

CAPÍTULO CUARTO  
 LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS  
 Y EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

I. Anotaciones preliminares . . . . .	311
II. El escenario del sistema jurídico y político anterior a 1991 y los pueblos indígenas . . . . .	313
1. La Ley 89 de 1890 y la legislación indígena hasta 1991 . . . . .	325
2. Anotaciones en torno a la conformación del movimiento indígena . . . . .	340
A. Los pueblos indígenas desde el momento de la independencia hasta 1970 . . . . .	341
B. Los pueblos indígenas desde 1970 hasta 2004 . . . . .	347
3. Anotaciones en torno a la relación sistemas judiciales y pueblos indígenas en la etapa anterior a 1991 . . . . .	357
A. El sistema judicial y los pueblos indígenas durante los dominios del imperio español . . . . .	357
B. El sistema judicial y los pueblos indígenas del momento de la independencia a 1886 . . . . .	359
C. El sistema judicial colombiano y los pueblos indígenas desde la Constitución de 1886 hasta 1991 . . . . .	361
III. La Constituyente de 1991 y los derechos de los pueblos indígenas: las propuestas de los actores políticos participantes . . . . .	370
1. Las propuestas de los diferentes partidos políticos, el gobierno y los constituyentes indígenas en torno al derecho de los pueblos indígenas . . . . .	373
A. Las propuestas del gobierno nacional y los derechos de los pueblos indígenas . . . . .	374
B. Propuesta del Partido Liberal y el Partido Conservador y los derechos indígenas . . . . .	378
C. Las propuestas de los movimientos y partidos de izquierda y los derechos indígenas . . . . .	382
D. Los constituyentes indígenas y las propuestas en torno a los derechos de los pueblos indígenas . . . . .	388
2. Los debates en torno a los derechos de los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente y el derecho a la autonomía . . . . .	402
3. La Constitución de 1991 y los derechos de los pueblos indígenas . . . . .	413

IV. El sistema judicial colombiano y los pueblos indígenas a partir de la Constitución de 1991: órganos, procedimientos y casos .....	425
1. La Corte Constitucional y los pueblos indígenas .....	432
A. La naturaleza social y cultural de los pueblos indígenas y la jurisdicción especial indígena. Sentencia T-254 de 1994 .....	436
B. La Corte Constitucional y la relación entre las normas de los pueblos indígenas-sistema legal colombiano, derechos constitucionales fundamentales e internacionales de derechos humanos. Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996 y T-523 de 1997: el derecho a poseer una jurisdicción propia de los pueblos indígenas .....	439
C. El derecho al territorio de los pueblos indígenas en la Corte Constitucional .....	445
D. El derecho de consulta de los pueblos indígenas en la Corte Constitucional .....	461

## CAPÍTULO CUARTO

# LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Antiguamente, antes de Colón, los guambianos teníamos todo completo para vivir: nuestro territorio, nuestra autoridad, nuestra economía, nuestra organización, nuestras costumbres y, sobre todo, nuestro pensamiento; todo propio. Cuando vinieron los blancos se produjeron grandes cambios, y se producen aún, y estos cambios fueron dejando al pueblo guambiano como vacío, pero no es vacío, es en silencio. El invasor cortó un árbol, nuestro árbol, y dejó sólo un tronco. Y los guambianos nos preguntamos cómo era el resto. En 1980 comenzamos a recuperar lo nuestro: nuestro Cabildo y nuestras tierras. Y la pregunta de cómo era el resto del árbol se volvió importante pues ahora queremos recuperarlo todo, nuestra vida completa. Queremos saber cómo son la raíz y las ramas para hablarlo al Cabildo, al pueblo, a los niños. Es necesario seguir las huellas de los antepasados. La arqueología debe excavar de ese tronco para abajo y buscar la raíz. Hicimos arqueología; la estamos haciendo. Y hemos encontrado algunas cosas. Hemos sabido algo. Y hemos obtenido algunas pistas. Para seguir estas pistas, para interpretar lo que vamos encontrando vimos la necesidad de hablar con los mayores, porque en sus cabezas está el conocimiento de la historia guambiana y en ellas se conserva nuestro propio pensamiento. Hicimos estudios de tradición oral.

Guión de la Casa-Museo de la Cultura Guambiana

### I. ANOTACIONES PRELIMINARES

Para continuar con la lógica propuesta en los anteriores capítulos, en éste se describirán y analizarán los procesos que han permitido la conformación de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Es decir cómo estas sociedades se han venido concibiendo como sujetos de derechos por

el orden jurídico, o por qué no decir, por los órdenes jurídicos que ha tenido el país. Como segundo componente presentaremos la visión desarrollada por los sistemas judiciales que han existido para relacionarse con estas estructuras socioculturales y la función cumplida en este aspecto por el derecho internacional.

Como se trata de explicar el proceso que al interior del Estado-nación colombiano se ha vivido dividiremos lo anterior en dos periodos históricos.

En el primero, expondremos las características de los fenómenos que nos interesan, desde la Constitución de 1886 hasta el momento de la Constituyente de 1991. En este punto evaluaremos las decisiones legislativas del Estado-nación sobre los pueblos indígenas, destacando las percepciones ideológicas que referente a esta problemática tenían los principales actores sociopolíticos de los sistemas políticos existentes en el periodo. Un objetivo es destacar la forma como los pueblos indígenas colombianos se fueron articulando a los escenarios que se iban presentando, hasta el momento en que se ubicaron como un sujeto social y político con iniciativa política y con organizaciones propias.

El segundo periodo lo ubicamos desde la Constituyente de 1991 hasta nuestros días. En este aparte observaremos el debate que se produjo en la Asamblea Nacional Constituyente en relación con los derechos indígenas; ubicaremos las características de las propuestas presentadas por cada sector político, incluyendo los tres constituyentes indígenas; caracterizaremos cómo se desarrolló la discusión en torno a las pretensiones de los delegatarios indígenas y las especiales formas diseñadas por el gobierno nacional y el bloque hegemónico de la Constituyente, para establecer los derechos de los pueblos que hoy son señalados en la Constitución.

El anterior ejercicio lo consideramos trascendental para destacar la diferencia entre la concepción con que se estructuran los derechos de los pueblos indígenas en la Constituyente y la que ha venido imponiendo la Corte Constitucional a través de los diferentes fallos, con los que se han controvertido peticiones de pueblos indígenas o de sus integrantes.

Se mostrará entonces, y esto es parte del objetivo de la investigación, cómo la Corte Constitucional ha desempeñado el papel de conector entre el discurso internacional sobre derechos humanos, en particular sobre aquellos que reconocen derechos indígenas, y los valores, principios y derechos que fueron establecidos por la Constituyente en el marco jurídico establecido en 1991, lo que ha permitido que se observe, por parte de la institucionalidad colombiana, de una forma integral a los pueblos indíge-

nas como sujetos de derechos, es decir que se les reconozca su estatus de sociedades con derechos específicos.

Consideramos que es necesario reiterar que desde nuestro punto de vista es imposible esclarecer el proceso vivido por los pueblos indígenas colombianos para encontrar el reconocimiento de sus derechos específicos sin recurrir a la historia. De allí que como lo hicimos en los anteriores capítulos presentaremos los diferentes contextos histórico-jurídicos en los que les ha correspondido desenvolverse.

## II. EL ESCENARIO DEL SISTEMA JURÍDICO Y POLÍTICO ANTERIOR A 1991 Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Desde los primeros momentos de la independencia en Colombia se inició la configuración de una estructura jurídica y política que emulaba con los paradigmas que en este sentido se habían constituido en Europa<sup>475</sup> y Estados Unidos.<sup>476</sup> Se puede decir que las experiencias vividas por dichas

<sup>475</sup> Respecto a la influencia europea existe un artículo de Javier Ocampo titulado “El proceso político militar y social de la independencia”, publicado en la *Nueva historia de Colombia*, Planeta, 1998, donde hace consideraciones relacionadas con el vínculo de la independencia de España con respecto a procesos mundiales y específicamente a la revolución francesa.

<sup>476</sup> Sobre la influencia de la experiencia institucional estatal de Estados Unidos en el proceso político colombiano durante el siglo XIX las mismas elites eran concientes. Miguel Antonio Caro, uno de los más eminentes ideólogos de lo que desde 1886 se denominó el periodo de la Regeneración hacía el siguiente balance en 1888: “Los sostenedores del sistema federativo en Colombia fueron meros imitadores teóricos de Estados Unidos; ellos obraban de buena fe, persiguiendo ideales quiméricos, y no el renacimiento de la barbarie a vueltas, el desconcierto y la sombra de la nueva teoría; pero los resultados desastrosos del sistema, las dos veces que se ha adaptado, demostraron el error cometido y la absoluta imprevisión de sus apologistas. En 1811 se publicó en Bogotá la Constitución de Estados Unidos, traducida del inglés al español por el ciudadano Miguel de Pombo, e ilustrada por él mismo con notas y un discurso preliminar sobre el sistema federativo. En el discurso preliminar sostenía el señor Pombo que todos los pueblos que habitan estas vastas y encantadoras regiones debían adoptar la Constitución general y las particulares de Estados Unidos en cuanto ellas sean adaptables a su carácter, situación y demás circunstancias. La manía de remedar, ya lo hemos dicho, difiere esencialmente de la libre imitación artística. La caricatura reproduce y abulta lo deforme, desecha y borra todo rasgo de belleza. González, adorador fanático de Estados Unidos, empeñado en implantar en la Nueva Granada cuanto a la Nueva Granada no le convenía, olvidándose siempre, como se olvidaron también los federalistas de 63, continuadores de su obra, de tomar de la Constitución americana todo lo que allí significaba moralidad, fuerza, orden, armonía”. Caro, Miguel Antonio, *La Nación*, Bogotá, 26 de octubre de 1888, año IV, núm. 316, p. 2.

sociedades, en el diseño de sus institucionalidades se habían irradiado por occidente y las elites de diferentes países que deseaban modernizar sus espacios de control político tomaban estos referentes.

Desde 1819 hasta los dos primeros años de la década de 1830, hubo la idea de construir un gran Estado que controlara los territorios de Venezuela, Ecuador y Colombia. Fue el proyecto de la Gran Colombia, que se fue desdibujando, producto de que en los intereses de las elites —de cada espacio— no hubo un proyecto de unidad en tal sentido. Al final cada uno de estos países decidió la configuración de su institucionalidad por separado. Inmerso en ese propósito se fue produciendo un ideario de identidad de los grupos humanos que habitaban en cada territorio. En los discursos oficiales se empezó a proclamar la existencia de unos colectivos integrados por venezolanos, ecuatorianos y colombianos.<sup>477</sup>

El ideario inmerso en la nueva institucionalidad para el caso colombiano, fue constituir una sociedad que girara en torno a los valores y principios que la modernidad política indicaba. Así las cosas, el modelo fue imponer como protagonistas principales de las relaciones, con el ordenamiento

<sup>477</sup> El proyecto fue más grande. En 1822 Simón Bolívar instó a los gobiernos de México, Perú, Chile y Buenos Aires a reunirse en Panamá para formar una confederación. El proyecto bolivariano no incluía a Brasil ni tampoco a Estados Unidos, pero Francisco de Paula Santander y el presidente de México, Guadalupe Victoria, en el transcurso de la discusión insistieron en su inclusión y que Inglaterra y los Países Bajos enviasen delegados, este proyecto fracasó, como también el de la Gran Colombia. En opinión de muchos historiadores los intereses geopolíticos nacientes de Estados Unidos primaron sobre la iniciativa, aunque el fenómeno no sólo se explica por dichos factores, sino por la misma realidad cultural y territorial heredada del antiguo imperio español que en los más de trescientos años de control había constituido regionalidades difíciles de superar en ese momento histórico. El historiador José Carlos Charamonte lo expresa de la siguiente forma: “La delimitación administrativa del territorio colonial es uno de esos legados que se han estimado siempre como básicos para el establecimiento de las nuevas naciones hispanoamericanas, dado que el espacio ocupado por esas naciones correspondió al menos parcialmente a alguna división administrativa. A veces las intendencias, en otros casos las capitanías generales, como las de Chile y la de Venezuela, responden con bastante aproximación al argumento. Aunque si en su lugar examinamos la cuestión a partir de unidades mayores, la de los virreinos —Nueva España, Nueva Granada, Perú, Río de la Plata— tampoco resulta errado en la medida en que los virreinos coincidieron también con otras tantas naciones —México, Colombia, Perú, Argentina— con centro en sus antiguas capitales —Ciudad de México, Bogotá, Lima, Buenos Aires—, aunque el territorio original sufriría desmembramiento de unidades menores”, Charamonte, José Carlos, “Modificaciones del Pacto Imperial”, en Annino, Antonio y Guerra, Francois-Xavier, *Inventando la nación iberoamericana, siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 111.

jurídico, a sujetos individuales concebidos como ciudadanos. Los proyectos que se iniciaron durante el siglo XIX nunca explicitaron las diferencias regionales y étnicas existentes. Colombia era un Estado que debía controlar el territorio que le correspondió luego del largo proceso de independencia y de ajuste de los intereses regionales que representaban sus élites.

La historia política del siglo XIX del país contiene numerosos eventos que demuestran que el proceso de imposición de un modelo estatal-nacional, se produjo después de un largo enfrentamiento entre las diferentes visiones que existían entre las elites para instaurarlo. Lo primero que se observa es una proliferación de guerras civiles, que culminaban con el ascenso al poder de los promotores de una determinada visión de construcción institucional. El aparato estatal se convirtió en el botín de guerra privilegiado por las facciones enfrentadas pues desde allí podían ejercer la influencia necesaria para realizar los programas que representaban.

El péndulo se movió siempre entre los que pregonaban un proceso de configuración de Estado-nación desde la óptica centralista y los que veían el esquema federal como la mejor forma de alcanzar ese objetivo. Ninguno de estos dos bandos fue indiferente a los modelos europeos o a los procesos que se vivían en Estados Unidos. En términos de Frederic Martínez se podría decir, que este proceso político siempre tuvo referentes importados.<sup>478</sup> En 1843, posterior a la guerra civil denominada “la Guerra de los Supremos, se impuso una Constitución de carácter centralista; había un clima favorable para recortar las prerrogativas de las provincias y fortalecer las del Ejecutivo. El pretexto de que las facultades del presidente eran demasiado débiles movieron el péndulo hacia la concepción eminentemente presidencialista del mando”.<sup>479</sup>

El conflicto en ese momento apenas iniciaba. El bando derrotado en la anterior coyuntura se mantuvo incólume y retomó la dirección del Estado con el ascenso al poder de José Hilario López. El pensamiento liberal que pregonaba el grupo que este líder representaba se llevó hasta sus máximos niveles. Se expuso un discurso que deseaba romper con la tradición colo-

<sup>478</sup> Martínez, Frederic, “En busca del Estado importado: de los Radicales a la Regeneración (1867-1889)”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, Bogotá, núm. 23, 1996.

