

LA DIALÉCTICA NACIONAL E INTERNACIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO: EL CASO DE COLOMBIA FRENTE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Juan Diego CASTRILLÓN O.*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *El proceso de formación de una sensibilidad diferente en relación con las sociedades en el sistema internacional de los derechos humanos y su relación con el otorgamiento de derechos a los pueblos indígenas de Colombia.* III. *La interlocución entre ciencias sociales y operadores del derecho en la configuración de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia.* IV. *Conclusiones.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

En los últimos años se ha venido produciendo un replanteamiento de la visión que tenía el Estado colombiano en torno a la sociedad donde ejerce sus funciones políticas y administrativas. Hasta 1991 existió como marco referencial jurídico-institucional del Estado colombiano una Constitución que caracterizaba a la nación colombiana como una asociación de ciudadanos que poseían una identidad común como colombianos, que hacían uso de derechos y tenían obligaciones específicas con el orden jurídico y político. En dicho marco constitucional, Colombia era una nación que se presumía homogénea culturalmente.

El marco jurídico ideológico de la visión que poseyó el Estado colombiano sobre la sociedad donde ejerce su soberanía era el constitucionalismo liberal que erige su estructura conceptual teniendo como referente la

* Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales en la Universidad del Cauca, Colombia, abogado, antropólogo especialista en antropología jurídica, maestro en ciencia política y doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

existencia de la persona individualmente considerada y como poseedora de derechos fundamentales. Estos derechos encuentran justificación en el derecho natural. Los fundamentales son el derecho a la vida, la libertad y la posesión de bienes.¹

Esta teoría dio fundamento a la configuración del Estado moderno, generándose una institucionalidad que se consolidó primero en Europa y sirvió de referente para la configuración institucional de los países del continente americano. Se diseñó e implementó una propuesta de Estado monocultural aséptico a toda expresión cultural, social, religiosa o sexual, que se impuso autoritariamente y que hizo invisibles, o trató de integrar o asimilar, a las diferentes expresiones socioculturales de la sociedad a una promocionada institucionalmente como representativa del colectivo comprendido dentro de la estructura Estado-nación.

De “repente”, en 1991, en la Constituyente se estableció una diferente visión del Estado de la sociedad colombiana; el ciudadano abstracto ya no fue el pivote fundamentador del constitucionalismo. Mujeres, niños, minusválidos, comunidades negras, pueblos indígenas, etcétera, fueron concebidos como sujetos particulares de derechos. La Constitución ubicó como principio el carácter pluriétnico y pluricultural de nuestra sociedad. Por primera vez en la historia del país, los pueblos indígenas se hicieron visibles para el discurso constitucional.²

¹ Esta teoría es descrita en el clásico texto de John Locke, *Segundo tratado del gobierno civil*, que se ha convertido en el manual que explica la génesis de la obligación política liberal en el mundo moderno.

² Se plantea el repentino apareamiento de este escenario, en especial para los pueblos indígenas, pues para la gran mayoría de los estudiosos de esta temática en Colombia, el movimiento indígena no se había propuesto alcanzar un reconocimiento de derechos tan ambicioso como el que se produjo en la Constitución de 1991 o el que ha venido siendo configurado por la Corte Constitucional. En reciente investigación sobre el estado de las justicias en el país se plantea la siguiente tesis: “El movimiento indígena en Colombia había resurgido con fuerza a partir de los años setenta. Sin embargo, ni el número de sus integrantes, ni el tipo de métodos que emplearon para obtener sus objetivos, pueden explicar el reconocimiento que obtuvieron en un periodo relativamente corto (20 años). Quizás las razones que motivaron el cambio deben buscarse más en el ámbito internacional que en el nacional”. Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias-Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2001, p. 22. La tesis anterior ha estado a debate entre los académicos que investigan la temática indígena del país. Un trabajo elaborado sólo dos años después de la Constituyente exponía: “Revisando estos datos, llama la atención de los observadores e investigadores extranjeros que, hoy por hoy, los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas alcanzaron en la Constitución un alto nivel de reconocimiento como sujetos de derechos. Más de dos decenas de disposiciones constitucionales les otorgaron derechos como individuos y como colectivos. Uno de los artículos reconoce expresamente que los pueblos indígenas poseen el derecho a tener su propia jurisdicción y a ejercerla de forma autónoma.³

Con la decisión del constituyente de 1991 se produjo en Colombia el rompimiento de uno de los principios básicos que proclama la teoría jurídico-política liberal, según la cual el Estado detenta el monopolio del derecho judicial y la resolución de los litigios jurídicos. El constituyente hizo la declaración que en la sociedad colombiana circulan diferentes derechos y distintas formas de resolución de conflictos.⁴ A los pueblos

colombianos hayan alcanzado un lugar destacado en el nuevo ordenamiento constitucional, con más de veinte disposiciones explícitas que otorgan a sus miembros todos los derechos como nacionales del país, pero que además, acreditan la capacidad de las sociedades conformadas por los indígenas para mantener y desarrollar los patrones tradicionales de la identidad económica, social, cultural; para darse sus propias formas de gobierno interno; para acceder al pleno, inalterable, intransferible, inembargable e imprescriptible dominio comunal de sus territorios ancestrales; para participar, activamente, con sus propios movimientos de opinión y sus legítimos representantes y voceros, en todas las instancias del poder que tienen responsabilidad en la construcción de la nueva sociedad nacional, definida en la Carta Constitucional de 1991". Sánchez, Enrique *et al.*, *Derechos e identidades: los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque Editores, 1993, p. 23.

³ Artículo 246: "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".

⁴ En este aspecto la Constitución de 1991 es bastante amplia, pues hace un reconocimiento de jurisdicciones de los pueblos indígenas y de formas de resolución de conflictos existentes en la estructura social y cultural colombiana. En el artículo 116 reconoce la existencia de las formas, acciones, mecanismos que la comunidad utiliza para solucionar sus problemas de una manera pacífica, utilizando los recursos del diálogo, la conciliación, la negociación, las visitas comunitarias, reuniones etcétera, que soporta la denominada justicia comunitaria, que ha sido desarrollada legislativamente y promovida institucionalmente en los últimos años. En los últimos tres años se le ha dado un reconocimiento a la justicia comunitaria en Colombia. Este esfuerzo ha dado como resultado el impulso de figuras como los conciliadores en equidad, los centros de conciliación, las casas de justicia, la práctica de la mediación para la resolución de pequeños conflictos en los espacios laborales y comunitarios, e igualmente podemos hablar, dentro de este marco, de los jueces de paz como una más de las alternativas dentro de la justicia comunitaria.

indígenas se les reconoció la posesión de sus propias normas y procedimientos. La idea básica de la sociología jurídica de que las sociedades son mosaicos de juridicidades se instituyó en disposiciones constitucionales.

