitarismo: dos perspectivas antagónicas del fenómeno multicultural”, en Anzoátegui Roig *et al.* (eds.) *Derechos fundamentales, valores... cit.*, nota 3, pp. 60-62.

indígenas, y no en las personas indígenas (por ejemplo, en los disidentes religiosos), la Corte colombiana olvida que las autoridades indígenas son una autoridad más dentro del espectro orgánico del Estado colombiano, y que en un Estado constitucional los derechos y libertades son para las personas, mientras para las autoridades lo que la Constitución manda es el control.

Pero bien, los más agudos problemas de los indígenas colombianos están relacionados con el conflicto armado interno, como atrás se aludió, y con la pobreza extrema. Según un reciente informe de la Defensoría del Pueblo sobre los pueblos indígenas más numerosos del país (los paeces), dentro de la morbilidad indígena existe un impacto severo de enfermedad diarreica aguda, infección respiratoria, poliparasitismo intestinal, desnutrición, tuberculosis y enfermedades de la piel,⁴⁵ es decir, de enfermedades típicas de la miseria, para las cuales, por lo demás, la cura existe.

De igual modo, el Informe del relator Stavenhagen manifiesta,⁴⁶ al describir el estado de la cuestión sobre los problemas y avances en derechos humanos que afectan a indígenas, que

Los pueblos indígenas en todo el mundo conforman, generalmente, los sectores más marginados y desposeídos de la sociedad, siendo víctimas de la discriminación y enfrentándose a prejuicios que están en muchas ocasiones perpetuados en el seno de las sociedades. A pesar de la existencia de legislaciones protectoras, muy a menudo, los derechos de los pueblos indígenas son negados en la práctica, los indígenas se encuentran en la mayoría de los países entre los estratos más pobres de la sociedad y se estima que su nivel de vida es inferior al promedio en muchos aspectos. ...Uno de los patrones recurrentes observados, y tema de preocupación para el relator especial, es la relación entre el origen étnico y la pobreza.

Una apuesta por el constitucionalismo social, entonces, pareciera ser la necesidad más urgente, también para estas minorías.

⁴⁵ Defensoría del Pueblo, *Informe defensorial. Situación de derechos humanos de las comunidades indígenas del Norte del Cauca*, página web: www.defensoria.org.co.

⁴⁶ Naciones Unidas, “La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas, distribuido el 12 de agosto de 2004, documento A/59/258.