<sup>479</sup> Asamblea Nacional Constituyente, Proyecto de Acto Reformatorio núm. 6 presentado por Uribe Vargas, Diego, *Gaceta Constitucional*, núm. 007, Bogotá, lunes 18 de febrero de 1991, p. 11.

nial que todavía imperaba en la sociedad colombiana; se abolió la esclavitud en 1851, lo mismo se hizo con el Estanco del Tabaco y se proclamó la separación de las funciones de la Iglesia y el Estado, imponiéndose entonces la necesidad de un replanteamiento constitucional. “López y el grupo de los Gólgotas imbuidos de romanticismo y del ejemplo político de otras latitudes particularmente de los contestatarios franceses de 1848 pensaron que las instituciones políticas deberían adecuarse al viento de los nuevos tiempos y prospectar todo aquello que ampliase el ámbito de la libertad tanto de los individuos como de los grupos y regiones”.<sup>480</sup> En esta lógica surgió la Constitución de 1853 que se inclinaba por la estructura federal de Estado.<sup>481</sup>

El advenimiento de la nueva visión política hizo posible la creación de los estados federales. El primero que surgió fue Panamá, mediante el acto adicional a la Constitución de la Nueva Granada, aprobado por el Congreso el 27 de febrero 1855; en éste se establecieron coordenadas precisas entre las competencias del orden federal y las de la unidad territorial creada, señala el artículo tercero: “El Estado de Panamá depende de la Nueva Granada en los asuntos que aquí se mencionan: 1. Todo lo relativo a relaciones exteriores; 2. Organización y servicio del ejército permanente y de la marina de guerra; 3. Crédito nacional; 4. Naturalización de extranjeros; 5. Rentas y gastos nacionales; 6. El uso del Pabellón y Escudo de armas de

<sup>480</sup> *Idem.*

<sup>481</sup> El investigador Hans-Joachim König, autor de uno de los primeros trabajos donde se analiza un periodo de la historia del país desde la perspectiva de formación de nación titulado *En el camino hacia la nación. Nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la nación de la Nueva Granada, 1760-1856*, publicado por el Banco de la República en abril de 1994, comenta en torno a este periodo lo siguiente: “Trato de demostrar que en el periodo comprendido entre 1750 y 1856 existió en la Nueva Granada una relación entre el nacionalismo y un amplio proceso de desarrollo político y social, el así llamado proceso de modernización. El nacionalismo surgió como una respuesta a cambios estructurales en el ámbito político del Estado y de la economía influidos tanto por factores internos como por factores externos, o bien como una reacción a un cambio social y regional insuficiente, al igual que como protesta contra el notorio déficit de modernización que sufrió el propio país. A mediados del siglo XIX vemos a la Nueva Granada todavía en el difícil camino hacia la nación”. Banco de la República, “Habla un autor”, presentación del libro *En el camino hacia la nación. Nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la nación de la Nueva Granada, 1760-1856*, publicado por el Banco de la República en abril de 1994, a cargo del autor el profesor Hans-Joachim König, el 5 de abril de ese mismo año, en la sala de conferencias de la Biblioteca Luis Ángel Arango, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, núm. 34, vol. XXX, 1993, editado en 1995.

la República; 7. Lo relativo a las tierras baldías que se reserva la nación; 8. Pesos, pesas y medidas oficiales”. El artículo cuarto precisa: “En todos los demás asuntos de Legislación y Administración, el Estado de Panamá estatuye libremente lo que a bien tenga por los trámites de su propia Constitución”.<sup>482</sup> Posteriormente se conformaron los estados de Antioquia el 11 de junio de 1856 y Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar, Santander y Magdalena el 15 de junio de 1857.

Lo anterior gestó las condiciones para el surgimiento de la Constitución de 1858, donde se denominó a la República como Confederación Granadina. Las luchas se intensificaron con los opositores al modelo y luego de varios enfrentamientos armados, se impuso el federalismo como la visión rectora de la institucionalidad. La victoria fue formalizada con la Constitución de Río Negro de 1863, proclamándose con ella los Estados Unidos de Colombia. En 1867 se llegó al clímax de la aplicación del modelo federal, con el propósito de limitar el poder del general Tomás Cipriano de Mosquera, quien ocupaba la presidencia por cuarta vez, congresistas radicales y conservadores aprobaron una ley que prohibía la intervención del poder federal en los asuntos que enfrentaban militarmente a los estados. Esta decisión desgastó al modelo federal en una permanente inestabilidad política, manifestada en levantamientos, golpes de estado regionales, más de veinte guerras civiles locales y tres guerras civiles nacionales.

En medio de esta crisis institucional existió una tendencia jurídica y política por conformar un orden jurídico y político nacional. Esta idea se intensifica sobre todo en la década de 1870. En 1872 se publica un Código Judicial de la Unión; se establece una comisión para establecer un Código Civil y un Código Penal; se tiene la iniciativa de elaborar un Código Administrativo que contenga el orden que deben tener la Instrucción Pública y la Beneficencia. Todo esto se ve interrumpido por la guerra civil nacional que se sucedió entre 1876-1877. La idea de los Radicales de construir referentes nacionales se puede mirar en el impulso que le dieron a la celebración del 20 de julio, como fecha colectiva de independencia de España. La efeméride fue impuesta como oficial en 1864, pero en 1873 fue declarada como día festivo nacional asignándose presupuesto para su

<sup>482</sup> Archivo General de la Nación, *Documentos que hicieron un país*, Banco de la República, Biblioteca Nacional Luis Ángel Arango, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/letra-d/docpais/indice.htm>, consulta realizada el 13 de marzo de 2004.

celebración. “La fundición de estatuas de héroes se acelera, la reanudación de los trabajos de una academia nacional —que se había constituido de forma efímera en los marcos del Liceo Granadino en 1855— deseada por el secretario Carlos Martín, se concreta con el apoyo del gobierno Radical, se inauguran, según el modelo de Exposiciones Universales, una serie de exposiciones nacionales, cuya meta es presentar de manera visual el conjunto de los productos de la nación”.<sup>483</sup> Se adiciona a las anteriores iniciativas la fundación de la Universidad Nacional en 1868 y la ley del mismo año que ordenaba coordinar con los estados la formulación de una ley que estableciera un sistema nacional de educación.

La crisis institucional que fomentó el radicalismo federal obligó a un replanteamiento de las elites sobre la forma como se debía construir un Estado-nación. Paralelamente los referentes internacionales de Estados federales también mostraron su crisis. En Estados Unidos ésta había generado una guerra de inmensos costos para dicho Estado y en México mostraba que diferencias entre los estados podían terminar en una intervención extranjera liberticida. Si bien estos dos países concluyeron exitosamente las experiencias vividas, quedó en el ambiente político continental un sentimiento ambiguo hacia ellas. Como afirma Frederic Martínez, si las circunstancias nacionales y americanas demostraban profundas fragilidades del federalismo, en Europa el centralismo indicaba excelentes referentes:

En Europa, efectivamente, el decenio de 1860 concluye con una impresionante embestida del Estado-nación y de la República. La revolución española de 1868 parece abrir la puerta del Republicanismo. La República está proclamada en Francia en 1870. La unidad italiana consagra la destrucción del poder temporal de Roma. La creación del imperio alemán, la unificación italiana, demuestran que los Estados-nación se crean a fuerza de trabajo por parte de los políticos. En otros términos, la evolución política vuelve a dar al Estado centralizado un prestigio que había perdido en Colombia desde las reformas liberales de medio siglo. El Estado central comienza a aparecer como un vector más potente de la idea nacional de lo que el liberalismo clásico había dado a entender. Si la voluntad humana es eficaz en crear entidades coherentes a partir de multitudes de reinos y principados, construir una coherencia nacional en Colombia tiene que ser infinitamente más fácil.<sup>484</sup>

<sup>483</sup> Martínez, Frederic, *op. cit.*, nota 478, p. 123.

<sup>484</sup> *Ibidem*, p. 120.

En los inicios de la década de 1880 ya existía un sentimiento de ineficacia del modelo federal entre las elites, como instrumento de organización territorial del poder político en Colombia. Rafael Núñez, quien había sido ministro de hacienda de uno de los símbolos del radicalismo liberal, Tomás Cipriano de Mosquera, se convierte en el líder de la Regeneración y establece en la Constitución de 1886 el centralismo como metodología constructora de la unidad nacional. La Asunción del modelo centralista se fundamentó en el replanteamiento de las concepciones que habían orientado hasta ese momento histórico el ordenamiento territorial del país.

Sin embargo, de ninguna forma se puede plantear como una ruptura total el paso del modelo radical federal al modelo conservador, que propugnó por la centralización de los procesos nacionales. En términos generales lo que cambió fue la metodología para estructurar el Estado-nación colombiano. Dicho cambio se produjo fundamentalmente en dos perspectivas: la primera que se le dio más énfasis al papel del Estado, la sociedad debía ajustarse al modelo propuesto y se debían implementar procesos dirigidos a ello. Segundo, el papel que se le propició a la religión católica y al aparato institucional que la proliferaba fue preponderante. La religión fue tratada como un rasgo central de nuestra nacionalidad.<sup>485</sup>

En todo el anterior proceso, el indígena nunca fue concebido como un sujeto con fisonomía jurídica y política autónoma. Los pueblos indígenas fueron observados como un obstáculo para la realización del ideario civilizado y moderno del que eran portadores las elites que se disputaron la dirección del Estado. El historiador Jorge Orlando Melo nos recuerda que ya antes de la independencia, ideólogos de las futuras elites del periodo republicano habían conformado una visión en torno al indígena:

El texto de Pedro Fermín de Vargas puede permitirnos atender a una formulación todavía ambigua de una problemática que luego se diferenciará. Vargas afirma que “sería necesario españolizar nuestros indios. La indolencia general de ellos, su estupidez y la insensibilidad hace pensar que vienen de una raza degenerada. Sabemos por experiencias repetidas que entre los animales las razas se mejoran cruzándolas, y aun podemos decir que esta observación se ha hecho igualmente entre las gentes de que hablamos, pues las castas medias que salen de indios y blancos son pasaderas. En consecuencia, sería muy de desear que se extinguiesen los indios, confun-

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 127.

diéndoles con los blancos, declarándolos libres del tributo y dándoles tierras en propiedad.<sup>486</sup>

Para el momento de la independencia se observó la continuidad de esta visión. Una de las primera decisiones para cumplir con las promesas ideológicas y políticas de igualdad y libertad de este movimiento, fue la de desaparecer las formas de propiedad de la tierra basadas en fundamentos étnicos, de esta manera se tomaron decisiones legislativas para desaparecer las estructuras comunitarias sociales y en relación con la propiedad de la tierra que representaban los pueblos indígenas y crear condiciones para hacerlos individuos autónomos e independientes, es decir ciudadanos.

En 1810 se autorizó la venta inmediata de las tierras de resguardos, medida que fue avalada por el Congreso de Cúcuta en 1821.<sup>487</sup> Aunque la decisión muestra claramente la actitud de los nuevos dirigentes frente a los pueblos indígenas, la eficacia de la legislación aprobada fue precaria debido a la resistencia de las comunidades indígenas a través de movilizaciones, presiones de todo tipo y diferentes peticiones ante las nuevas autoridades políticas y judiciales. La estrategia de eliminar los resguardos se mantuvo durante todo el siglo XIX, en 1832 se reiteró la misma decisión: “La Constituyente de 1832 —orientada por inteligencias más ortodoxas del liberalismo, como Florentino González— elimina nuevamente la contribución personal y ordena el reparto de los resguardos en el término perentorio de un año”.<sup>488</sup>

La obsesión de civilizar las relaciones sociales de las sociedades indígenas llegó a tal límite, que en 1834 se expidió una ley adjudicándoles a los gobernadores y cámaras provinciales amplias facultades para repartir los resguardos<sup>489</sup> y prohibiéndoles a los indígenas presentar reclamacio-

<sup>486</sup> Melo, Jorge Orlando, *Emia, región y nación: el fluctuante discurso de la identidad (notas para un debate)*, Ponencia en el V Congreso de Antropología, Banco de la República, Biblioteca Luis Ángel Arango, 1989, p. 3.

<sup>487</sup> El artículo 3 de esta ley prescribe: “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...”. García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 51.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>489</sup> Es necesario dejar claro que detrás del discurso civilizador de las relaciones sociales de los pueblos indígenas y la estrategia de romper el espacio territorial y político donde se asentaban existían intereses de tipo económico, Antonio García anota: “Desde

nes al respecto. “Artículo 13. En ningún tribunal ni juzgado se oirán reclamaciones cuyo único y determinado objeto sea pedir que no se repartan los resguardos”.<sup>490</sup> Fue imposible acelerar, conseguir los propósitos, debido a la resistencia de los indígenas.<sup>491</sup>

Las políticas públicas que pretendieron hacer ciudadanos a los miembros de las comunidades indígenas tuvieron éxito en varios lugares del país, sobre todo en aquellos donde se imponía una economía capitalista, conectada con el incipiente mercado internacional. No alcanzó sus propósitos en otros sectores donde estas dinámicas no se impusieron. Paralelamente se instituyeron a lo largo del siglo legislaciones proteccionistas.<sup>492</sup> Paulatinamente se va objetivando la idea en la historia legislativa referente a los pueblos indígenas, que ésta no sólo refleja el proyecto de constituir solamente una realidad política; la idea es reconfigurar las relaciones para cumplir ese deseo y estructurar las relaciones económicas del país, incluyendo los indígenas, a unos requerimientos económicos internacionales.

El régimen federal iniciado en 1858 no fue menos lejos que lo anterior. Fue un periodo de intensa actividad de los liberales más radicales, de donde se concluye que su imaginario político se centraba obsesivamente en hacer realidad los postulados económicos y políticos de dicha doctrina.

luego no se trata de una conspiración hecha y sostenida por ideólogos individualistas como Florentino González y José María Samper: existían otros resortes —mucho más enérgicos y poderosos— que accionan esa política, como son el interés de las clases terratenientes en los bienes de resguardo y el mercado de trabajo que representaba potencialmente la comunidad”. *Ibidem*, p. 26.

<sup>490</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>491</sup> La institución colonial que sí se logró abolir relativamente rápido fue el tributo que debían pagar los pueblos indígenas a las autoridades españolas. La historia de su abolición comprende más o menos dos décadas pues inició cuando en 1810 la Junta Suprema de Santa Fe la decretó y dicha decisión fue ratificada por el Congreso Constituyente de Cúcuta en 1821. La institución fue restablecida transitoriamente por un decreto del Libertador en 1828, apenas disuelta la Gran Colombia y establecida la República de la Nueva Granada, el 6 de marzo de 1832 se expidió el decreto que derogó definitivamente el cobro de cualquier forma particular de tributo a los indígenas.

<sup>492</sup> Antonio García al respecto nos informa: “Por 1842, por ejemplo, ya habían sido arrasadas las comunidades indígenas en las tierras más valorizadas del interior, en el doble sentido de hechas las particiones y los despojos: en Mariquita —base de la agricultura tabacalera de exportación— siendo el tabaco el fuerte del comercio internacional a mediados del siglo XIX y en la Sabana de Bogotá, el primer sector en el que la tierra ingresa al mercado capitalista y es objeto de estimación comercial. La valorización de la tierra, como lo he planteado varias veces, se convierte en la coyuntura para la destrucción de los resguardos”. *Ibidem*, p. 30.

“Es un periodo de intensa actividad capitalista —en las zonas interiores, orientadas hacia el mercado internacional— en el que la tierra se convierte en un bien negociable y la más definida preocupación social es la creación de mercados de trabajo. En términos generales éstas son las líneas maestras de la época federalista. La economía del tabaco, del azúcar, del café, de las quininas, de los alimentos de consumo interno, despierta el interés comercial por las tierras”.<sup>493</sup>

El modelo de nación que se instituyó con la Regeneración no replanteó a favor de los pueblos indígenas la visión anterior. Empecinados en instituir un aparato estatal centralizado y eficiente que cumpliera el propósito de controlar la sociedad colombiana, los ideólogos de este proceso continuaron con la idea de imponer una imagen homogénea social y culturalmente hablando, de nuestra realidad. En palabras de Rafael Núñez: “El particularismo enervante debe ser reemplazado por la vigorosa generalidad, los códigos que funden y definen el derecho deben ser nacionales; y lo mismo la administración pública encargada de hacerlos efectivos”.<sup>494</sup> Lo anterior debió ser complementado con la institucionalización de la religión católica a través del Concordato, firmado en 1887.