En el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas ha venido desempeñando un papel central la Corte Constitucional en los últimos diez años. Por mandato de la Constitución, a esta corporación le corresponde la función de llenar de contenido los preceptos constitucionales relativos a los pueblos indígenas. Así, desde sus primeras actuaciones,⁵ la Corte tuvo que interpretar la jerarquía normativa en la que el constituyente de 1991 ubicó los derechos de los pueblos indígenas.

Para la Corte, la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que, como tal, aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (artículos 1o. y 7o.). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta, como tal, puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla.⁶

⁵ Es de destacar que la Corte Constitucional fue establecida por la Constituyente de 1991 como institución autónoma. Anteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en sala plena, cumplía con la función de control constitucional.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993. Magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Al estructurar la visión del ordenamiento constitucional en torno a los pueblos indígenas, la Corte tuvo posteriormente la oportunidad de especificar el contenido de la jurisdicción indígena, como instituto que establecía que, entre las múltiples jurisdicciones que la sociedad colombiana posee, se encuentra la de los pueblos indígenas. Así, en la sentencia T-254 de 1994, la Corte afirmó que: “Las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social”.

En numerosas oportunidades la Corte ha tenido que resolver controversias donde han sido partícipes los pueblos indígenas, y con ese motivo ha definido los parámetros constitucionales de la jurisdicción especial indígena.⁷

Si para muchos científicos sociales la fuerza social⁸ del movimiento indígena colombiano no poseía la contundencia para transformar el sistema

⁷ La Corte ha desarrollado su visión en torno a los derechos indígenas, resolviendo controversias jurídicas presentadas por vía de tutela, siendo las más importantes sentencias la T-254 de 1994, la T-349 de 1996, la T-496 de 1994 y la T-523 de 1997, o por vía de demandas de inconstitucionalidad de normas, siendo las más destacadas las sentencias C-027 de 1993, C-224 de 1994, y C-139 de 1996.

⁸ Este concepto se ha tomado del marco conceptual desarrollado por Norbert Elias, quien afirma que “la fuerza social de un individuo o de un grupo es un fenómeno complejo, en relación con el individuo aislado esta fuerza social no es nunca idéntica con su fuerza individual o corporal, y en relación con todo el grupo no es idéntica a la suma de las fuerzas de los individuos. Pero en ciertas condiciones, las fuerzas y destrezas físicas pueden constituir elementos esenciales de la fuerza social. La parte que corresponda a la fuerza física en el contexto social dependerá de la estructura general de la sociedad y de la posición del individuo en ella. Por su estructura y por su constitución, la fuerza social es tan distinta como la estructura y la composición de las sociedades. En las sociedades industriales, por ejemplo, una gran fuerza social puede acompañar a un escaso vigor físico de un individuo, aunque ha habido fases en el desarrollo de esta sociedad en que el vigor corporal era de gran importancia para alcanzar la fuerza social. El poder político no es otra cosa que una forma determinada de fuerza social. En consecuencia, no se puede comprender el comportamiento ni los destinos de los hombres, de los grupos, de las clases sociales, de los estados (nosotros diríamos de los grupos indígenas y de las etnias, J. D. C. O.) si no se toma en consideración su fuerza social real, con independencia de lo que los mismos interesados dicen y creen. El propio juego político perdería parte de su carácter azaroso y misterioso, si se pudiera analizar la red de relaciones sociales de fuerza de todos los países”. Elias, Norbert, *El proceso de la civilización*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 308.

jurídico y alcanzar los logros constitucionales descritos, el interrogante pertinente es entonces: ¿cómo arriba el ordenamiento jurídico-constitucional colombiano a este punto? ¿Qué elementos o qué factores de tipo político y jurídico intervinieron para el reconocimiento del pluralismo jurídico en relación con los pueblos indígenas? Sin infravalorar el proceso de resistencia que han vivido los pueblos indígenas para preservar sus identidades y detener los procesos de asimilación cultural que se han implementado en el periodo republicano de nuestra historia en los marcos de nuestro Estado-nación, en esta ponencia intentaremos producir una explicación del reconocimiento del pluralismo jurídico en nuestro país, específicamente respecto de los pueblos indígenas, como producto de las dinámicas internacionales de naturaleza política y académica,⁹ donde los pueblos indígenas han presionado su posicionamiento como sujetos de derechos y de reflexión de las ciencias sociales, dinámicas que fueron recibidas en los inicios de la década de los noventa por actores políticos y operadores del derecho del país.

El proceso de formación de una sensibilidad diferente respecto de la estructura socio-política de las sociedades por obra del sistema internacional de los derechos humanos, que se convirtió en difusor de paradigmas multiculturales y democráticos, ha establecido, en unión con el replanteamiento de modelos y marcos de referencia en las ciencias sociales, un diálogo con actores políticos y operadores del derecho en Colombia, facilitando el reconocimiento de los órdenes jurídicos que poseen los pueblos indígenas en ese país.

Con el propósito de encontrar una explicación del reconocimiento del pluralismo jurídico en Colombia, y específicamente del reconocimiento de la juridicidad indígena, haremos una reflexión en torno a la relación dialéctica entre esos dos escenarios.

⁹ Es importante anotar que no consideramos adjetivas las luchas de los pueblos indígenas en el reconocimiento de instituciones jurídico-políticas que reconocen la pluriculturalidad y las diversas juridicciones de la sociedad colombiana. Lo que consideramos es que la acción política de los pueblos indígenas en los marcos de lo que se conoce como la nación colombiana en las décadas de los setenta y ochenta, no mantienen una relación de causa efecto con las conclusiones de la Constituyente y las decisiones de la Corte Constitucional. Para nosotros es un proceso complejo que refleja más las dinámicas internacionales, en las que los pueblos indígenas se han posicionado como actores importantes dentro de un numeroso grupo, dinámicas que han producido marcos jurídicos y políticos globales que hoy presionan a los llamados Estados-nación a un replanteamiento de sus prácticas.