La decisión de los ideólogos de la Regeneración de instituir a la iglesia católica como centro de la identidad nacional, si bien se observó como un punto esencial para la diferenciación del nuevo régimen con los planteamientos que habían regido la República en las últimas tres décadas, se fundamentaba en concepciones establecidas en el periodo colonial y los primeros años de la independencia. Efectivamente, durante los primeros momentos de la independencia se produce una crisis con relación a la función que la iglesia había desempeñado en la estructura política de la Colonia. En un primer momento Simón Bolívar expresa la idea que el Estado no debe prescribir ninguna creencia, siguiendo por supuesto los postulados liberales básicos de la época, pero posteriormente en 1828, replantea el mencionado punto de vista en el decreto orgánico donde la dictadura establece la protección de la iglesia como una función del Estado y sostiene

<sup>493</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>494</sup> Núñez, Rafael, “Discurso ante los Delegatarios en Bogotá”, 11 de noviembre de 1885, en Jaramillo, Jaime *et al.*, *Núñez y Caro 1886*, Bogotá, Banco de la República, 1986, pp. 39-48.

ne la idea que la fe católica es un elemento de identidad importante para la identidad de los colombianos.<sup>495</sup>

Se puede plantear que lo que hacen los líderes de la Regeneración fue recuperar el papel que para la iglesia habían concebido los primeros dirigentes de la República. Los líderes que iniciaron la constitución de la nueva estructura estatal en la Nueva Granada —Bolívar tuvo que estar ausente por sus responsabilidades políticas y militares—, elaboraron una sólida concepción sobre el tema. El referente que tenemos para plantear dicha idea es que ya desde 1924 el Congreso de la República, presidido por Francisco de Paula Santander, aprobó la Ley 128 que en su artículo segundo estipulaba: “El Poder Ejecutivo bajo este principio celebrará con Su Santidad un concordato que asegure para siempre irrevocablemente esta prerrogativa de la República y evite en adelante quejas y reclamos”, idea consecuente con la estipulada en el artículo primero que ordenaba restablecer el derecho de patronato, diseñado en la época de la Colonia para protección de los bienes de la iglesia. Lo importante en este punto es que la idea en torno a la necesidad de un Concordato fue planteada desde los primeros tiempos de la independencia, haciéndose realidad 60 años después.

Al observar el fenómeno, llama la atención que en ambos periodos se tenía una clara visión sobre el papel que desempeñarían las instituciones religiosas en los propósitos de civilizar a los pueblos indígenas. Posterior a la ley mencionada, el 30 de julio del mismo año se aprueba otra ley sobre misiones en comunidades y territorios indígenas de fronteras o países limítrofes,<sup>496</sup> que en 1887 serán llamados territorios de misiones o territorios nacionales. La idea de cómo abordar el problema del control de los extensos territorios ocupado por los pueblos indígenas en zonas no cercanas a

<sup>495</sup> González, Fernán E., *Partidos políticos y poder eclesiástico*, Bogotá, CINEP, 1977, p. 11.

<sup>496</sup> Los artículos 1, 8 y 21 de la mencionada ley estipulaban: Se establecen misiones para que se propaguen la religión de Jesucristo y los principios de la vida civil en los países limítrofes de los territorios de Colombia, habitadas por tribus conocidas con nombres de Guajitos, Cunas, Caroníes, Andaquíes, Mosquitos, Guaraunos, Maraones y otros continentes de estos. Artículo 1. Será misión de los misioneros instruir a los indígenas, no solamente en el catolicismo eclesiástico, sino también en los principios políticos conforme con la Constitución y leyes de Colombia, usando los medios suaves que persuadan la política y la lenidad evangélica y excluyéndolos de la arbitrariedad y la violencia. Artículo 2. Los misioneros y los socios propendan a la instrucción del idioma castellano entre los indígenas (artículo 21).

los espacios controlados por las instituciones republicanas se mantuvo durante los siglos XIX y XX.<sup>497</sup>

Si el Estado centralizado fue establecido para recuperar el orden y establecer una estructura administrativo-política que permitiera el real control del territorio colombiano y la definición de una identidad nacional, entonces se vio como un imperativo la construcción de una política pública en torno a los pueblos indígenas. Fundamentados en el Concordato establecido en 1887, se produjo la Ley 89 de 1890, la cual determinó la manera como se debían gobernar los salvajes que fueran reduciéndose a la vida civilizada, que en el fondo fue la prolongación de la legislación en torno o en contra del resguardo, establecida durante todo el siglo XIX, pero mediatizada y los convenios de Misiones establecidos desde 1893, que marcaron la relación pueblos indígenas-Estado colombiano hasta la Constitución de 1991.<sup>498</sup>

La relación de los pueblos indígenas con el Estado colombiano estará improntada durante el siglo XX, por las instituciones jurídico-políticas concebidas en la Regeneración. La misma Ley 89 permanece vigente y los convenios de misiones no se han finiquitado totalmente hasta el día de hoy. Por supuesto las transformaciones socioeconómicas y políticas del país se hicieron sentir durante todo este siglo y los pueblos indígenas han tenido que realizar acciones para reivindicar su derecho a ser reconocidos como sociedades diferenciadas en contextos socioeconómicos y políticos diversos.

Para presentar lo sucedido durante el siglo XX dividiremos nuestro trabajo en dos partes, en un primer momento haremos la presentación de la

<sup>497</sup> En 1952 Antonio García afirmaba: “La política de ‘incorporación’ cultural de los pueblos indígenas aún se mueve sobre dos soportes: la catolización formal y la castellанизación coactiva. Catolización formal que carece de sustancia ideológica, y la castellанизación que significa la suplantación de lenguas indígenas y arrasamiento de factores expresivos. Es decir, la historia de la República no exhibe otro tratamiento cultural para el indio que el usual hacia una población conquistada: anexión a la iglesia oficial —aun después de eliminado el régimen de patronato y de separado formalmente la iglesia y el Estado— como prueba de ‘incorporación’ y dependencia política; imposición de la lengua, como prueba de ‘unidad nacional’.” García, Antonio, nota 27, p. 10.

<sup>498</sup> La relación entre religión y el proceso de civilización de los pueblos indígenas la tenían clara los ideólogos de la Regeneración. Por vía de ejemplo podemos presentar las ideas de Sergio Arboleda que planteaba al respecto: “El sentimiento religioso es, pues, el gran principio civilizador, y la civilización religiosa es la única que se generaliza”, Arboleda, Sergio, *La República en la América española*, Bogotá, Banco Popular, 1972, p. 222.

Ley 89 de 1890 y la legislación indígena hasta 1991. Esta ley es un referente en tanto es considerada como el marco normativo que impronta todo el periodo analizado. Para concluir el tema haremos una reflexión sobre el proceso que han vivido los pueblos indígenas para constituirse como sujeto social autónomo.

En el segundo momento de este acápite veremos cómo el sistema judicial nacional concebía a los pueblos indígenas y a los indígenas en los momentos en que éstos intervenían en los procesos judiciales.

### 1. *La Ley 89 de 1890 y la legislación indígena hasta 1991*

Como se conoce en la historia jurídica nacional colombiana la Ley 57 de 1887 prescribió la unificación de la legislación y la Ley 153 del mismo año declaró abolida la legislación de los estados de la época federal. De esta manera se produjo la nueva estructura centralista y se estableció un sistema jurídico nacional.

La Ley 89, paradójicamente, rompe con la estrategia de unificación legislativa anterior, pues señala en sus dos primeros artículos: “La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas y las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de resguardos. En tal virtud se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación”. El indígena queda por fuera de la legislación nacional<sup>499</sup> y le es propor-

<sup>499</sup> La ley tuvo una gran influencia entre los pueblos indígenas, incluso hasta momentos posteriores a la Constitución de 1991. Eso lo podemos observar en el momento en que un grupo de ciudadanos demandaron por inconstitucionales las prescripciones de la Ley 89 de 1890, ubicadas en los artículos 1, 5 y 40, los dos primeros son los que acabamos de reseñar y el tercero el que caracteriza a los indígenas como menores de edad. La prueba del significado que tuvo la normatividad reseñada sobre los pueblos indígenas, la ubicamos en el alegato que presentó el secretario de la Organización Indígena de Colombia (ONIC) en defensa de dicha normatividad. La Corte comenta en su decisión que este líder: “envió igualmente un escrito a esta Corte, en el que defiende la constitucionalidad de las normas demandadas. La Ley 89 de 1890, de acuerdo con los argumentos del interviniente, es una conquista de los pueblos indígenas de Colombia, por cuanto ha representado la posibilidad de conservar una legislación propia, conforme con los usos y

cionado un esquema de gobierno *sui generis* donde la autoridad eclesiástica va a desempeñar un papel central, incluso se plantea la hipótesis de que el Estado abandonó totalmente esta responsabilidad y la dejó en manos de la iglesia.<sup>500</sup>

La Ley les asigna específicas funciones a los cabildos que los hacen convertirse paulatinamente en una autoridad trascendental en la vida comunitaria. De hecho durante todo el siglo XX los cabildos son la autoridad política que presenta las reivindicaciones de los pueblos indígenas al Estado. La legitimación de dicha autoridad se produjo por las funciones que la ley otorgó, éstas se encargaron de “juzgar las faltas que cometieran los indígenas contra la moral; formar y custodiar el censo distribuido por familia; hacer protocolizar en la notaría de la provincia respectiva, dentro de los seis meses contados desde la fecha de la publicación de esta ley, todos los títulos y documentos pertenecientes a la comunidad que gobiernen y custodiar las copias que les expidan previo el correspondiente registro”. La ley establece indicaciones proteccionistas en torno a la división de resguardos, señala normas que permitan a las comunidades establecer acciones que promuevan la nulidad o rescisión “de las ventas que se hayan hecho contra las disposiciones de las leyes preexistentes” o que se hicieran contraviniendo lo prescrito en la misma.

Por último, se asimilan los indígenas de resguardo a menores de edad manifestando en el artículo 40: “Los indígenas asimilados por la presente ley a la condición de los menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender éstas con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de vein-

costumbres indígenas, y de poseer tierras comunales bajo la figura del resguardo. En consecuencia, manifiesta que la demanda objeto de la presente decisión significa la puesta en peligro del fuero especial indígena, de la jurisdicción propia y de la inalienabilidad de la propiedad de los resguardos”. En esta sentencia la Corte declara la inconstitucionalidad de los artículos demandados. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia núm. C-139/96, 1996.

<sup>500</sup> “No es un acuerdo del Estado y la iglesia, sino ausencia total del Estado a inmiscuirse en el tratamiento a los pueblos indígenas. En esto se diferencia esencialmente este “régimen de indios” del que existió en la época colonial: en que antes la iglesia estaba subordinada al Estado, mediante el régimen de Patronato, y ahora el Estado se subordina a la iglesia, renunciando a su propia soberanía por medio del Concordato de 1887 y atribuyendo a las misiones religiosas una función inadecuadamente política (la de incorporar a los indios a la vida de la nación)”. García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 43.

tiún años, debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obteniendo el permiso, la venta se hará en pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial”.<sup>501</sup>

El último decenio del siglo XIX mantuvo el clima de enfrentamiento partidista, no ya teniendo como referente los idearios centralistas o federalistas, sino la forma como el poder político debía ser repartido. El Partido Conservador, desde el ascenso de Rafael Núñez a la presidencia, había establecido una hegemonía absoluta de la nueva estructura estatal centralizada. Hubo que llevar la contradicción hasta uno de los enfrentamientos más agudos que han existido en la historia republicana del país —la guerra de los mil días— para que fuesen establecidos criterios de gobernabilidad, donde el Partido Conservador mantuvo su hegemonía, abriendo un espacio a ciertas elites liberales en el espacio político. Paralelamente la relación del país con el mercado internacional se estabilizaba, necesitándose un orden público diferente para su desarrollo. Efectivamente el café como un producto local ganaba audiencia en los mercados internacionales; hubo una expansión económica; se prohicieron criterios de gobernabilidad política y económica desde las elites. La violencia interpartidista desapareció por largo tiempo.<sup>502</sup>

Definitivamente Colombia se transformó institucional y socialmente en las primeras tres décadas del siglo XX. En el país se iniciaron los procesos de urbanización, motivados por la implementación de proyectos industriales, generados por la articulación de nuestra estructura económica a proce-

<sup>501</sup> El mismo autor en su trabajo nos recuerda que un antecedente de concebir al indígena como un menor de edad con el propósito de protegerlo se produjo en la legislación del estado federal del Cauca en 1871 a través de la Ley 328: “La única ‘protección jurídica’ posible dentro de un sistema ortodoxamente liberal: la asimilación de los indios a menores de edad, en cuanto se refiere a la enajenación y gravamen de sus posesiones. Pero la protección jurídica no entra a operar sino después de hecha la división o adjudicación de los resguardos según las reglas del Código Civil y con la condición dilatoria de la autorización judicial y el dictamen favorable del Ministerio Público”. *Ibidem*, p. 40.

<sup>502</sup> Un estudio interesante de este periodo de asentamiento de las formas modernas de producción en la sociedad colombiana es el de Berguist, Charles, *Coffee and Conflict in Colombia 1886-1910*, Dirham, Duke University, Press, 1978, donde se realiza un interesante análisis del significado de la guerra de los mil días para el replanteamiento de las formas tradicionales de relaciones partidistas en Colombia y la forma cómo ayudaron las nuevas dinámicas que se presentaban en el mercado interno y externo del café. Adicionalmente existe el clásico trabajo del profesor Marco Palacios, *Café en Colombia (1850-1970): una historia económica, social y política*, donde se expone el significado central que para la estructuración de las relaciones modernas en Colombia que tuvo este producto.

sos globales de producción.<sup>503</sup> Se presenta en el escenario social el movimiento obrero, quien se estructura poco a poco como un sujeto político y jurídico con identidad particular.<sup>504</sup> Se inicia la conformación de partidos de izquierda que se inspiran en los acontecimientos de Rusia de 1917. El movimiento campesino adquiere fisonomía y se presentan reivindicaciones en torno a la tierra, influenciados por la revolución sucedida en México.<sup>505</sup>

<sup>503</sup> Guillén Martínez, Fernando, describe este periodo como el del posicionamiento de las nuevas formas de producción: “Entre 1907 y 1934 surgen en Antioquia cuatro de los actuales ‘gigantes’ industriales, que llegan a funcionar con un virtual monopolio de los crecientes mercados de la zona popular antioqueña y más tarde dominan de igual forma el país: la Compañía Colombiana de Tabaco (1919), Fabricato (1920), Coltejer (1907), Tejjcondor (1934). Es el comienzo de un proceso acelerado que llega a concentrar en la zona la mayor parte de la población industrial del país (proporcionalmente) y define su poder de decisión con la creación de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) en 1944, en Medellín”, Guillén Martínez, Fernando, *El poder político en Colombia*, Bogotá, Planeta, 1996, p. 421.

<sup>504</sup> Existe un ensayo del investigador Mauricio Arcila que realiza un análisis acerca de la formación de la clase obrera del país, en el que establece la relación de su formación como sujeto social con la transformación del aparato productivo del país, respecto de la ubicación como sujeto de derecho en la legislación el investigador mencionado afirma: “Aunque desde 1907 existía una ley sobre descanso dominical para empleados públicos, fue en 1915 cuando se inició la legislación laboral en el país. El proyecto de ley sobre accidentes de trabajo, presentado el año anterior por el general Rafael Uribe Uribe, se convirtió en la Ley 57 de 1915. En 1918, la ley exigía la construcción de habitaciones higiénicas para los trabajadores, las primeras leyes sobre huelgas, la 78 de 1919 y la 21 de 1920, se elaboraron al calor del primer movimiento de protesta de vasta magnitud”. Arcila Mauricio, “La clase obrera colombiana, (1986-1930)”, *Nueva historia de Colombia*, Relaciones internacionales, Movimientos sociales, Bogotá, Planeta, t. III, p. 232.

<sup>505</sup> Si se analiza el proceso de formación de movimiento social campesino con preconceptos políticos podríamos suponer que este ha existido siempre en la historia jurídica y política del país. Pero para los estudiosos del tema la estructuración de un movimiento campesino se produce en los inicios del siglo XX, momento en el cual un universo de individuos con una relación específica con la tierra, como desposeídos, comienza una presión política sobre el sistema político, para conseguir un marco jurídico que respete y promueva sus expectativas. Así las cosas podemos ubicar la presencia de dicho movimiento desde el año 1917, pues Pierre Gilhodes nos produce este dato de la siguiente forma: “El primer gran conflicto que tenemos documentado en la *Memoria del Ministerio de Agricultura de 1917* (el ministro Luis Montoya Santamaría viene de la SAC) es el de la hacienda Santo Domingo de más de 4,050 hectáreas en Armero (Tolima), los dueños tenían ganado en la parte baja y poco a poco la parte alta inculta fue invadida y cultivada. Estos invasores pretenden que les sea reconocido el derecho de propiedad de las tierras ocupadas, por prescripción. Se les propuso un contrato de arrendamiento que se negaron a suscribir. Dice el informe: “Ha sido necesario proceder respecto de ello con el rigor de la ley”. Gilhodes, Pierre, “La cuestión agraria en Colombia (1900-1946)”, *Nueva historia*

El nuevo contexto nacional y los nuevos requerimientos de los paradigmas políticos, produjeron un proceso de cambio constitucional e institucional que inició en la década de 1920 y concluyó en 1936 con una reforma sustancial a la carta política de 1886. Fueron ubicados preceptos que concebían la intervención del Estado; se estipuló la propiedad como un derecho fundamental pero con una inherente función social; se recuperó el principio liberal de la libertad de conciencia; se estipuló la libertad de enseñanza y se proclamó el derecho al trabajo. Fundamentado en lo anterior fue promulgada la Ley 200 de 1936 o ley de reforma agraria. Los sujetos sociales categorizados como obreros y campesinos fueron ubicados como sujetos particulares de derechos.

Lo que sí no cambió fue la imagen liberal de nación que se había instituido desde el siglo XIX. La vocación de la estructura estatal colombiana continuó siendo la configuración de una sociedad de ciudadanos, con derechos específicos en relación con su posición en el proceso productivo, pero ciudadanos de todas formas. Las comunidades indígenas siguieron siendo objetivo de políticas que promovían su desestructuración como sociedades, a través de medidas que erosionaban o destruían sus espacios territoriales, fundamentadores de sus actividades sociales.

El periodo del auge de la urbanización y de la inserción de la economía nacional a procesos del mercado internacional produce reflexiones alrededor del ser colombiano y las posibilidades que existían por su parte de enfrentar los nuevos retos. Jorge Orlando Melo nos describe el periodo como caracterizado por visiones racistas que ven a los indígenas y a los negros como un obstáculo para asumir los nuevos retos, señala este historiador:

En 1919 Miguel Jiménez López, reforzado por Luis López de Mesa, nos define lo colombiano a partir de la contraposición entre las virtudes raciales del blanco, ojalá ario, y el negativo aporte de indios y negros. Laureano Gómez dará su versión más estridente en 1929: el colombiano, por mestizo, “no constituye un elemento utilizable para la unidad política y económica de América Latina: conserva demasiado los defectos indígenas: es falso, servil, abandonado y repugna todo esfuerzo y trabajo. Sólo en cruces sucesivos de estos mestizos primarios con europeos se manifiesta la fuerza de caracteres adquirida por el blanco” (junio 28). “El elemento ne-

gro constituye una tara: en los países de donde él ha desaparecido, como en la Argentina, Chile y Uruguay, se ha podido establecer una organización económica y política con sólidas bases de estabilidad”. La culpa del atraso corresponde al pueblo, que frustra una y otra vez los heroicos esfuerzos de nuestras elites.<sup>506</sup>

Lo que demuestra que no sólo era la realización de idearios liberales sobre el deber ser de las relaciones económicas y políticas para arribar a estándares de las llamadas sociedades civilizadas, sino también una ideología racista, soportaba las decisiones del Estado frente a las diferencias culturales. El mismo historiador nos comenta que consecuente con esta visión, el Congreso aprobó la Ley 114 de 1922, que determinó que para estimular “el mejoramiento de sus condiciones étnicas tanto físicas como morales, el Poder Ejecutivo fomentará la migración de individuos y de familias que por sus condiciones personales y raciales no puedan o no deban ser motivo de preocupaciones”.<sup>507</sup>

Así las cosas el escenario del siglo XX no modificó la actitud que el Estado colombiano se formó en el siglo anterior frente a los pueblos indígenas. Si bien la Ley 89 de 1890 detuvo momentáneamente la estrategia de romper con su propiedad comunal, existe toda una rica legislación en la primera mitad de dicho periodo que demuestra que la estrategia continuó siendo la misma, o con más intensidad pues la “valoración comercial de las tierras —producto de las vías de comunicación, del desarrollo urbano y la formación definitiva de un mercado interno de productos agrícolas y bienes raíces— empieza la nueva, irrefrenable y sistemática ofensiva contra las comunidades indígenas”.<sup>508</sup>

<sup>506</sup> Melo, Jorge Orlando, *op. cit.*, nota 486, p. 5, complementa esta idea exponiendo el punto de vista de Luis López de Mesa, pensador de gran influencia durante el periodo: “La mezcla del indígena con el elemento africano y aun con los mulatos que de él deriven, sería un error fatal para el espíritu y la riqueza del país; se sumarían, en lugar de eliminarse, los vacíos y defectos de las dos razas y tendríamos un zambo astuto e indolente, ambicioso y sensual, hipócrita y vanidoso a la vez, amén de ignorante y enfermizo. Esta mezcla de sangres empobrecidas y de culturas inferiores determina productos inadaptables, perturbados nerviosos, débiles mentales, vaciados de locura, de epilepsia, de delito, que llenan los asilos y las cárceles cuando se ponen en contacto con la civilización”. El indio “es de la índole de los animales débiles recargada de malicia humana”.

<sup>507</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>508</sup> García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 44.

De esta manera la Asamblea Nacional Constituyente, convocada por el general Rafael Reyes, ratificó mediante la Ley 5 de 1905, la legalidad de la venta de los resguardos efectuados en subasta pública y los derechos de los rematadores. La Ley 104 de 1919 ratificó la división de los resguardos y dispuso severos castigos expresados en despojo de la tierra para aquellos indígenas que se opusieron a la división. Posiblemente fue una reacción contra la rebelión de los terrajeros del Cauca<sup>509</sup> —dirigida por Manuel Quintín Lame— que entre 1914 y 1918 había disputado el poder de la elite payanesa en las montañas del Cauca.<sup>510</sup>

Si observamos toda la legislación producida durante la primera mitad del siglo XX, se enfoca específicamente a formalizar la política que reparte los resguardos o la perfecciona. La Ley 32 del 14 de octubre de 1920, que reforma la Ley 104 de 1919, donde se realiza la cesión al municipio de Yumbo de los terrenos de la parcialidad indígena a dicha entidad territorial. La Ley 56 del 5 de noviembre de 1920 donde se aprueban los trabajos de repartición de los resguardos del Valle de Murri; la Ley 19 de 1927, sobre división de resguardos y el decreto 1421 de 18 de julio de 1940, por el cual se toman medidas tendientes a facilitar la división de los resguardos indígenas y por el cual se tecnifica la forma como se cumple la estrategia de disolver el espacio que fundamenta la existencia de los pueblos indígenas, en su artículo primero ordena: “la división de terrenos de resguardo de indígenas se efectúa por comisiones especiales a cargo de la nación. Cada comisión se compondrá de un abogado, un ingeniero y un práctico pagador-secretario, conecedor del resguardo, nombrados por el gobierno. Cuando fuere necesario el gobierno podrá nombrar un dibujante para cada una de estas comisiones”. En 1944 se expide el decreto 918 por medio del cual “se dictan algunas disposiciones sobre disolución de resguardos indígenas en la región de Tierradentro, departamento del Cauca”.

En 1941 se fundó —bajo la dirección de Antonio García y Gregorio Hernández de Alba— el Instituto Indigenista Colombiano, una entidad privada creada bajo los auspicios del I Congreso Indigenista Interamericano que había promovido el presidente Lázaro Cárdenas en México. El Ins-

<sup>509</sup> Mediante la terrazguería, práctica común en el Cauca, el indígena adquiría la obligación de pagar con días de trabajo no remunerado, el derecho a sembrar una parcela en tierras que se consideraban propiedad de una hacienda.

<sup>510</sup> Pineda Camacho, Roberto, “Estado y pueblos indígenas en el siglo XX: la política indigenista entre 1886 y 1991”, *Revista Credencial Historia*, Bogotá, 146, febrero de 2002.

tituto Indigenista Colombiano auspició la defensa del resguardo y estableció las bases de lo que sería una nueva política indigenista en Colombia. Posteriormente, a través de la Ley 123 del 31 de diciembre de 1943 se autorizó al gobierno de Colombia para que se adhiriera a la Convención que creó el Instituto Indigenista Interamericano. Mediante el decreto 1322 de mayo de 1944 se promulgó la convención y se inició el proceso de cumplimiento del artículo 10 del instrumento interamericano, donde los Estados se comprometen a mantener comunicación con el instituto a través de institutos nacionales.

El gobierno nacional y los directivos del Instituto Indigenista Colombiano llegan a un acuerdo para que la institución indigenista de naturaleza privada se asimile al sistema institucional colombiano para que se encargue de coordinar la difusión e implementación de las políticas indigenistas. Mediante acuerdo 148 de julio de 1947 la Universidad Nacional de Colombia incorpora a su estructura el Instituto Indigenista Nacional. Sin pretender afirmar que la vinculación del Estado colombiano a esta organización replanteó la visión que tenía en torno a los pueblos indígenas, sí se inició un periodo en el cual estableció un diálogo con un nuevo marco de referencia que no renunciaba a la asimilación e integración del indígena a las dinámicas de la sociedad liberal y de mercado, pero que procuraba que esto se produjese en condiciones de respeto de estas culturas milenarias del continente.<sup>511</sup>

<sup>511</sup> Como se expresó en el primer capítulo cuando abordamos el tema, si bien el indigenismo tenía el propósito de integrar al indígena a las sociedades latinoamericanas, sus planteamientos en torno a las formas como se debía realizar tal proyecto abrían espacios para que fuesen respetados como sociedades mientras eso sucedía, creando obstáculos fuertes de tipo político y jurídico para que se detuviera la concepción que propendía desde el siglo XIX por destruir las sociedades indígenas. Los indigenistas abrieron serias discusiones desde la década de los cuarenta sobre las leyes que decidían la destrucción de los resguardos, en carta enviada por Antonio García el 14 de abril de 1944, se denunciaba la decisión del gobierno nacional mediante el Decreto 918 de 1944 de dividir los resguardos de tierra dentro del departamento del Cauca, comenta el mencionado intelectual: "...El apresuramiento con que se han tomado estas medidas de ruptura de los resguardos indígenas se explica por varias razones: 1) la absoluta hostilidad hacia todo régimen comunal indígena —a causa de la carencia de una concepción científica del problema— del departamento de tierras del Ministerio de Economía Nacional, dependencia administrativa que se guía por un estrecho y formalista criterio legal". Se denuncia esa política como una decisión contraria a los pueblos indígenas y al indigenismo: "Así sea celebrado, señor director, 'la fiesta del indio' en Colombia y la ratificación de la convención indigenista interamericana, asumiendo esta posición negativa y disolvente frente a los pueblos indí-

La política que fomentaba la repartición de los resguardos como propiedad individual entre los indígenas se detiene en la década de los cincuenta y el Estado propicia el tratamiento del tema como parte de los asuntos que debe manejar el Ministerio de Agricultura, que le proporciona un nuevo estatus al problema indígena en el país, pero sin perder el enfoque restringido de solamente concebirlo como una problemática específica de tierra. “Es solamente a partir del año 1958 con la Ley 81 cuando el Estado establece como dependiente del Ministerio de Agricultura una pequeña sección denominada “Resguardos y parcialidades” y comienza a articularse por parte del Estado un tipo de acción indigenista que, basada especialmente en los conceptos de integración cultural y las recomendaciones del Primer Congreso Indigenista de Pátzcuaro, trata de mejorar las condiciones de vida y reivindicar sus derechos fundamentales, especialmente frente a la tierra”.<sup>512</sup>

La Ley 81 la podemos caracterizar como un punto de inflexión en la historia legislativa a favor de los pueblos indígenas, por primera vez el Estado no ordena repartir los resguardos, sino que establece el derecho preferencial de los indígenas que se encuentran en posesión de tierras sobre las cuales no pueden probar su carácter de Resguardo mediante títulos expedidos por la corona española o por el Estado, a efectos de que organismos competentes se los adjudiquen. Indiscutiblemente la política pública del Estado hacia los pueblos indígenas se replanteó. Los parámetros indigenistas ubicaron límites que los Estados consideraron respetar respecto de estas realidades.

El cambio de percepción del Estado se consolida en 1960, cuando mediante el decreto 1634 se establece que “la sección de asistencia indígena de la División de Extensión Agropecuaria del Ministerio de Agricultura se traslada al Ministerio de gobierno con la categoría de División y tendrá la denominación de “División de Asuntos indígenas”,<sup>513</sup> trasladándose a este

genas”, indiscutiblemente en años anteriores los indígenas no tenían quien los defendiera de esta manera desde el mundo intelectual. Esta nueva situación de debate científico de los problemas de los pueblos indígenas en el país la podemos observar en el trabajo realizado por Espinosa Velasco e Iván Orrala Barajas, *Colombia en el Archivo Histórico del III, 1940-1949*, México, 2003.

<sup>512</sup> Instituto Indigenista Interamericano, VIII Congreso Indigenista Interamericano, *Recuento histórico de la política indigenista en Colombia, Informe Nacional*, Mérida, Yucatán, 17 al 21 de noviembre de 1980, p. 4.

<sup>513</sup> Presidencia de la República, *Legislación indígena de Colombia, Cartilla Básica para Comunidades indígenas*, Consejería para la Reconciliación, Normalización y Rehabilitación, 1990, p. 149.

ministerio las funciones que se estipulaban en la Ley 81 al Ministerio de Agricultura. La misma decisión prescribió que la mencionada división “estará integrada por la sección de Resguardos y parcialidades, por la sección de Protección al Indígena y jefatura de Comisiones”.<sup>514</sup>

La tendencia se mantuvo por las siguientes tres décadas. En 1968 mediante decreto 3159 se establece en el entonces Ministerio de Gobierno la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad, con dos divisiones: Acción Comunal y Asuntos indígenas. A partir de este año y hasta 1991, las funciones de asuntos indígenas fueron mantenidas en las reestructuraciones administrativas efectuadas en 1974, mediante decreto 659 y en 1976 mediante decreto 126.<sup>515</sup>

El nuevo momento continúa consolidándose. El gobierno nacional a inicios de la década de los sesenta, se ve abocado a hacer un replanteamiento de la política de reforma agraria que se había establecido en 1936. La ineficacia de dicha norma era evidente y el país necesitaba adecuar en esta materia su legislación. El Congreso aprobó la Ley 135 de 1961 que propiciaba el nuevo marco político y jurídico para una reforma agraria. La diferencia de este marco normativo con el anterior es que aparecen los pueblos indígenas como sujetos independientes de la categoría campesino. El Estado reconoce que el problema de tierras para el indígena, posee dimensiones particulares, que se trata de una visión diferente.