II. EL PROCESO DE FORMACIÓN DE UNA SENSIBILIDAD
DIFERENTE EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES EN EL SISTEMA
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN
CON EL OTORGAMIENTO DE DERECHOS A LOS PUEBLOS
INDÍGENAS DE COLOMBIA

La visión liberal decimonónica marcó la formación del sistema internacional durante la mayor parte del siglo XX. Este sistema se configuró como una asociación de los Estados-nación que prioritariamente debía establecer parámetros jurídicos y políticos para la preservación de la paz y la coordinación entre sus miembros en actividades de cooperación internacional. Tal visión ha sido transformada radicalmente por los procesos de globalización que se han producido en las últimas décadas del siglo XX. El Estado-nación ya no es el único actor central del sistema internacional; hoy existen otros sujetos que influyen con igual o mayor contundencia en procesos internacionales, como las ONGs, las corporaciones y organizaciones internacionales integrantes del sistema internacional de derechos humanos, así como las entidades financieras internacionales.

Se puede decir que si durante gran parte del siglo XX los Estados-nación configuraron un sistema internacional, a finales de ese siglo se desencadenó un proceso que es radicalmente opuesto: habiendo consolidado un posicionamiento y dinámicas autónomas, el sistema internacional desarrolla ahora actividades y difunde parámetros que transforman a los Estados-nación.

Este proceso es evidente en relación con los pueblos indígenas. De la actitud del sistema internacional de las décadas de los años cuarenta y cincuenta, en el sentido de producir estándares normativos para propiciar su asimilación a los Estados-nación, el sistema internacional de los derechos humanos se ha dedicado a posicionar una visión más plural de las sociedades contemporáneas, produciendo procesos internacionales que presionan a los Estados-nación para el replanteamiento de sus visiones monoculturales y el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos específicos de derechos. Podemos ubicar tres escenarios jurídicos internacionales que nos permiten demostrar el replanteamiento del sistema internacional de los derechos humanos respecto de los pueblos indígenas.

1. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los convenios complementarios sobre derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos no recogió en su redacción los escenarios étnico-culturales en los cuales se desarrollaba el sistema internacional. La causa fundamental la podemos atribuir a que el documento fue producto del consenso entre las potencias triunfadoras de la Segunda Guerra Mundial que intentaron construir un referente jurídico internacional de derechos humanos común para iniciar un nuevo momento de las relaciones internacionales.¹⁰ En el documento sólo podemos ubicar dos alusiones que están relacionadas con esta dimensión, cuando se refiere a la no discriminación (artículo 7o.) y, en su artículo 27, cuando afirma que todos tienen derecho al disfrute de la vida cultural de la comunidad.

En 1966 se establecen dos instrumentos internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los que entraron en vigor diez años después. La historia legislativa de estos dos documentos se inicia en los comienzos mismos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuando se planteó la necesidad de complementar la Declaración Universal con instrumentos que contuvieran una visión más amplia de los derechos humanos, que reflejaran dinámicas colectivas de la sociedad contemporánea y tuvieran un alto nivel de obligatoriedad. Actualmente, estas dos convenciones y la Declaración Universal se consideran como la estructura jurídica más completa en el derecho internacional de los derechos humanos.

Con la formalización de los dos pactos, el sistema internacional de los derechos humanos rompe con la visión individualista liberal clásica e inicia la estructuración de una percepción más compleja, sociológica y an-

¹⁰ Pero la elaboración del documento no estuvo exenta de contradicciones culturales. Si bien las potencias triunfadoras de la guerra establecieron un consenso, muchos países mostraron su inconformidad por la redacción de un documento que no recogiera la dimensión étnico-cultural de las sociedades contemporáneas. En ese sentido, cuando el 10 de diciembre fue aprobada la Declaración, se hizo con 48 votos a favor y 8 abstenciones: seis países de Europa oriental, Arabia Saudita y Sudáfrica. Esto lo reseña Boutros-Boutros Ghali en su trabajo *The United Nations and Human Rights 1945-1995*, Nueva York, United Nations, 1996, p. 23.

tropológicamente hablando, de la sociedad contemporánea. EL PIDCP incluyó en su artículo 27 un dispositivo normativo protector de los grupos o minorías étnicas:

En los Estados donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.¹¹

Los pactos se constituyeron en referente jurídico-político para los Estados-nación para ajustar sus relaciones con sus ciudadanos a las nuevas visiones que el sistema internacional poseía de las sociedades. Actualmente, estos instrumentos han sido ratificados por casi la totalidad de los estados. El PIDESC ha sido ratificado por 146 estados y el PIDCP por 149.¹²

2. Diversos instrumentos producidos por la ONU que fortalecen el marco jurídico-normativo de los derechos de los pueblos indígenas

Existen diferentes declaraciones que se han elaborado en el marco de los objetivos de la ONU de trabajar en la elaboración de un marco jurídico internacional en derechos humanos, las que permiten detectar su preocupación por construir una perspectiva de los derechos humanos amplia e inclusiva de realidades sociales y culturales que son abstraídas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A esta labor han contribuido los desarrollos de las ciencias sociales y el proceso político contemporáneo, que presionan a favor de la estructuración de una visión integral de las sociedades en los marcos jurídi-

¹¹ Cuando las Naciones Unidas adoptaron medidas para proteger los derechos de las minorías (artículo 27 PIDCP), diversos países del Nuevo Mundo insistieron en que se añadiera una cláusula afirmando que el artículo únicamente era aplicable a aquellos estados donde existieran minorías, y declararon que, por consiguiente, el artículo no era aplicable en su caso. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, México, Paidós, 1996, p. 39.

¹² Naciones Unidas, www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm, visitada el 22 de mayo de 2003.

cos nacionales e internacionales. Si bien estos instrumentos no tienen validez vinculante para los estados, de alguna manera forman parte del derecho internacional emergente de los derechos humanos y han servido para fundamentar diferentes demandas de justicia. Dentro de esta dinámica encontramos la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959;¹³ la Declaración que Garantiza la Independencia de los Pueblos Colonizados, de 1960;¹⁴ la Resolución sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, de 1962;¹⁵ la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1963;¹⁶ la Declaración contra la Discriminación de la Mujer, de 1967;¹⁷ la Declaración sobre el Progreso Social y el Desarrollo, de 1969;¹⁸ la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, de 1978;¹⁹ la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, de 1981;²⁰ la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986;²¹ la Declaración sobre los Derechos de las Personas que Pertenecen a las Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de 1992;²² la Declaración de Viena sobre

¹³ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959. http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/25_sp.htm.