Cuando toda la legislación anterior ordenaba la repartición de los resguardos, esta ley orienta en su artículo 29: “Asimismo, no se podrán hacer adjudicaciones de baldíos que estén ocupados por indígenas, sino con el concepto favorable de la División de Asuntos indígenas y en el artículo 58 prescribe que podrán expropiarse tierras adecuadamente explotadas. 3. Para la reestructuración de resguardos indígenas y en general para dotar de tierras a las comunidades civiles indígenas”.<sup>516</sup> El nuevo marco jurídico no sólo detiene las divisiones de resguardos, sino que propicia condiciones para la ampliación de éstos.

Los parámetros político-jurídicos con los que se observaba en este periodo los asuntos relacionados con los pueblos indígenas variaron funda-

<sup>514</sup> *Ibidem*, p.150.

<sup>515</sup> Dirección General de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior de Colombia, Antecedentes, [http://www.anticorrupcion.gov.co/mininterior/asuntos\\_indigenas.htm#ANTECEDENTES](http://www.anticorrupcion.gov.co/mininterior/asuntos_indigenas.htm#ANTECEDENTES), consulta realizada el 22 abril de 2004.

<sup>516</sup> Presidencia de la República, *op. cit.*, nota 513, p. 151.

mentalmente. ¿Qué produjo el cambio? Aquí podríamos parafrasear la tesis que ha expuesto la investigadora Beatriz Eugenia Sánchez, respecto a los derechos que alcanzaron los pueblos indígenas en la Constitución de 1991: ni el número de integrantes de los pueblos indígenas, ni el tipo de métodos que emplearon para obtener sus objetivos, pueden explicar el cambio de visión del Estado a su favor durante las décadas de 1940, 1950 y 1960.

Lo primero que resalta entonces es la influencia que tuvo el discurso indigenista en los gobiernos del continente, de la cual hace parte la iniciativa de constituir un órgano en la estructura del Estado que diseñara políticas públicas respecto a los pueblos indígenas; lo que se materializó en el instituto indigenista formado por Antonio García y Gregorio Hernández de Alba.<sup>517</sup> Es de destacar que posterior a 1945, como se analizó en el segundo capítulo, se inició en el ámbito internacional un re-lanzamiento del discurso de los derechos humanos, que despertó una sensibilidad diferente entre los Estados-nación respecto de sus problemas étnicos. En los marcos de este proceso la Organización Internacional del Trabajo produjo el primer referente de derechos humanos sobre los pueblos indígenas, integracionista y asimilacionista, como fue presentado en análisis anteriores, pero que se constituyó en un marco jurídico-político distinto al solo discurso general de derechos humanos para el tratamiento de las diferencias culturales.

De allí que podríamos plantear que el Estado colombiano desde la década de los cuarenta, inició un proceso de asimilación de estándares internacionales, que produjeron un replanteamiento en la visión que había venido imponiendo para la construcción de políticas públicas respecto de los pueblos indígenas. Si durante más de 130 años de vida republicana había hecho suyas las ideas difundidas durante el primer periodo de las teorías liberales sobre construir obsesivamente estructuras sociales donde el suje-

<sup>517</sup> Estos momentos son concebidos por los indigenistas colombianos concientemente como una nueva etapa para la reflexión de los problemas de los pueblos indígenas. Antonio García, en escrito de mediados de la década de los cuarenta, analiza el punto de la siguiente forma: “La nueva etapa —en la que no sólo se adquiere un criterio orgánico sino una visión continental y unas posibilidades comparativas— arranca del primer Congreso Indigenista Interamericano y de la organización del Instituto Indigenista de Colombia como institución privada y sujeta a dos inseparables objetivos: la investigación científica y la beligerancia social”, García, Antonio, *Indigenismo en Colombia: génesis y evolución*, Colombia en el Archivo Histórico, 1940-1949, Instituto Indigenista Interamericano, 2003, p. 15.

to individual hiciera uso de sus derechos sin ninguna limitación. Ideas que durante esa etapa no tuvieron un centro de difusión formal internacional; pero circulaban como ideas globales que habían generado un consenso en el proceso de modernización de las sociedades.<sup>518</sup>

El indigenismo y el discurso de los derechos humanos, legitimado por lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial, produjeron un impacto en los gobiernos que permitieron una variación en sus políticas legislativas y una admisión en sus ordenamientos jurídicos de un nuevo sujeto: los pueblos indígenas.<sup>519</sup>

Así las cosas, en 1967 Colombia aprueba a través de la Ley 31 de 1967 el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, que como se analizó poseía una carga integracionista, similar a las políticas indigenistas promovidas desde el Instituto Indigenista Interamericano, pero que con relación a lo que existía anteriormente a estos instrumentos, significó un avance en tanto que los pueblos indígenas tuvieron un referente

<sup>518</sup> Antonio García en 1952 en la obra plurimencionada en este acápite expresa: “En 130 años de historia republicana nadie creyó que la propiedad comunal fuese otra cosa que un régimen transitorio, enteramente provisional, sin capacidad para servir de asiento a un nuevo tipo de economía, porque nadie —dentro del Estado— la concebía sino a la luz de la noción jurídica del pro indiviso. Es decir nunca se ha reconocido a la comunidad capacidad de manejarse como una persona económica, no obstante la persistencia de 130 años de lucha —de espaldas al propio orden legal— reconociendo la indivisibilidad y solidaridad permanente de sus intereses, sino que se ha sostenido el concepto romanista de la copropiedad, forma transitoria en la que cada uno de los partícipes tiene perfectamente definidos sus derechos y acciones, aun cuando no se hayan demarcado las porciones individuales”. García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 11.

<sup>519</sup> El contexto internacional evidentemente había variado sustancialmente. La ONU tuvo un papel activo en la discusión de los problemas que afrontaban los diferentes países. El movimiento anticolonial ganó espacio y posicionó temas en torno al desarrollo de los pueblos que estaban sometidos, los debates alrededor del genocidio que concluyeron con la formalización de un instrumento internacional, propiciaron el surgimiento de nuevos países y actores internacionales, como las organizaciones no gubernamentales que potenciaron la difusión de los nuevos valores. En general todo cambió y los Estados comenzaron a sentir presiones de todo tipo para ajustarse a los nuevos parámetros jurídicos y políticos democráticos que se proponían. Durante la década de los sesenta se iniciaron los movimientos anti-racistas en Estados Unidos que produjeron un impacto en el sistema internacional, obligando a establecer parámetros ético-políticos diferentes en este aspecto a los Estados; se aprueban los pactos complementarios internacionales de la declaración de derechos humanos en 1966, produciéndose evidentemente un cambio radical de referentes. El sistema internacional propendía por modelar los Estados-nación, fenómeno que se potenciará en las dos últimas décadas del siglo XIX cuando converjan los nuevos valores con un proceso de globalización económica.

jurídico internacional en el cual apoyar sus reivindicaciones. La década de los setenta, como se analizará en siguiente acápite, fue de intensa movilización social y política de los pueblos indígenas en el país. En este periodo se establecen como sujeto social autónomo del movimiento campesino, con sus propias reivindicaciones y particularidades frente al Estado.

Fue en la década de los setenta cuando los pueblos indígenas lograron deslindarse del movimiento obrero y campesino, con quienes habían establecido una relación que les ayudó a producir sinergias, que detuvieron la estrategia del Estado frente a ellos durante muchos años. La relación de los pueblos indígenas con el sector obrero, si bien fue una relación de aliados, siempre fue conflictiva pues el imaginario político obrero, al igual que el de las elites, es producto del paradigma filosófico moderno-rationalista y a través de éste observaban a estas estructuras socioculturales con los mismos parámetros etnocentristas; es decir como sobrevivencias del pasado que debían ser sujetos de políticas particulares para adaptarlos a relaciones modernas de sociabilidad.

Los proyectos políticos obreros, reflejados fundamentalmente en los partidos de izquierda, concibieron a los pueblos indígenas como un sector explotado con características culturales particulares, que debía participar en el proceso de liberación social promovido por ellos, pero que al final de éste se proletarizaría. Esta concepción, desde la antropología sólo se diferencia en asuntos de forma, de las concepciones etnocéntricas con las que ha sido abordada tradicionalmente la problemática indígena por los actores hegemónicos de las sociedades modernas. Esta característica ideológica de los enfoques de izquierda, continuará por largo tiempo en el país, al punto que cuando analicemos los debates que se produjeron en la Constituyente sobre los derechos indígenas, los delegados de la izquierda nunca hicieron una defensa radicalmente diferente a la que hicieron los partidos históricos, de estas comunidades.

El nuevo contexto lo podemos observar en el hecho que la política legislativa del Estado colombiano hacia los pueblos indígenas, rompió su obsesión sempiterna por desorganizar u “organizar” la propiedad sobre la tierra de estas comunidades y asumió otras dimensiones de su vida colectiva. Efectivamente, en 1978 el gobierno expidió el decreto 1142, donde establece su política de educación hacia los indígenas, promoviendo el bilingüismo en este campo. Las consideraciones que fundamentaron la norma nos señalan claramente el cambio de visión: “Que las comunidades indígenas tienen estructuras políticas y socioeconómicas autóctonas que

es necesario comprender, valorar y difundir a través del proceso educativo, que las comunidades indígenas se distinguen entre otros elementos por su lengua, organización social, cultural y ubicación, lo cual exige que el Ministerio de Educación Nacional tenga en cuenta las experiencias educativas desarrolladas localmente por las propias comunidades”.<sup>520</sup>

Siguiendo la anterior perspectiva, mediante la resolución 10013 de 1981, el Ministerio de Salud prescribe una política específica en este campo para los pueblos indígenas, planteando en su artículo segundo: “Los programas de prestación de servicios de salud de atención primaria que se desarrollan en comunidades indígenas deberán adaptarse a la estructura organizacional, política, administrativa y socioeconómica, de forma tal que se respeten sus valores, tradiciones, creencias, aptitudes y acervo cultural”, y señalando claramente, los procesos administrativos que debían tener en cuenta los funcionarios estatales, que prestaran o coordinaran la prestación de ese servicio público en pueblos indígenas.

Un excelente punto conclusivo de la tesis sostenida en anteriores párrafos, lo constituyen la circular del 30 de junio de 1988 —que expide el jefe de Asuntos indígenas del Ministerio de gobierno para dirimir un conflicto que se le presentó, en torno a la iniciativa de algunos funcionarios de municipios y entidades departamentales, de promover la constitución de Juntas de Acción Comunal entre los pueblos indígenas— y el decreto 2001 de septiembre del mismo año.

En la primera situación el funcionario fundamenta su decisión de la no legalidad de la iniciativa en dos consideraciones; la primera, por ser violatoria de la Ley 89 de 1890 y demás normas complementarias que protegen los “resguardos, su organización, usos y costumbres”; la segunda, por infligir la Ley 31 de 1967 que adoptó el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, que en su artículo 4, numeral a, prescribe al Estado signante que tome “debidamente en consideración los valores culturales y religiosos, y las formas de control social propios” de las comunidades indígenas “así como la naturaleza de los problemas que se les plantean; tanto colectiva como individualmente, cuando se hallen expuestos a cambios de orden social y económico”. Concluye el funcionario su negación hacia que se establezcan estas formas de organización entre las comunidades planteando:

<sup>520</sup> Presidencia de la República, *op. cit.*, nota 513, p. 164.

1. Los cabildos o autoridades tradicionales representan formas autónomas de organización de las comunidades o parcialidades indígenas, surgidas como consecuencia de un proceso sociocultural propio, diferente a la de la sociedad mayor. 2. Las Juntas de Acción Comunal tienen origen, naturaleza y fines sustancialmente diferentes en el país. Con las Juntas de Acción Comunal el Estado busca promover o fortalecer en áreas urbanas y rurales formas organizativas y de cooperación social ya desaparecidas total o parcialmente. 3. Instituir o promover Juntas de Acción Comunal u otras formas asociativas dentro de las comunidades indígenas, diferentes a sus cabildos y autoridades tradicionales es subvertir su orden social y desconocer su legítimo derecho a organizarse de acuerdo con sus usos y costumbres.<sup>521</sup>

En el decreto 2001 de 1988 se reglamentan normas ubicadas en la ley de reforma agraria aprobada en 1961. Lo interesante fue que este decreto definió legalmente conceptos que se venían manejando en los conflictos jurídico-políticos con los pueblos indígenas durante más de un siglo. En la parte primera define: parcialidad o comunidad indígena,<sup>522</sup> comunidades civiles indígenas; territorio indígena; reserva indígena; cabildo indígena y

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>522</sup> “Artículo 2. Definiciones. Parcialidad o comunidad indígena Entiéndase por parcialidad indígena o comunidad indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales. Comunidades civiles indígenas. Son comunidades o parcialidades indígenas que han perdido los títulos de propiedad de sus tierras no pudiendo acreditarlos legalmente o bien que son descendientes de comunidades cuyos resguardos fueron disueltos y que la tierra que poseen es insuficiente para el desarrollo de sus actividades socioeconómicas. Territorio indígena. Se entiende por territorio indígena aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales. Reserva indígena. El globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas, delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquella (s) para que ejerza en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Resguardo indígena. Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su propio territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones y costumbres. Cabildo indígena. Entidad política especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres...”. *Ibidem*, p. 155.

en los siguientes apartes establece un procedimiento administrativo para la constitución de resguardos.

Con este acervo sobre los pueblos indígenas arribó el sistema jurídico colombiano a la Asamblea Nacional Constituyente, para la discusión de lo que sería un nuevo marco normativo para la sociedad colombiana de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. No es adjetivo decir en este punto, que el año 1988 fue en el que se concluyó en el ámbito internacional, un movimiento de presión, que inició en la década de los setenta, sobre la Organización Internacional del Trabajo para que replanteara el Convenio 107 sobre pueblos indígenas, elaborado en 1957 y el periodo donde se realizaban actividades por parte de los pueblos indígenas del continente americano, para que se replanteara esta misma dimensión del marco jurídico-político del Instituto Indigenista Interamericano.

Para redondear este análisis, como lo planeamos arriba, haremos algunas anotaciones en torno al desarrollo del movimiento indígena y su conformación paulatina como sujeto social y político autónomo, con lo que cerraremos la evaluación del periodo. Finalizaremos el acápite con lo planeado, la presentación de la visión que mantuvo, en el periodo evaluado, el sistema judicial respecto a los pueblos indígenas y sus miembros individualmente considerados.

## *2. Anotaciones en torno a la conformación del movimiento indígena*

La idea es realizar algunas reflexiones acerca de cómo se ha venido conformando, a través de la historia, en Colombia, un movimiento social que se caracteriza como indígena. Tendremos como referencia el concepto de “movimiento social que concibe este fenómeno como una estructura o conjunto de individuos que desarrollan comportamientos y acciones cohesionadas por la idea de poseer un destino común o expresan la persuasión de poseer una esperanza común, interviniendo en esto condiciones subjetivas y objetivas de vida”.<sup>523</sup>

<sup>523</sup> El *Diccionario de Política*, elaborado por Norberto Bobbio y otros, tiene una definición del concepto de la siguiente forma: “A fin de proceder a una especificación, Será útil retomar la distinción efectuada por Alberoni entre los fenómenos colectivos de agregado y fenómenos colectivos de grupo. En los primeros se encuentra un comportamiento semejante por parte de un gran número de individuos sin que se forme una nueva identidad. Una vez desaparecido el elemento, la tensión, la disfunción que dio origen a aquellos

Evaluando el proceso vivido por los pueblos indígenas posterior al momento de la independencia hasta el día de hoy, bajo los parámetros comentados, podemos concluir que percibimos la formación de un movimiento social categorizado como indígena desde inicios de la década de 1970.