¹⁴ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, del 14 de diciembre de 1960. http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/c_coloni_sp.htm.

¹⁵ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 1803 (XVII), del 14 de diciembre de 1962. http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/c_natres_sp.htm.

¹⁶ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963 [resolución 1904 (XVIII)] http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/9_sp.htm.

¹⁷ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2263 (XXII), del 7 de noviembre de 1967, http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/21_sp.htm.

¹⁸ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/m_progre_sp.htm.

¹⁹ Aprobada y proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), reunida en París en su vigésima reunión, el 27 de noviembre de 1978, http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/d_prejud_sp.htm.

²⁰ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [Resolución 36/55], http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/d_intole_sp.htm.

²¹ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986, http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/74_sp.htm.

²² Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1992, http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/d_minori_sp.htm.

los Derechos Humanos, de 1993,²³ que actualiza los estándares establecidos en la Declaración de 1948, y la Declaración de Durban en el 2000.²⁴

²³ En su programa de acción, esta conferencia estableció criterios para el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, como una categoría independiente a las llamadas minorías. “20. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no-discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.” Asamblea General, CONF.157/2312 de julio de 1993, Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, 14 al 25 de junio de 1993, <http://www.hri.ca/vienna+5/vdpa-s.shtml>.

²⁴ Esta conferencia resumió los derechos específicos que los pueblos indígenas buscan les sean reconocidos en el ámbito nacional e internacional. Es importante destacar que en la conferencia de Viena la comunidad internacional designaba como “poblaciones” a estas realidades, forma de describir que tiene su origen en el Convenio 107 de la OIT. En esta conferencia son designados como pueblos (con las aclaraciones pertinentes del significado que para el derecho internacional tendría esta designación); los derechos enumerados son los siguientes: “42. Insistimos en que para que los pueblos indígenas puedan expresar libremente su propia identidad y ejercer sus derechos no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación, lo que necesariamente implica el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Se está haciendo actualmente un esfuerzo por garantizar el reconocimiento universal de estos derechos en las negociaciones acerca del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, incluidos los derechos siguientes: a ser llamados por su propio nombre; a participar libremente y en condiciones de igualdad en el desarrollo político, económico, social y cultural de un país; a mantener sus propias formas de organización, sus estilos de vida, culturas y tradiciones; a mantener y utilizar su propio idioma; a mantener su propia estructura económica en las zonas en que habitan; a participar en el desarrollo de sus sistemas y programas de educación; a administrar sus tierras y recursos naturales, incluidos los derechos de caza y pesca; y a tener acceso a la justicia en condiciones de igualdad; 43. Reconocemos también la relación especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra como base de su existencia espiritual, física y cultural, y alentamos a los Estados a que, siempre que sea posible, velen por que los pueblos indígenas puedan mantener la propiedad de sus tierras y de los recursos naturales a que tienen derecho conforme a la legislación interna”.

Estos documentos actualizan valores, perspectivas y visiones sobre la dinámica político-ética de las sociedades modernas que controvierten los enfoques autoritarios en el ámbito cultural del Estado liberal e instituyen un conjunto de sujetos de derechos que ofrecen un contexto económico, social, político y cultural a la categoría del ciudadano, pivote fundacional y fundamental de la teoría liberal sobre los sistemas políticos modernos. Se puede decir que con estos instrumentos el derecho internacional se hace permeable a los reales procesos socioculturales de las sociedades.

3. El proceso de replanteamiento de los derechos indígenas en la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En la segunda parte del siglo XX, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha diseñado los dos únicos instrumentos internacionales que propenden a la regularización de las relaciones entre los Estados-nación y los pueblos indígenas. Se trata del Convenio 107 de 1957 relativo a la integración de las poblaciones indígenas²⁵ y el Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que revisa los estándares políticos del primero

Durante casi tres décadas el Convenio 107²⁶ fue cuestionado con justeza de ser un marco jurídico legitimador de los proyectos asimilacionistas de los Estados-nación. Los contextos sociopolíticos internacionales y nacionales de las siguientes décadas, caracterizados por las luchas de liberación nacional anticoloniales, los movimientos anti-racistas y an-

²⁵ Un total de 27 países ratificaron este Convenio: Angola, Argentina, Bangladesh, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea Bissau, Haití, India, Irak, Malawi, México, Pakistán, Paraguay, Panamá, Perú, Portugal, República Dominicana, República Árabe de Siria y Túnez.

²⁶ Sin embargo, este documento marcó una diferencia sustancial en el acercamiento al mundo indígena que había realizado la OIT, la que, durante su existencia, sólo lo había enfocado como una realidad que aportaba trabajadores a procesos productivos nacionales e internacionales (migraciones) y no como estructuras societarias. “La postura de la OIT en relación con los pueblos indígenas ha pasado de ser monotemática, es decir, un interés sólo como ‘trabajadores’, a un interés pluritemático: no sólo como trabajadores (atención social y económica), sino como grupo cultural, sus concepciones y prácticas religiosas, lingüísticas, políticas y jurídicas”. González Galván, Jorge, “El reconocimiento del derecho indígena en el convenio 169 de la OIT de 1989”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT, IX Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1999, p. 84.

ti-discriminación y el paulatino posicionamiento de los pueblos indígenas, producto de sus movilizaciones sociales y políticas, presionaron para que se produjera el replanteamiento de la desenfadada visión asimilacionista de este instrumento.

El resultado fue un nuevo instrumento que recogió gran parte de la discusión sobre los problemas étnico-culturales en el sistema de Naciones Unidas.²⁷ El Convenio 169²⁸ replantea la naturaleza asimilacionista del Convenio 107 en su artículo 2o., numerales 1 y 2, literal b, y artículo 7o., numeral 1.²⁹ Los avances en el enfoque de las relaciones de los indígenas con los Estados son notorios. Un primer indicador es que no se les designa a las sociedades indígenas como poblaciones, sino como pueblos.

²⁷ En el informe del comité de expertos de la OIT de 1987 se informa que la revisión del Convenio 107 ha involucrado a las organizaciones más importantes del sistema internacional: “82. En el marco de la colaboración establecida con otras organizaciones internacionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de instrumentos internacionales que tratan materias de interés común, copias de las memorias recibidas en virtud del artículo 22 de la Constitución se enviaron a las Naciones Unidas, así como a otros organismos especializados y organizaciones intergubernamentales con las que la OIT ha concertado arreglos especiales para tal fin. 83. De este modo, y según la práctica usual, se transmitieron, para ser comentadas, copias de las memorias presentadas en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, relativas al Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), y al Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117), a las siguientes organizaciones: Naciones Unidas, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Además se han enviado copias de las memorias recibidas sobre el Convenio núm. 107 a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y al Instituto Indigenista Interamericano de la Organización de Estados Americanos, como parte de la colaboración prevista por la OIT para la aplicación del Plan Quinquenal de Actividades Indigenistas Interamericanas de aquel Instituto”.

²⁸ Este convenio ha sido ratificado por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Venezuela y Perú, Noruega, Países Bajos, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fidji. Base de datos ILOLEX, consulta realizada el 15 de junio de 2003.

²⁹ “Artículo 7.1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (*idem*).

El Convenio 169 significa un avance para la consolidación de los derechos de los pueblos indígenas. Los derechos ubicados en los artículos 2o. numeral 1, 2 literales a, b;³⁰ en el 5o.;³¹ 7o. numeral 1;³² 13;³³ y 15;³⁴ en el 14 numeral 1³⁵ y en los artículos 20, 22, 23, 24 y 26, consolidan es-

³⁰ “Artículo 2.1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”; Base de datos oficial de la OIT, en <http://ilolex.ilo.ch:1567/cgi-lex/convsd.pl?query=C169&query0=C169&submit=Visualizar>.

³¹ “Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo” (*idem*).

³² Véase nota 29.

³³ “Artículo 13.1. 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. 2. 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” (*idem*).

³⁴ “Artículo 15.1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. 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” (*idem*).

³⁵ “Artículo 14.1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos

pacios y permiten avanzar en la definición de contenidos normativos que reconozcan sus especificidades como realidades socioculturales. Uno de los logros de este instrumento, que ha generado todo tipo de polémicas en su aplicación, es la estipulación del derecho de consulta, que fue concebido como un mecanismo para que los estados sometieran a consideración de los pueblos indígenas la implementación de proyectos económicos que afecten o impacten su existencia como sociedades.

Así las cosas, la Asamblea Constituyente se topó con todo un bloque normativo internacional que había posicionado los derechos indígenas en el orden internacional. Si bien los pueblos indígenas de Colombia demográfica y políticamente no poseían, para los analistas, la fuerza social suficiente y necesaria para presionar al sistema político y jurídico para el reconocimiento de tan variado número de derechos, los pueblos indígenas existentes en el mundo habían ejercido presión sobre el sistema internacional de los derechos humanos que permitió su configuración.³⁶

La Constituyente de 1991 tuvo la participación de tres delegados de los pueblos indígenas, lo que, unido al ambiente democrático que se vivía en el país, se conjugó para que se dieran las condiciones políticas para la asimilación en el ordenamiento constitucional de todo lo producido respecto a la democracia en el orden mundial. El pluralismo político, el

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 este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes” (*idem*).

³⁶ Los pueblos indígenas han sido representados internacionalmente por organizaciones no gubernamentales que han presionado al sistema internacional de los derechos humanos de múltiples formas. Además, en nuestro concepto, si bien al mundo académico se le debe la elaboración de marcos teóricos que rompieron con el formalismo jurídico para evaluar las sociedades contemporáneas, la difusión de esos marcos se debe en mucho a estas organizaciones. Las organizaciones no gubernamentales a las cuales el Consejo Económico y Social de la ONU les ha otorgado estatus consultivo son: World Council of Indigenous Peoples (WCIP) —ahora llamada Asamblea de las Primeras Naciones—, International Indian Treaty Council, (IITC), The Indian Law Resource Centre (ILRC), Four Directions Council, National Indian Youth Council, National Aboriginal and Islander Legal Services Secretariat, Inuit Circumpolar Conference (ICC), The Indian Council of South America (ICSA), Saami Council, Grand Council of the Cree, Indigenous World Association, International Organization of Indigenous Resource Development (IOIRD), Aboriginal and Torres Strait Islander Commission. El papel de estas organizaciones en la configuración del pluralismo jurídico en los órdenes nacional e internacional es un tema pendiente de estudio por parte de la sociología jurídica.

pluralismo ideológico, el pluralismo económico y cultural, fueron plasmados en el orden constitucional colombiano.

A los investigadores sociales de la realidad colombiana les llama la atención la facilidad con que el orden jurídico constitucional colombiano asimiló las instituciones del sistema internacional de los derechos humanos que reconocen derechos a los pueblos indígenas. Fundamentan su sorpresa en que demográficamente los pueblos indígenas representan el 1.5% de nuestra población y los movimientos de presión sobre el sistema político colombiano no tenían la magnitud para producir dichos resultados.

Desde nuestra perspectiva, las debilidades demográficas y políticas observadas por algunos analistas fueron y se convirtieron en fortalezas para los pueblos indígenas, en la coyuntura de la Constituyente de 1991. Primero, los actores políticos que estuvieron en dicho espacio no observaron contradicciones profundas entre sus visiones democráticas y las propuestas de las organizaciones indígenas y de sectores que hicieron suyas las reivindicaciones. Al ser los indígenas un sector minoritario de la sociedad, sus derechos no fueron vistos como un elemento de distorsión radical del sistema político y cultural. La sensibilidad del Constituyente hacia los derechos indígenas expresaba en ese momento histórico la vocación de los constructores de la nueva Constitución de sentar las bases para la existencia de una verdadera democracia en el país, en las dimensiones política, social y cultural que el sistema internacional de los derechos humanos ha concebido en las últimas décadas.

III. LA INTERLOCUCIÓN ENTRE CIENCIAS SOCIALES Y OPERADORES DEL DERECHO EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

La teoría social y su relación con el sistema político democrático ha vivido profundos cambios desde la formulación de la Declaración Universal en 1948. La visión filosófica, social y política que caracterizó el trascendente documento se ha enriquecido con los nuevos enfoques que las ciencias sociales han elaborado sobre los contenidos y las estructuras de las sociedades que existen en la historia contemporánea. El diálogo entre ciencias sociales y operadores del derecho se ha establecido en los niveles internacional³⁷ y nacional.

³⁷ El divorcio existente entre las ciencias sociales y la disciplina jurídica en la elaboración de instrumentos jurídicos se producía también en el orden internacional. Michael

En el desarrollo jurisprudencial de los preceptos de la Constitución colombiana de 1991 se observa este cambio fundamental. Los postulados de la teoría liberal de la autonomía del derecho frente a los procesos de reflexión de otras disciplinas se rompió en la experiencia constitucional de la última década. Este fenómeno se ha reflejado notoriamente en las decisiones que la Corte Constitucional ha tomado para darle contenido a los preceptos que la carta política contiene respecto a la pluriculturalidad y los sistemas normativos existentes en la sociedad colombiana.