Para presentar las ideas que hemos concluido sobre este tópico, metodológicamente dividiremos el proceso vivido en esta dimensión por los pueblos indígenas en el país en dos periodos: el primero, que va desde la independencia hasta los primeros años de la década de los setenta, donde se presentan diferentes expresiones de oposición de núcleos indígenas a las decisiones legales y políticas del Estado que ellos percibían como perjudiciales a sus intereses. El segundo periodo, lo ubicamos a partir de los primeros años de la década de los setenta, siendo el momento donde se inicia la etapa en la cual los pueblos indígenas se establecen frente al Estado como un sujeto colectivo con identidad propia e inicia la presentación de reivindicaciones específicas.

#### *A. Los pueblos indígenas desde el momento de la independencia hasta 1970*

En la investigación realizada por Antonio García sobre la legislación indigenista, nos describe la oposición de las comunidades indígenas al proceso de repartición de resguardos, establecido como política pública durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Una etapa donde se expresó con intensidad lo anterior fue la década de 1830, cuando “la oposición de los indios, en algunas regiones colombianas, logró una extraordinaria presión, tanto que, en 1834, el secretario del Interior, Lino de Pombo, hizo la siguiente exposición al Congreso: la ley sobre repartimiento de los resguardos de indígenas, que la Convención Constituyente dictó con el objeto de beneficiar a esta clase de población, tan abatida y tan menesterosa y tan digna de favores especiales, se encuentra sin ejecutar todavía en al-

comportamientos colectivos, bien poco habrá cambiado entre los participantes. Tal es el caso del pánico, de la multitud, de la moda, del *boom*. En los segundos, al contrario, los comportamientos semejantes dan lugar al surgimiento de nuevas colectividades caracterizadas por el conocimiento de un destino común, por la persuasión de una esperanza común. Como afirma Alberoni, la distinción se basa o en elementos derivados de la experiencia subjetiva (con o sin pertenencia) o en el resultado objetivo del movimiento (con o sin formación de nuevas entidades sociales)”. Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1991, p. 1015.

gunas provincias no por falta de celo de las autoridades sino por obstáculos insuperables”.<sup>524</sup> El mismo autor nos describe que la resistencia ayudó a conservar los espacios territoriales de los departamentos de Nariño y Cauca, pero fue insuficiente en las entidades territoriales donde la valorización de la tierra coincidió con procesos locales e internacionales de actividad económica como los departamentos de Cundinamarca, Boyacá y Tolima.

Antonio García hace una reflexión acerca de la existencia de una legislación excepcional protectora de los resguardos indígenas en el departamento del Cauca y por ende lo los pueblos indígenas, en tanto colectivos durante las décadas de 1860 y 1870,<sup>525</sup> al punto que afirma que “la tendencia divisionista en el Cauca y Nariño sólo toma cuerpo después de 1918, cuando se desarrolla el proceso de valorización de las tierras y de su incorporación al mercado capitalista, por obra de tres fenómenos, la iniciación de una agricultura de exportación, la organización comercial de los poblados y la construcción de los ferrocarriles y carreteras.”<sup>526</sup> Sostiene que ésta existió por la presencia de dos factores concurrentes: la tenaz resistencia de los pueblos indígenas —que no dejaron en ningún instante de luchar por la comunidad, inundando de peticiones y quejas las oficinas del gobierno y la legislatura— y la política proteccionista de los gobernantes del Cauca”.<sup>527</sup>

Del material revisado podemos concluir, que solamente se presentaron movimientos de oposición a la política de división de resguardos en los lugares donde existía una densidad de población indígena considerable y formas de organización estables. Lo anterior se corrobora en que durante gran parte del siglo XX sólo se conoce diferentes críticas y movimientos de oposición a las políticas del Estado, por parte de las comunidades indígenas de los departamentos del Cauca, Nariño, Tolima y Magdalena (Sierra Nevada).

<sup>524</sup> García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 26.

<sup>525</sup> Se refiere a la Ley 90 de 1859 que es la única norma que consagra el régimen comunal como un estado permanente de los resguardos, encomienda a los pequeños cabildos de la comunidad la administración económica, declara la nulidad de los contratos de enajenación total o parcial de los resguardos, lo mismo que los contratos de censo e hipoteca, entre otras disposiciones cuyo espíritu es totalmente contrario al que poseyeron las normas sobre pueblos indígenas durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

<sup>526</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>527</sup> *Ibidem*, p. 41.

Los pueblos indígenas ubicados en el oriente y sur del país que no estaban conectados de ninguna forma a las dinámicas económicas promovidas por la legislación recibieron de forma prioritaria la política oficial a través del Convenio de Misiones que con la iglesia se había firmado en 1902. No existe un solo registro de expresiones de inconformidad por parte de estas comunidades a la política oficial; eso simplemente porque no existió política oficial, pues quien tenía toda la responsabilidad legislativa y judicial de estas sociedades era la iglesia católica.<sup>528</sup>

Durante el periodo evaluado se hace referencia constantemente al movimiento que lideró Manuel Quintín Lame en el departamento del Cauca desde 1914; movimiento que se fundamentó en la negación de los indígenas del pago de terraje a los propietarios de haciendas y en la defensa de los resguardos. Pierre Gilhodes describe el movimiento de la siguiente forma:

Los cabildos organizan una resistencia legal aduciendo sus títulos. El indio Manuel Quintín Lame, jefe del Cabildo de San Isidro, se hace famoso por su llamado a no pagar terraje y en 1914 se multiplican los choques con los hacendados y mayordomos. Hay contactos con indígenas del Huila y Tolima, militarización de las regiones indígenas agitación y detenciones. En 1916 al ser detenido Quintín Lame, escribe el gobernador: “Ayer fue aprehendido Manuel Quintín Lame como promotor de una situación encaminada a encender una guerra de razas indígenas contra blancos, para despojar a propietarios de sus tierras”. Hay efectivamente asaltos en Silvia, Belalcazar e Inza, y Quintín Lame forma una especie de guerrilla móvil. Es finalmente

<sup>528</sup> Todo lo contrario, de quienes hemos conocido expresiones de inconformidad —pero por la no concreción de los objetivos propuestos por el Estado colombiano al autorizar el Convenio de Misiones con la Santa Sede— es de intelectuales e ideólogos de los partidos tradicionales que fungieron importantes funcionarios públicos del orden nacional. Por ejemplo podemos citar las opiniones expresadas por Luis López de Meza en la década de 1940. Este personaje hacía, sobre este aspecto, la siguiente reflexión: “De ahí que el esfuerzo catequista de varios siglos en nuestras selvas del sur y en las estepas del oriente, con un gasto que ya monta a muchos millones desde el tiempo de la Colonia hasta nuestros días, no está representado por nada, por absolutamente nada que no sea el relato anual de los inmensos sacrificios que hacen los misioneros en meterse en esas desoladas regiones de cuando en cuando para bautizar por la décima vez a los mismos salvajes que eternamente permanecen salvajes. Son cincuenta mil indios que allá viven, que allá han vivido, y cuya educación total en Oxford habría costado a la República menos tal vez que la secular tarea de evangelizarlos cada año nuevamente” López de Meza, Luis, *De cómo se ha formado la nación colombiana*, Medellín, Bedout, p. 113.

detenido en mayo de 1917 hasta 1921. En 1920 y 1921 la lucha se refuerza con José Gonzalo Sánchez y Eutiquio Timote al sur del Tolima, entre Ortega y Natagaima.<sup>529</sup>

Como se mencionó tal movimiento tuvo un impacto local. El Estado continuó promoviendo su política de división de resguardos. En el contexto del movimiento de Quintín Lame en 1919 es aprobada la Ley 104, por la cual se dispone la división de algunos terrenos de resguardo, que establece una metodología para realizar los censos y los procedimientos y garantías que tendrían los indígenas para lograr el objetivo de hacerlos propietarios individuales. En el siguiente año se aprueban las dos leyes que legalizan la desaparición de los resguardos en el municipio de Jumbo en el Valle del Cauca y del Valle de Murri en Antioquia, Ley 22 y 56 respectivamente.

Desde la década de 1920 las expresiones sociales que reivindican derechos para los pueblos indígenas se ven articuladas con el movimiento obrero y con las ideas socialistas que fundamentadas en éste se abrieron espacio en el país. El indígena pasó a ser parte de los explotados en la concepción de este movimiento. Su propuesta como movimiento obrero era que se integrara para la transformación del país, que de esta manera se transformaría asimismo. Así las cosas, se vio a Manuel Quintín Lame presidiendo el primer Congreso Obrero Nacional, realizado en 1924 y José Gonzalo Sánchez y Eutiquio Timote<sup>530</sup> convertirse en dirigentes del Partido Comunista, organización surgida en 1930, decisión que produjo la ruptura con Quintín Lame pues éste nunca consideró, dada su tradición católica, tal decisión como una opción para los indígenas.

Indiscutiblemente la articulación de los pueblos indígenas al movimiento social nacional que se desarrolló en el periodo entre 1920 y 1940, le permitió adquirir aliados que le posibilitaron capacidad para enfrentar los ataques legales y violentos que sus sempiternos enemigos, hacendados y terratenientes, les hicieron en el periodo. Sin embargo, como se comentó arriba, si bien las visiones socialistas y comunistas se acercaron al mundo indígena desarrollando su sensibilidad hacia los explotados, nunca existió un replanteamiento de la visión etnocéntrica con que el pensamiento político moderno concebía estas realidades socioculturales.

<sup>529</sup> Gilhodes, Pierre, *op. cit.*, nota 505, p. 31.

<sup>530</sup> Quien fue candidato a la presidencia por dicho partido en 1938.

Los pueblos indígenas eran explotados con características especiales pues representaban estadios de desarrollo pasados de la humanidad. Nunca existió una política en estas organizaciones que hiciera el esfuerzo por entender la realidad indígena con parámetros no etnocentristas. José Gonzalo Sánchez se quejaba de esto en 1938. “Aunque ciertamente es verdad que entre las masas indígenas residentes en el territorio nacional tiene alguna influencia y ha permanecido el Partido Comunista, la verdad es que se ha hecho poco en pro de ellas. El vasto y complicado problema indígena, muy superficialmente se toca, se agita y se discute cuando se prepara un pleno del Comité Central del Partido o una conferencia nacional o un congreso sindical. Allí se toman algunas medidas para hacer algún trabajo y no se hace más, inclusive tales medidas se quedan archivadas”.<sup>531</sup>

La influencia de los movimientos de izquierda sobre los liderazgos indígenas desde la década de 1920, se corrobora en las opiniones que expuso uno de los participantes más sobresalientes al III Congreso Nacional del Trabajo celebrado en 1938, el dirigente de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta César Niño; quien en dicho evento promovió iniciativas en torno a la unidad de todos los sectores populares para el rechazo de las actividades misioneras que realizaban los capuchinos en los territorios indígenas de donde él provenía, la exigencia ante el Estado de promover vías de comunicación en dicha región y la organización de la Liga Campesina Indígena, para coordinar las luchas de estos dos sectores.<sup>532</sup> Reivindicaciones que señalan cómo marcó la visión de los liderazgos indígenas los planteamientos que sobre la lucha social tenían los partidos de izquierda.

Podemos plantear que desde este periodo se presentan entre las organizaciones indígenas dos tendencias para concebir la lucha por sus derechos. Una, que estaría representada en las posiciones de Manuel Quintín Lame, que si bien hizo parte de eventos de coordinación con las organizaciones obreras y campesinas en dicho periodo, siempre mantuvo la especificidad de la lucha indígena en una primera dimensión. La segunda representada por José Gonzalo Sánchez, Eutiquio Timote y César Niño, quienes adhi-

<sup>531</sup> Villanueva M., Orlando, *Participación indígena en el III Congreso Nacional del Trabajo, Cali, 1938*, Banco de la República, Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, vol. 21, Bogotá, 1993, p. 180.

<sup>532</sup> *Ibidem*, p. 170.

rieron a organización políticas de izquierda, concibiendo el movimiento indígena como parte de un proceso emancipador general.

Estas dos concepciones se van a mantener durante todo el siglo XX con matices y formas de presentación diferentes. Desde la década de 1970 van a existir las propuestas de organización indígena que reclama una relación con el movimiento social en general, como el caso de Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), que a pesar de desprenderse de las organizaciones campesinas, su lógica política de alguna manera ha estado conectada con los discursos generales de democratización del país y la Organización de Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), quienes mantuvieron la idea de la construcción de una dinámica totalmente autónoma y autóctona del movimiento indígena. En la Constituyente de 1991, como se verá en el siguiente acápite, las ponencias de los delegatarios indígenas reflejarán estas dos concepciones.

Durante la década de 1940 el movimiento obrero consolidó sus organizaciones y constituyó una coordinación realmente nacional. Las organizaciones campesinas entraron en una etapa de consolidación de logros por la reforma agraria aprobada en 1936. Las comunidades indígenas mantuvieron su papel de hacer parte de este movimiento. Desde 1939 se consolidan las organizaciones campesinas que establecen como objetivos la defensa de sus tierras. El incremento del número de organizaciones campesinas después de este año nos indica los niveles del conflicto, Pierre Gilhodes en el trabajo citado nos informa que en 1939 existían 10 organizaciones en Antioquia, cinco en el Atlántico, cuatro en Boyacá, tres en Caldas, 49 en Cundinamarca, cinco en el Huila, 13 en el Magdalena, cuatro en Norte de Santander, 10 en Cauca, una en Santander, 18 en el Tolima y cinco en el Valle.<sup>533</sup>

Desde mediados de la década mencionada hasta finales de la siguiente el país entra en el periodo denominado por los historiadores como la violencia. El Partido Liberal y Conservador se enfrentan en una guerra que interrumpe el normal funcionamiento de la institucionalidad del país. De allí, que sólo en los finales de la década de 1950 es que se inicia nuevamente el proceso legislativo descrito en el aparte anterior, donde se observa un replanteamiento del Estado colombiano en el tratamiento del tema indígena.

<sup>533</sup> Gilhodes, Pierre, *op. cit.*, nota 505, p. 332.

La reforma agraria nuevamente fue el centro de la discusión en torno al problema de la tierra en Colombia y se aprueba una nueva ley de reforma agraria, la Ley 135 de 1961. El tema indígena, diferente a la reforma de 1936, es tratado como parte de este instrumento legislativo, prescribe la norma en su artículo 29: “Asimismo, no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos que estén ocupados por indígena, sino con concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas”. Durante toda la década de 1960 los indígenas hicieron parte de las organizaciones campesinas. Sólo en los inicios de la siguiente década se observará un proceso de autonomización de las comunidades indígenas de estas organizaciones. Lo anterior lo analizaremos en el siguiente apartado.