Analicemos algunas sentencias que a nuestro parecer nos demuestran este nuevo fenómeno en la práctica judicial colombiana.

1. *La Corte Constitucional y la naturaleza de los pueblos indígenas y sus decisiones sancionadoras (sentencia T-254 de 1994)*

La Corte Constitucional asumió la revisión de un caso decidido por un tribunal departamental y por la Corte Suprema de Justicia, en el cual un indígena de nombre Ananías Narváez, natural de Coyaima, municipio con numerosas comunidades indígenas, de 50 años de edad, por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra la directiva del cabildo de la comunidad indígena de El Tambo, localizada en el municipio de Coyaima, Departamento del Tolima.

Freeman nos narra que, aunque no se hizo público, ni fue ubicado como punto clave en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por las complejas realidades culturales existentes en el escenario internacional, la dimensión cultural del instrumento preocupó a muchos delegados, haciendo obligatoria la consulta a expertos en el tema cultural en el momento de realizar la redacción final del documento. La organización consultada fue la Asociación Americana Antropológica quien proporcionó un concepto a la Comisión de Derechos Humanos planteando que una Declaración Universal podría mostrarse insuficiente frente a la diversidad cultural existente en el mundo. Tal concepto fue motivo de profundas discusiones dentro de la comunidad de profesionales de la antropología, pues muchos sostuvieron que una ciencia como la antropología nada tenía que opinar acerca de un concepto no científico como era el de derechos humanos. Freeman, Michael, *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*, Oxford, Blackwell Publishers, 2002, pp. 76 y 77. Todo esto cambió en las siguientes décadas: la ciencia política, la antropología y la sociología estructuraron nuevos enfoques y metodologías que rompieron con la tradición positivista que había influido en ellas por más de un siglo. La visión sobre los sistemas políticos fue replanteada; el abandono del evolucionismo que legitimaba la civilización occidental como el punto máximo de desarrollo por la antropología y la sociología permitió que se observara al fenómeno social desde puntos de vista que legitimaban la diversidad y la pluralidad de procesos en la estructura social.

La decisión de esta controversia siguió las dos etapas correspondientes del juicio de tutela. El primer momento fue responsabilidad del Tribunal Superior del Tolima y la segunda de una de las salas de la Corte Suprema de Justicia.

Lo interesante del caso, en este análisis, fue la concepción operativizada por las dos corporaciones respecto a la naturaleza de las decisiones de las comunidades indígenas y de las comunidades indígenas mismas, para abordar la solución del caso: el Tribunal concibió la decisión de sanción contra el indígena por parte de la comunidad como una expresión de una asociación civil:

A la luz del principio de que “nadie está obligado a continuar asociado en contra de su voluntad... ni menos a permanecer en comunidad ilícita”, reconoció que los miembros de la comunidad tenían derecho a admitirlo o a esquivarlo, decisión esta última que finalmente adoptaron, según sus usos y costumbres.

Para esta institución, de ninguna manera se podía asumir que la naturaleza de esta decisión fuese jurisdiccional o administrativa: “una determinación de esta clase no se puede equiparar a un acto administrativo o a un pronunciamiento judicial, más cuando de la costumbre se trata”.

El juzgador de segunda instancia también se abstrajo de las realidades sociológicas y antropológicas que reconoce la Constitución de 1991 y, sin refutar la concepción sobre la naturaleza de las decisiones de los pueblos indígenas frente a los miembros que han infringido sus normas, que había expresado el primer juzgador, complementa que los cabildos indígenas son entidades públicas “cuyos miembros son elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un determinado territorio, encargados de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley, sus usos y costumbres, situación igualmente consagrada en los artículos 329 y 330 de la carta política”. Sin decirlo expresamente, le concede una naturaleza administrativa sancionatoria a la decisión que tomó la comunidad y ejecutó el cabildo indígena.

La primera corporación plantea expresamente su visión sobre las comunidades indígenas: éstas no son sujeto de derecho de características sociales y culturales específicas, ni sociedades con una historia y cosmovisiones diferentes a la hegemónica; son asociaciones de personas indígenas, que se encuentran vinculadas por autorización del artículo consti-

tucional que permite el derecho de asociación de los ciudadanos (artículo 32). La segunda corporación no se pronuncia en contra de tal punto de vista y dirige sus reflexiones en el sentido de que la decisión fue tomada por un órgano público de naturaleza administrativa.

La Corte Constitucional asume la revisión de las decisiones tomadas por las anteriores corporaciones, pero partiendo de un presupuesto socio-antropológico radicalmente diferente. Según la Corte, las decisiones de la comunidad indígena frente al infractor no deben concebirse como una decisión tomada por una asociación civil o como un simple acto administrativo de carácter sancionatorio emanado de una autoridad pública; son decisiones tomadas por una comunidad indígena, que posee características sociales y culturales particulares y a la que la Constitución nacional le otorga especial protección y derechos, entre los que se encuentra administrar justicia entre sus miembros a través de sus propias *normas y procedimientos*.

La Constitución 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. No obstante, el reconocimiento de la existencia de una comunidad indígena con sus propias autoridades, normas y procedimientos por parte de los juzgadores de tutela, exigía dar un tratamiento jurídico a la situación planteada por el peticionario desde la perspectiva del derecho constitucional y no según el régimen de comunidad civil dispuesto para regular las relaciones entre comuneros.

Los referentes conceptuales para esclarecer la naturaleza social y cultural de los pueblos indígenas no los halló la Corte Constitucional en la estructura normativa del orden jurídico colombiano. La corporación operativizó conceptos socio-antropológicos que se han construido y han sido reconocidos en el ámbito internacional, para caracterizar las estructuras sociales. Las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* (la cursiva es de la Corte) propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. El órgano jurisdiccional se apoya en un conocido autor de la sociología para fundamentar su punto de vista:

Ferdinand Tönnies distingue los conceptos de comunidad y sociedad. A su juicio, la primera se caracteriza por la existencia de una voluntad orgánica; la segunda, por una voluntad reflexiva de sus miembros. La comunidad es una forma anterior a la sociedad que se desarrolla a partir de la familia y, ordinariamente, en pequeñas poblaciones, en las cuales no prevalece la obtención de beneficios económicos, sino los lazos de sangre y las costumbres. Según este eminente sociólogo, el urbanismo hace evolucionar las comunidades en sociedades, “mutación que se produce bajo el signo de la abstracción, la que se verifica en el hecho de que cada uno vive para sí mismo en un estado de concurrencia de tipo social y económico, en donde la búsqueda de beneficios económicos y del comercio resultan lo fundamental”.