### B. *Los pueblos indígenas desde 1970 hasta 2004*

Desde noviembre de 1964 el dirigente liberal Carlos Lleras Restrepo, que luego sería presidente en el periodo 1966-1970, propuso la iniciativa de crear una asociación de campesinos usuarios de la reforma agraria, aprobada en 1961. Ésta se discutió en los gremios y las instituciones encargadas de los asuntos agrarios del Estado. En 1967 el gobierno le encargó al ministerio de agricultura establecer un censo de los beneficiarios de la reforma y entregarles una constancia. Para el siguiente año se habían censado 600,000 y 4,500 funcionarios fueron dedicados a constituir la organización planteada en los niveles locales, departamentales y nacionales.<sup>534</sup>

Las organizaciones campesinas formadas a lo largo de las tres décadas anteriores, en un primer momento fueron cautelosas en asimilar la propuesta, pero en el transcurso de su implementación, se inició una nueva dinámica de movilización campesina reivindicando su propia concepción en torno al problema de la tierra. El gobierno no pudo controlar institucionalmente el movimiento campesino, contrario a sus presupuestos, la organización que había creado, la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), se convirtió en la fomentadora de las ocupaciones y recuperaciones de tierra en todo el país.<sup>535</sup> Tal hecho despertó una gran discusión

<sup>534</sup> Gilhodes, Pierre, *La cuestión agraria en Colombia 1958-1985*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 354.

<sup>535</sup> En el artículo de Gilhodes se describe esta situación de la siguiente manera: “En octubre de 1970 se produjeron ocupaciones de tierra por todo lo ancho de la geografía del país, como en Guamo (Tolima), en Manatí (Atlántico) y también en el Huila, Meta, Valle

nacional, promovida por los gremios donde los grandes propietarios asumieron una actividad de presión al gobierno para que detuviera dichas acciones y replanteara la legislación agraria. Lo anterior concluirá en una legislación de reforma agraria recortada, en represión y en la división del movimiento campesino.

En la dinámica anterior los pueblos indígenas participaron activamente. En el departamento del Cauca, escenario de la resistencia indígena dirigida por Quintín Lame, se vivió un proceso de discusión, al interior de los cabildos indígenas, sobre su presencia en el movimiento campesino, concluyendo muchas de sus autoridades tradicionales en la necesidad de establecer organizaciones propias que promocionaran autónomamente sus reivindicaciones. El 24 de febrero de 1971 se inicia el proceso de formación de la primera organización de los pueblos indígenas, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC). A mediados de dicho año se estableció el primer Comité Ejecutivo de la organización aprobándose una plataforma de siete puntos: “recuperar las tierras de los resguardos; ampliar los resguardos; fortalecer la autoridad de los cabildos; abolir el pago de terrajes; hacer conocer la legislación sobre los indígenas y exigir su justa aplicación; defender la historia, la lengua y las costumbres indígenas; formar profesores indígenas que enseñen de acuerdo con la situación de los indígenas y sus lenguas respectivas”.<sup>536</sup>

A pesar de este evento el CRIC continuó siendo parte de la ANUC hasta 1977. Durante esos años se estructuró el marco de conceptos políticos que les permitiría apartarse orgánicamente de la organización campesina. La idea que los indígenas necesitaban sus propias organizaciones se fue posicionando al interior de la organización nacional campesina y en el tercer congreso nacional de la ANUC, celebrado en agosto de 1974, una de sus conclusiones exponía que en “el futuro habrá que llegarse a una organización indígena a escala nacional que, dentro del seno de la ANUC, oriente las acciones de este sector específico” puntualizando, “que no queremos

y Cauca. Se produjeron conflictos en la Sabana de Ubate en torno a la laguna de Fuquene. Una de las características de estas ocupaciones, con las que tuvieron lugar en febrero y octubre de 1971, fue afectar propiedades de personalidades muy conocidas, políticos, obispos y hasta una del propio ministro de agricultura”. *Ibidem*, p. 357.

<sup>536</sup> Consejo Regional Indígena del Cauca, *¿Cómo nos organizamos?*, Cartilla del CRIC núm. 1, Popayán, Cauca, febrero de 1973, p. 25, citado en *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, Barre, Marie-Chantal, 3a. ed., Bogotá, Editorial Siglo XXI, 1988.

llegar a una unificación forzada desde arriba que desconozca las grandes diferencias entre los distintos grupos tribus y hasta naciones”.<sup>537</sup>

Al interior de la ANUC los conflictos entre las concepciones en torno a cómo debía concebirse y desarrollarse una organización indígena se profundizaron, hasta que llegó el momento en que se produjo un rompimiento entre dirigentes campesinos e indígenas. Una de las hipótesis que se ha ventilado en cuanto a las causas de este rompimiento las expone Marie-Chanta Barre, afirmando:

El intento por parte de la ANUC de hacer desaparecer el movimiento indio en cuanto tal englobándole en un partido político, la Organización Revolucionaria del Pueblo (ORP). Según el CRIC, la ORP no respondería a los intereses de los pobres del campo y su plataforma no guardaría relación alguna con las luchas campesinas, tal y como han ido desarrollándose; acusa también a la ANUC de actitud conciliadora hacia los planes del gobierno, lo que explica de muchos campesinos ricos en la asociación. Ante la manipulación del movimiento indio por parte de la ANUC; el CRIC prefiere retirarse: “Mientras la ANUC como organización gremial representó los intereses del campesinado, nuestra organización participó en ella, pero a partir de este IV congreso se ha convertido en una organización política, y consideramos que nuestros intereses como indígenas-campesinos no están allí representados”.<sup>538</sup>

Otras hipótesis que se plantean sobre la coyuntura que permitió la constitución de la primera organización indígena en el país, se centran en los continuos enfrentamientos que tenían diferentes grupos de izquierda, que trataban de orientar el movimiento campesino e indígena en ese momento histórico. Un sector radical constituyó la Organización Revolucionaria del Pueblo (ORP), iniciativa que no fue del agrado de otros grupos de influencia maoísta, lo que produjo un rompimiento. Adicionalmente, durante el proceso de formación de la ANUC se habían constituido liderazgos propiamente indígenas, que disputaban su espacio propio y que estaban siendo influenciados por investigadores sociales que trabajaban en ese mo-

<sup>537</sup> Chantal-Barre, Marie, *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, 3a. ed., Bogotá, Siglo XXI, 1988, p. 141.

<sup>538</sup> *Ibidem*, p. 142.

mento con las comunidades indígenas.<sup>539</sup> Pierre Gilhodes nos describe su punto de vista al respecto de la siguiente forma: “El CRIC era el heredero de una vieja tradición de lucha de paeces y guambianos que simbolizan los nombres de Manuel Quintín Lame y José Gonzalo Sánchez y participó en la coyuntura favorable de los años 1970-1971. Se vinculó a la ANUC, pero muy pronto entró en conflicto cuando ella le quiso imponer un secretario indígena que no reconoció el CRIC, deseoso de mantener su autonomía y sus fines propios”.<sup>540</sup>

La conclusión fue la constitución de una organización indígena regional, que inició la ejecución de un plan para el establecimiento de una organización nacional. Sin embargo, las dos tradiciones surgidas en el movimiento indígena desde los años 20, cuando Quintín Lame promueve una movilización indígena propia tendiente a crear una República Chiquita al margen de la República de los blancos, más enfocada a los problemas específicos de las comunidades indígenas y José Gonzalo Sánchez. Eutiquio Timote y César Niño que construyen un discurso enfocado a hacer una explicación de la realidad del indio, desde la visión de las luchas generales del pueblo y desde la izquierda reaparece. De hecho, los dirigentes del CRIC, que cuestionaron las iniciativas de los creadores de la ORP en cuanto era un intento de desaparecer al movimiento indígena englobándole en un partido político, en las conclusiones de su V congreso en marzo de 1978 prescribían que, era necesario establecer lazos con los obreros y campesinos, de manera que podamos fortalecer la lucha por la tierra.

Las diferencias entre las dos tendencias se relacionan fundamentalmente con las metodologías propuestas para organizar las actividades del movimiento indígena. La primera, sin descartar conexiones con lo político —de hecho el mismo Quintín Lame tuvo relaciones con los partidos tradicionales Liberal y Conservador— hace más énfasis en el posicionamiento de la propuesta indígena autónomamente y enfocando sus esfuerzos a las propias reivindicaciones. La segunda plantea que existen reivindicaciones indígenas, pero éstas tienen que apoyarse en procesos generales de lucha de sectores marginados o explotados por el sistema político y económico.

Si la segunda tendencia está reflejada en las propuestas que se aprobaron en el IV congreso del CRIC de 1978, la primera se va estructurando

<sup>539</sup> Dicha perspectiva fue recogida en entrevistas realizadas en 1994 con Anatolio Quira veterano dirigente del CRIC.

<sup>540</sup> Gilhodes, Pierre, *op. cit.*, nota 534, p. 363.

como opción orgánica producto de las disidencias presentadas en dicho congreso. Un documento de las organizaciones indígenas lo narra de la siguiente forma ante “esas decisiones. Guambianos y paeces del sur occidente del Cauca, distanciados del CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca), realizan en 1978 la primera asamblea del pueblo guambiano, reivindican su autonomía como pueblo, el derecho mayor, propio y originario, el trabajo comunitario y proclaman el manifiesto “ibe namuyguen y nimmereay” (esto es nuestro y para ustedes también). En rechazo a la violencia realizan la primera marcha de gobernadores indígenas en 1980. En 1983 recuperan la hacienda Las Mercedes. En 1987 realizan la segunda marcha. Junto con los cabildos Pastos de Panam y Muellamues, crearon el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia”.<sup>541</sup>

Las decisiones tomadas por los líderes indígenas del Cauca, fueron seguidas en otros sectores del país. En un segundo momento se constituye el Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT), conformado por indígenas pijaos y coyaimas, el cual realiza su primer congreso en 1980. Marie-Chantal Barre lo narra de esta manera en el momento que realizaba su tesis de doctorado en dicho periodo:

La organización india de Colombia se desarrolla también en otras regiones: Consejo Regional Indígena del Vaupes (CRIVA); Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT); Consejo Regional Arhuaco (que representa los grupos arhuacos y malayos de la Sierra Nevada). El UNUMA (reagrupa los guahibos del este de Colombia, del Meta y del Vichada) celebró su tercer congreso en Surruruba, en mayo de 1980 los delegados condenaron unánimemente el Estatuto del Indígena e insistieron en la necesidad de defender la Ley 89 de 1890 que reconoce la autoridad de los cabildos. El UNDICH (Unión de Comunidades del Departamento del Choco), etcétera.<sup>542</sup>

Habiéndose consolidado algunas organizaciones en el orden departamental y regional, se inició una coordinación de acciones para presionar en el sistema político el replanteamiento de sus políticas hacia los pueblos indígenas. Durante el periodo de estructuración de las organizacio-

<sup>541</sup> Etnias de Colombia, *Organizaciones*, en la página web de las organizaciones indígenas de Colombia, [http://www.etniasdecolombia.org/organiza\\_nal\\_aico.asp](http://www.etniasdecolombia.org/organiza_nal_aico.asp). consulta realizada el 24 de mayo de 2004.

<sup>542</sup> Chantal-Barre, Marie, *op. cit.*, nota 537, pp. 144 y 145.

nes indígenas, el ambiente político fue de represión contra los líderes y contra las acciones de recuperación de tierras que se orientaron en los diversos sitios de influencia. Con el objetivo de llegar a niveles de coordinación nacional se realizó en el sur del Tolima, el Primer Encuentro Nacional Indígena en octubre de 1980, al que asistieron más de 300 delegados de todo el país, sus conclusiones fueron las siguientes: “defender la Ley 89 de 1890 sobre reglamentación de tierras pertenecientes a la comunidad, denunciar la acción de las instituciones oficiales, en especial la acción del Instituto Lingüístico de Verano; conservar la cultura y defender la tierra dos condiciones imprescindibles para la supervivencia de las comunidades”.<sup>543</sup>

Fundamentado en el anterior proceso se convoca para febrero de 1982 el primer Congreso Indígena Nacional de Colombia, cuya principal conclusión fue la constitución de la Organización Indígena de Colombia (ONIC). En tal evento estuvieron presentes 2,500 delegados de los pueblos indígenas de Colombia, unos enviados por sus propias autoridades y los otros representando las organizaciones regionales y departamentales existentes. Se destaca en este evento la presencia de representantes de organizaciones no gubernamentales internacionales.

Con este evento se consolida el proceso, que se inició en 1971 con la conformación del CRIC, de organizar una estructura que representara el movimiento indígena en el país, con independencia y autonomía de las realidades organizadas obrera y campesina. El programa que reúne nacionalmente a los pueblos indígenas del país es plasmado en los siguientes puntos:

Defensa de la autonomía indígena. Defensa de los territorios indígenas y recuperación de las tierras usurpadas, propiedad colectiva de los Resguardos. Control de los recursos naturales situados en territorios indígenas. Impulso a organizaciones económicas comunitarias. Defensa de la historia, cultura y tradiciones indígenas. Educación bilingüe y bicultural bajo el control de las autoridades indígenas. Recuperación e impulso de la medicina tradicional y exigencia de programas de salud acordes con las características sociales y culturales de las comunidades. Exigencia de la aplicación de la Ley 89 de 1890 y demás disposiciones favorables a los indígenas. Soli-

<sup>543</sup> *Ibidem*, p. 145.

daridad con las luchas de otros sectores. Aplicación de las conclusiones de los congresos de la organización.<sup>544</sup>

Teniendo como referente lo anterior la organización ha realizado hasta el presente cinco congresos y mantiene una estructura que propende por cubrir todas las áreas, en las que los pueblos indígenas participan como sujeto social y político de orden nacional. Su máxima autoridad es el congreso nacional, que elige una junta directiva, a su vez esta elige un comité ejecutivo, quien nombra un secretario general y presidente. Se mantienen los siguientes programas: derechos humanos, educación, cultura, salud, mujer, apoyo jurídico, territorio y biodiversidad y coordinación con regionales.<sup>545</sup>

En este proceso es que se replantean las visiones legislativas que el Estado colombiano instrumentaba sobre la realidad indígena. El decreto sobre la educación bilingüe, las opiniones expresadas por el órgano encargado de asuntos indígenas en torno a las Juntas de Acción Comunal y el decreto 2001 de 1988, presentados en acápite arriba, son muestras de ello. Interesante destacar —como elemento que fortalece la idea del replanteamiento del sistema político de sus visiones en torno a los pueblos indígenas— el proyecto de ley que presentó el ministro de gobierno Germán Zea Hernández en 1981 ante el Congreso de la República “por el cual se determinan para la atención a las comunidades indígenas, se otorgan facultades extraordinarias al presidente de la República, se crea el fondo del desarrollo indígena y se dictan otras disposiciones”.<sup>546</sup>

El documento a pesar de que no fue aprobado, debido al rechazo que dentro del movimiento indígena se produjo por sus contenidos integracionistas y asimilacionistas, no deja de tener características y fundamentaciones diferentes a las de las demás decisiones legislativas tomadas en momentos anteriores. Primero, fue un intento por estructurar visión integral sobre la problemática de los pueblos indígenas y segundo, fundamenta de una forma diferente la iniciativa pues retoma los principales presu-

<sup>544</sup> Organización Indígena de Colombia (ONIC), *quiénes somos*, página web, consulta realizada el 25 de mayo de 2004.

<sup>545</sup> *Idem*.