Ubicando la naturaleza del sujeto que emite la sanción contra Ananías Narváez, no como una ficción jurídica, sino como un colectivo humano poseedor de unas características étnicas específicas, el órgano constitucional pasa a caracterizar la decisión que ese colectivo tomó en relación con uno de sus miembros, y para ello realiza una reflexión sobre las consideraciones que la Constitución de 1991 hace sobre las realidades indígenas. Señala la Corte que el constituyente le otorga a los pueblos indígenas el derecho a ejercer funciones políticas (artículo 330) y funciones jurisdiccionales (artículo 246). De tal forma que partiendo de los preceptos constitucionales, la decisión tomada contra Ananías Narváez se realizó como una expresión de la autonomía judicial que les concede a los pueblos indígenas la Constitución.

Con esta decisión, la Corte inicia el esclarecimiento del contenido socioantropológico y jurídico de la jurisdicción indígena y sus relaciones con las normas legales del orden jurídico colombiano, con principios y preceptos fundamentales de la misma Constitución y con los derechos humanos. Este será el tema del siguiente acápite.

2. La Corte Constitucional y la relación entre las normas de los pueblos indígenas, el sistema legal colombiano, los derechos constitucionales fundamentales e internacionales de derechos humanos (sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997)

La Corte Constitucional se enfrenta a otras dimensiones del problema jurídico-social y cultural que implica que la Constitución haga un

reconocimiento especial de *las normas y los procedimientos* de los pueblos indígenas como mecanismo legítimo para juzgar a sus miembros: el de la relación del sistema de normas de los pueblos indígenas con el sistema legal, con el sistema de normas fundamentales constitucionales del sistema jurídico colombiano y las del orden jurídico internacional sobre derechos humanos. Indagar sobre esto implica encontrar criterios que permitan el establecimiento de parámetros que hagan real el pluralismo jurídico preceptuado.

La Corte, apoyándose en sus conclusiones acerca de la naturaleza social y cultural de los pueblos indígenas y el carácter judicial de sus decisiones sancionatorias, en las sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996 y T-523 de 1997, diseña una propuesta para establecer los parámetros jurídicos y socio-antropológicos del problema.

El tema central en discusión era en torno a los criterios que se deben establecer para explicar la relación entre los órdenes jurídicos, sistemas de *normas y procedimientos y valores*, entre las culturas existentes en el país, pues el artículo 70 constitucional orienta la igualdad de todas las culturas que desarrollan sus proyectos de vida en el marco del Estado-nación pluricultural colombiano.

Para la Corte, la creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquéllas no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Los conflictos jurídicos y políticos presentados en la dinámica de la realización del precepto constitucional que reconoce la jurisdicción indígena la Corte los resuelve estableciendo criterios que le permitan al operador jurídico que se encargue de resolver el conflicto tener parámetros socioantropológicos y jurídicos claros. La corporación establece tres tipos de criterios que podemos clasificar de la siguiente forma: el primero lo denominaremos el sociológico-antropológico; el segundo, que podemos señalar como la implementación de una lógica legal pluralista, y el último, el criterio del diálogo intercultural entre sistemas jurídicos.

El primero lo expresa la Corte de la siguiente manera: *a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía*.³⁸ La responsabilidad de la realización de este parámetro no la tiene la dogmática jurídica. La determinación de si una sociedad indígena cumple esta característica sólo la puede aportar la sociología o la antropología mediante el suministro de un concepto científico al operador del derecho que enfrenta el conflicto jurídico donde se encuentra comprometido un pueblo indígena. Las decisiones de la Corte en los últimos diez años están relacionadas con peritajes donde especialistas de las ciencias sociales fundamentan científicamente la existencia de sociedades con formas de control social particular. Estructura la Corte este criterio de la siguiente forma:

La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —los que deben ser, en principio, respetados— de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

El segundo parámetro, denominado por nosotros el de la lógica legal pluralista, lo describe también la sentencia T- 254 de 1994 en dos perspectivas, la primera: *las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural*, y la segunda: *los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas*.

Para realizarse, el pluralismo jurídico necesita perspectivas innovadoras en lo que respecta a la relación entre las normas y los procedimientos de los pueblos indígenas y el sistema legal nacional. Si se imponen crite-

³⁸ Sentencia T-254 de 1994.

rios verticales para “hacer respetar la normatividad legal nacional”, el pluralismo jurídico se transforma en caricatura que hace invisibles las juridicidades diferentes a la hegemónica. Frente a las normas legales imperativa se establece:

Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (artículo 246 de la Constitución) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

La segunda perspectiva es un reconocimiento consecuente del pluralismo jurídico. Los usos y costumbres, designación hecha a *las normas y procedimientos* de los pueblos indígenas por referentes legales e internacionales (pero la Constitución colombiana habla de *normas y procedimientos*), respecto a los pueblos indígenas tienen mayor jerarquía que las normas legales dispositivas. Explica la Corte que la naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.

El tercer criterio, el del diálogo intercultural entre sistemas jurídicos, lo desarrolla en el momento en que se acerca al conflicto entre las juridicidades de los pueblos indígenas en relación a los derechos constitucionales fundamentales y el sistema de derechos humanos internacional reconocidos por Colombia. La Corte advierte que se puede caer en la fácil conclusión de que si existe un reconocimiento del pluralismo en la Constitución y si el mismo referente plantea la igualdad de las culturas, entonces no existe una ética definida y defendida por el orden jurídico colombiano e internacional. Para resolver este problema la Corte necesitó dos sentencias, la primera, la T- 254 de 1994 que expone un criterio que podríamos considerar tradicional en la relación de Occidente con otras culturas jurídicas, y la sentencia T-349 de 1996 que elabora una reflexión acorde con presupuestos socio-antropológicos y jurídicos que interpretan el sentido del pluralismo cultural orientado por la Constitución.

En la primera sentencia apoya sus conclusiones en autores de la ciencia política, como Agnes Heller, que conducen a rechazar el relativismo ético extremo. Para esta autora, el verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los parámetros valorativos de las diversas culturas, y obliga a propender por un relativismo moderado en el que se admita la comparabilidad entre culturas bajo la fórmula de la tolerancia y el respeto de la especificidad cultural, salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona. La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones justifica la adopción de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos que, según Bobbio, constituyen “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores”.

En la ecuación sistemas de derechos de los pueblos indígenas-derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos, la decisión en esta sentencia fue que el mínimo ético que se debía mantener para establecer un diálogo intercultural era el respeto de las sociedades indígenas por el discurso sobre derechos constitucionales fundamentales y los derechos humanos que la cultura occidental había elaborado. La sensación que quedó fue que se repetía el ritual de que Occidente imponía siempre los límites y los criterios para dialogar con otras culturas.³⁹ Se avanzó en

³⁹ De allí que dijéramos anteriormente que esta primera definición de la Corte se sujetaba a criterios usados tradicionalmente por Occidente: cuando de reconocer sistemas jurídicos diferentes se trata, Occidente siempre los ha reconocido, pero impone sus propios límites. Jorge González Galván realiza un análisis acerca de esta situación: “El derecho indígena será respetado a condición de no rebasar ‘el marco del Estado’, ‘siempre que no sea incompatible con los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos’”, es decir, los Estados parecen estarle diciendo al propio indígena: ‘te respeto siempre y cuando tú me respetes a mí y a los derechos que yo he concebido, aprobado y aplicado (sin su participación)’, postura que dista mucho de la que el colonialismo español adoptó en 1515: Ordenamos y mandamos, que las leyes y las buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después de que son cristianos, y que no se encuentran contrarias con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciera que conviene al servicio de Dios

el establecimiento de los dos primeros criterios, pero con este tercero se dejó una sensación de intolerancia y autoritarismo en la construcción de un verdadero diálogo intercultural.

La Corte tuvo oportunidad de repensar las conclusiones a que llegó respecto al tercer criterio en la sentencia citada, cuando sometió a su estudio la tutela presentada por un indígena de la comunidad Embera-Chami, quien había sido condenado por su comunidad a 20 años de prisión (sentencia T-349 de 1996). El juez que concedió la tutela concluyó que al solicitante se le habían violado los derechos consagrados en la Constitución Política, así como los reconocidos internacionalmente, que consideraba límites claros a la autonomía que se les reconoce a las comunidades indígenas.

El juez constitucional consideró necesario repensar el mínimo ético que había definido en la sentencia T-254 de 1996 y que permitiría el diálogo intercultural en el ámbito jurídico que debe existir entre las culturas existentes en el país. Plantea en esta ocasión que los derechos fundamentales constitucionales y los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares, pero para no negar el principio del pluralismo cultural y respetar la igualdad de las culturas propuesta por la Constitución, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responde a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por

Nuestro Señor, y la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni las buenas costumbres y justas costumbres y Estatutos suyos". González Galván, *op. cit.*, nota 26, p. 93. El Convenio 169 de 1989 trae también los mismos parámetros; en su artículo 9o., numeral 1 señala: "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros". El artículo 246 de la Constitución colombiana establece más que menos los mismos límites: "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 cursiva es nuestra).

ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a la normas y procedimientos de la comunidad indígena atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico).⁴⁰

Los presupuestos para la realización de estos parámetros nuevamente son soportados por la Corte Constitucional en presupuestos sociológicos y antropológicos. El respeto al mínimo ético tendrá que ver con la constatación por parte del juzgador de la existencia de pueblos indígenas con una estructura sociocultural definida o con un proyecto de recuperación de sus tradiciones consolidado. Constatado lo anterior, el principio a aplicar para realizar el principio de la diversidad étnica y cultural y la regla para el intérprete es la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y por tanto la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.⁴¹

El diálogo entre los operadores del derecho y las ciencias sociales en la elaboración de las jurisprudencias de la Corte Constitucional colombiana ha permitido configurar el pluralismo jurídico que ha sido propuesto por estas disciplinas durante décadas. Los parámetros teóricos implementados han sido elaborados en espacios académicos que han permeado la sensibilidad jurídica de los operadores del derecho del país y de los académicos nacionales que han suministrado sus reflexiones a la Corte Constitucional sobre la naturaleza de los pueblos indígenas.

IV. CONCLUSIONES

1. Con la Constituyente de 1991 se produjo en Colombia un cambio radical de la visión sobre la existencia de jurisdicciones diferentes a la promovida por el Estado y específicamente en torno a las jurisdicciones de los pueblos indígenas. La nueva Constitución reconoció la existencia de una jurisdicción especial indígena, autorizando a las diferentes comunidades hacer uso de sus propias *normas y procedimientos* para juzgar a sus integrantes.

2. Las causas de la configuración de la jurisdicción indígena en Colombia se han insinuado en diferentes espacios políticos y académicos.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-523 del 15 de octubre de 1997, magistrado ponente: doctor Carlos Gaviria Díaz.

⁴¹ *Ibidem*, sentencia T-349 del 8 de agosto de 1996.

En los primeros se presenta como un logro de las luchas de los pueblos indígenas del país, después de su resurgimiento en la década de los años setenta. Esta explicación siempre es interrogada por los especialistas que han trabajado las reivindicaciones de los pueblos indígenas durante ese periodo y que consideran que no se asemejan a la calidad y cantidad de derechos que fueron ubicados en la Constitución y desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional.

3. En este ensayo hemos dado argumentos para sustentar la idea que la configuración del pluralismo jurídico en Colombia, en especial hacia los pueblos indígenas, ha sido producto de la conjugación de procesos político-jurídicos y académicos de orden internacional que en una coyuntura histórica concreta establecieron diálogo con los actores políticos y los operadores del derecho. El pluralismo jurídico en Colombia se posicionó como producto de la recepción por parte de los actores políticos y operadores del derecho de lo producido a nivel internacional en torno al pluralismo jurídico en el sistema internacional de los derechos humanos y en el mundo académico.

4. Por supuesto, si la fuerza social del movimiento indígena nacional no era tan contundente para alcanzar tan importantes logros, el movimiento de todos los pueblos indígenas presionando al sistema internacional para producir nuevos instrumentos que recogieran las realidades socioculturales de la sociedad contemporánea y cuestionando los enfoques formales de las ciencias sociales, alcanzó el objetivo. La actividad de los pueblos indígenas no fue adjetiva en el replanteamiento realizado por el sistema jurídico colombiano, pero no fue una causa suficiente.