<sup>546</sup> Organización de los Estados Americanos, Instituto Indigenista Interamericano, *Recuento histórico de la política indigenista en Colombia*, VIII Congreso Indigenista Interamericano, Mérida, Yucatán, 17 al 21 de noviembre de 1980, pp. 30-33.

puestos con que el movimiento indígena basaba sus reivindicaciones ante el Estado, la iniciativa expresa:

El Estado colombiano reconoce a la población indígena: a) El derecho a autodeterminar su desarrollo cultural, político, social y económico y a que se propicie, se respete y se haga respetar dicho desarrollo; b) La legitimidad para todo los efectos jurídicos, de autoridades tradicionales y de su forma de organización política y social; c) El derecho de propiedad sobre los territorios tradicionalmente ocupados conforme a sus normas, usos y costumbres...; d) La validez de las normas que tradicionalmente regulan la vida de la comunidad y de los órganos encargados de su aplicación, de conformidad con la competencia que determine la ley; e) El derecho a conservar, defender, incrementar y difundir su patrimonio cultural y artístico, así como a conservar su acervo arqueológico; f) El derecho de sus miembros a aceptar o no, en tiempos de paz, el servicio militar.<sup>547</sup>

Fundamentado en estos criterios se pensaba establecer un Estatuto que rigiera todas las dimensiones institucionales y sociales de los pueblos indígenas, por supuesto orientado por criterios asimilacionistas e integracionistas, críticas incluso por el VIII Congreso Indigenista donde se presentó.

El movimiento indígena continuó su desarrollo. En la coyuntura de la Asamblea Nacional Constituyente, en 1991 hizo presencia con tres delegados: Lorenzo Muelas, surgido del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia; Francisco Rojas Berry, líder indígena con relaciones con la ONIC, y Alfonso Peña Chepe, comandante del Movimiento Pro Indigenista Quintín Lame, experiencia guerrillera desarrollada en los departamentos del Cauca y del Tolima en los años ochenta, que realizó un acuerdo de paz con el gobierno nacional en 1991 y se integró a la Constituyente.<sup>548</sup>

En los últimos años el Movimiento de Autoridades Indígenas ha mantenido su presencia nacional, pues desde 1991 hasta el día de hoy ha ubicado líderes en el Congreso de la República, tanto en la cámara como en el senado. Grupos surgidos de la experiencia organizativa de la ONIC han vivido la misma experiencia a través de la Alianza Social Indígena, movimiento político conformado desde 1991. Otras experiencias las han vivido

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>548</sup> La participación de estos líderes en la Constituyente la evaluaremos en el siguiente apartado.

dirigentes indígenas no afiliados a los anteriores movimientos, como es el caso del Movimiento Indígena de Colombia (MIC). Resultando una permanente representación en el Congreso de los pueblos indígenas en las dos tendencias caracterizadas.

Es importante destacar que los liderazgos indígenas no sólo han hecho uso de las circunscripciones especiales de senado y cámara que la Constitución contiene; sino que muchos han realizado campañas haciendo uso de la circunscripción normal y han obtenido el apoyo ciudadano.<sup>549</sup>

Podemos decir que el escenario político y social en el que desarrollan las actividades el movimiento indígena se ha hecho complejo en la última década. El nuevo escenario político electoral en el que participa ha traído mejor posicionamiento de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, pero también las características connaturales de este campo: competencia de liderazgos, fraccionamiento producto de los intereses en juego, “rebeldía” de muchos líderes ante las orientaciones de sus organizaciones y pérdida de la identidad de los proyectos por prioridades electorales.<sup>550</sup> A la

<sup>549</sup> En un ensayo sobre el tema, publicado en la página web: *Etnias de Colombia*, se destaca: “De esta manera, en 1992 llegaron al Senado: Anatolio Quirá (ASI), Gabriel Muyuy (MIC) y Floro Tunubalá (AICO); en 1994 arribaron Gabriel Muyuy (MIC) y Lorenzo Muelas (AICO); en 1998 fueron elegidos Francisco Rojas Birry (ASI), Jesús Enrique Piñacué (ASI) y Martín Tenganá (AICO). En las recientes elecciones de marzo, fueron elegidos Francisco Rojas Birry (Visión Étnica), Jesús Piñacué (ASI), Efrén Tarapués (AICO) y Gerardo Jumi (Fuerza Independiente)”. Etnias de Colombia, *Comportamiento de la participación electoral indígena, 1998-2002*, Etnias y Política, [http://www.etniasdecolombia.org/etnias\\_politica.asp](http://www.etniasdecolombia.org/etnias_politica.asp), consulta realizada en mayo 30 de 2004.

<sup>550</sup> En ensayo citado anteriormente se describe dicha situación: “La Alianza Social Indígena por su parte, ha obtenido curules adicionales por la circunscripción nacional, aprovechando su ligación a procesos organizativos de los indígenas, a su relación con organizaciones sociales locales y al carisma y reconocimiento nacional de algunos de sus líderes. Esta situación sin embargo no ha sido un factor de cohesión de la organización, la cual fragmentó su participación en las últimas elecciones, afectando de manera notable sus posibilidades de arribo al Senado. Lo paradójico es que todos los miembros de la ASI, excepto el dirigente caucano, José Domingo Caldón, salieron electos, sólo que por la organización sólo fue elegido el líder páez, Jesús Piñacué, anotando que su participación se dio por la circunscripción nacional y con contradicciones evidentes con la línea oficial de su organización. Rojas Birry, actual senador por dicha organización, fue elegido en esta ocasión a nombre de una coalición denominada Visión Étnica. Gerardo Jumi también salió electo, pero en la lista de Navarro Wolf. Así las cosas, la Alianza Social Indígena perdió su espacio como mayor electora por la Circunscripción Especial y sus votos, igualmente dispersos para la circunscripción especial de Cámara, tampoco alcanzaron para elegir un representante, teniendo los votos para ello. Esta situación fue aprovechada por AICO, organización que si bien menos estructurada y con menos potencial político, supo

misma vez se han desarrollado las estructuras organizativas proyectadas desde 1991. Hoy la Organización Indígena de Colombia posee una estructura nacional y enfrenta retos que surgen de su mismo desarrollo.

Por supuesto como lo comentamos en los anteriores capítulos, los pueblos indígenas no sólo enfrentan un nuevo contexto nacional, el ámbito internacional ha variado fundamentalmente, a pesar de todas sus contradicciones, de forma positiva. Hoy los espacios internacionales de derechos humanos han incrementado sus relaciones con el devenir de los pueblos indígenas del país.<sup>551</sup> Evidentemente el movimiento indígena nacional continúa su presión al sistema político para que acoja sus reivindicaciones, pero esta actividad se complementa con la presión del sistema internacional y regional de los derechos humanos, a través de múltiples mecanismos, que hoy tiene una fundamentación política y jurídica definida respecto a las realidades indígenas que los Estados-nación difícilmente pueden evadir.

identificar las conflictivas derivadas de la dispersión política del movimiento indígena y avaló únicamente dos candidatos, uno para Senado y otro para Cámara, obteniendo sendas curules y las mayores votaciones en este campo". *Ibidem*, p. 2.

<sup>551</sup> La realidad los contextos y los nuevos retos que enfrenta el movimiento indígena a principios del siglo XXI son bastante complejos y merecerían una investigación específica, pues los cambios sufridos son observados como positivos o negativos dependiendo la óptica ideológica desde donde sean evaluados. Guillermo Vasco, el antropólogo radical asesor de las comunidades indígenas durante los últimos 30 años, describe la situación de la siguiente forma: "Pero si miramos más de cerca lo que ocurre, quizás la situación no esté para tanto optimismo. Este desarrollo implica que el movimiento indígena ha pasado de organizarse y dar sus luchas a nivel local, máximo a nivel regional (como en el caso del Cauca), a moverse y actuar en el plano nacional y, en consecuencia, cerca al gobierno central en Bogotá, lo que ha traído dos consecuencias principales. Una de ellas es la conformación de una elite indígena que reside en forma permanente en Bogotá y otros centros principales, como Quibdó y Medellín, la cual se va separando cada vez más del contacto con las comunidades y perdiendo el pulso de los intereses y luchas de éstas; además, esto implica un distanciarse de las condiciones propias de la vida comunitaria, bastante diferentes de aquellas que se viven en las ciudades. "Profesionales" del movimiento, estos "representantes" indígenas se van acostumbrando a estar separados del trabajo productivo y cotidiano y a depender de un sueldo, así como de las múltiples oportunidades que ofrecen los auxilios internacionales, los viajes, la cercanía y relación con los centros de poder, la burocracia oficial, etcétera, para gozar de una vida relativamente "regalada" y hasta "lujosa" en relación con aquellos en cuyo nombre actúan y reciben fondos. Sin olvidar las tentaciones de la vanidad y la corrupción, a las cuales no todos escapan. Con la actuación de estos dirigentes la lucha se ha ido debilitando y perdiendo poco a poco, para dar paso a la negociación y a la convivencia con el gobierno, a la concertación como estrategia, a la búsqueda de beneficios personales más que a la obtención de cosas que realmente favorezcan a las comunidades de base".

### 3. *Anotaciones en torno a la relación sistema judicial y pueblos indígenas en la etapa anterior a 1991*

Las estructuras de poder con las que se han relacionado los pueblos indígenas de Colombia durante el largo periodo anterior a 1991, como hemos observado en los anteriores capítulos, impusieron marcos jurídicos y políticos, que perseguían o usaban al indígena como mano de obra para el cumplimiento de sus propósitos económicos, pero protegiéndolo de los abusos, el caso del imperio español o, con los mismos propósitos, pero haciéndolo ciudadano libre e igual ante sus pares y la ley, el caso del Estado-nación liberal que se ha intentado instituir desde los momentos de la independencia.

De esta forma existieron durante este periodo diferentes instituciones jurídicas que garantizaban que los indígenas tuvieran acceso a instancias u órganos que resolvieran con legitimidad los conflictos que se les presentaran. Como es lógico, las instituciones que han existido y las visiones que intentaron llevar a la realidad estaban determinadas por el contexto histórico específico en que surgieron. Para una presentación de las relaciones de los sistemas judiciales y los pueblos indígenas en Colombia en el periodo anotado, lo dividiremos en tres partes: la primera los tiempos del imperio español, la segunda de la independencia a 1886 y la tercera del periodo de la regeneración hasta 1991.

#### *A. El sistema judicial y los pueblos indígenas durante los dominios del imperio español*

El imperio español estableció criterios definidos para permitir el acceso a la justicia a los indígenas. Desde un primer momento no impuso directamente un aparato que funcionara como instancia dirimidora de los conflictos surgidos al interior de las propias comunidades, ni creó un cuerpo de derechos específicos para que fueran seguidos por los indígenas, se limitó a prescribir en 1542: “En los conflictos entre indígenas se aplicarían sus propios usos y costumbres, siempre que no resulten claramente injustos”.<sup>552</sup>

<sup>552</sup> Perafan Simons, Carlos César *et al.*, *Sistemas jurídicos tukano, chami, guambiano y sikuano*, Bogotá, Colciencias-ICAN, 1995, p. 17.

Adicionalmente, producto de la discusión y las quejas presentadas por Bartolomé de las Casas y otros frailes ante la corona española, por el trato no cristiano que estaban recibiendo los pueblos indígenas por parte de los conquistadores, se establecieron preceptos que buscaban garantizar que las autoridades representantes de la corona española le dieran un buen tratamiento a los indios. La legislación indiana preceptuó responsabilidades de todas las autoridades relacionadas con los nuevos territorios para la protección de los indígenas. En un análisis realizado sobre estos aspectos por el mexicano Darío Cruz Ramírez comenta:

Los virreyes, presidentes y audiencias tenían también la obligación de velar por los indios habiéndose mandado que “tuvieran el cuidado de mirar por ellos, y dar las órdenes convenientes, para que sean amparados y favorecidos y sobrellevados, por lo que deseamos que se remedien los daños que padecieren y vivan sin molestia ni vejación quedando esto de una vez asentado y teniendo muy presente las leyes de esta recopilación que les favorecen, amparan y defienden de cualquier agravio, y que las guarden, y hagan guardar muy puntualmente, castigando, con particular demostración a los trasgresores” (23). Por lo que respecta a esta obligación de las Audiencias más claramente habla la Ley LXXXIII, Lib. II, Tít. XV, Recop. “Porque una de las cosas más principales en que nuestra Audiencia de las Indias han de servirnos, es tener muy especial cuidado del buen tratamiento de los indios, y su conservación” debiendo estar informadas de los excesos que se cometieran cuidando de los pleitos entre los indios o con ellos no se hicieran procesos ordinarios.<sup>553</sup>

Indiscutiblemente no se va plantear en este trabajo que la legislación protectora indiana que organizó la relación de los representantes de imperio español con los pueblos indígenas fue eficaz. La historia ha indicado que las necesidades de la empresa colonizadora se impusieron ante la voluntad expresada por los órganos elaboradores de tal legislación desde la metrópoli.

Pero es innegable la sensibilidad con que los monarcas y legisladores españoles recibieron las informaciones sobre la situación de los pueblos

<sup>553</sup> Cruz Ramírez, Darío, *Hacia una legislación tutelar para las clases indígenas de México*, México, Primer Congreso Indigenista Interamericano, Departamento de Asuntos Indígenas, 1940, p. 23.

indígenas, permitiendo elaborar un esquema legislativo que propendiera por su protección.<sup>554</sup> El autor citado nos informa que en dicha legislación se prescribía la existencia de intérpretes en las audiencias, juzgados y villas, que tenían como función encargarse de hacer explícitas ante los respectivos órganos cuestiones judiciales y extrajudiciales, atinentes a los indígenas cuando éstos no sabían hablar la lengua castellana “siendo requisito que dichos intérpretes reunieran las partes y cualidades” que para su encargo se requerían, debiendo obtener “examen, voto y aprobación de todo el cabildo o comunidad de indios y una vez nombrado no pueda ser removido sin causa”.<sup>555</sup>

Interesante es observar que producto de esta vocación protectora de la legislación se diseñó el Resguardo, institución surgida a finales del siglo XVI (1591). El poder español reconoció la propiedad colectiva de espacios específicos a los pueblos indígenas, para que se mantuvieran bajo el cuidado de autoridades civiles y eclesiásticas. Las comunidades pagarían por esto tributo. Esta institución diseñada para segregar al indígena se constituyó en la institución que mantuvo cohesionada la comunidad durante los tres siglos de dominio español y en el referente de identidad durante toda la República.<sup>556</sup>

### B. *El sistema judicial y los pueblos indígenas del momento de la independencia a 1886*

Definitivamente, como se analizó en acápite anteriores, durante este periodo las nuevas elites se consagran a construir los referentes políticos y

<sup>554</sup> Como se comentó en el tercer capítulo, misioneros católicos cuyo más connotado ejemplo fue Bartolomé de las Casas, presentaron ante las autoridades imperiales profundos alegatos donde mostraban patéticamente la mala condición en que sus representantes en América mantenían a los pueblos indígenas. De hecho el documento presentado por el padre De las Casas en 1552 se presenta en forma de demanda e iba dirigido fundamentalmente a influir en las decisiones que sobre los pueblos indígenas tomaran los legisladores.

<sup>555</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>556</sup> Como lo vimos en los apartados anteriores el Resguardo se constituyó en la institución a destruir en el periodo republicano, pues contradecía los principios básicos de la doctrina liberal. Beatriz Eugenia Sánchez, comenta en referencia a la aparición en el periodo colonial de esta institución que: “De esta manera se producía una burbuja protectora que pretendía separar a los indígenas del mundo externo. Paradójicamente, al asegurar la conservación de la tierra a las comunidades indígenas, estos grupos pudieron preservar su identidad, readecuando sus expresiones culturales y resistiéndose a la dominación de manera soterrada”. Sánchez, Beatriz, Eugenia, *op. cit.*, nota 4, p. 57.

jurídicos, para que la institucionalidad cumpliera con los requerimientos que se les exigía a los Estados que se pretendían modernos. Vale decir, su obsesión fue crear las condiciones para que existieran sujetos individuales, relacionados con el aparato estatal en tanto ciudadanos. El Estado sólo debía garantizar sus derechos fundamentales, la igualdad ante la ley y la propiedad. Estos nuevos referentes replantearon las estrategias para constituir la sociedad y las relaciones entre las diferentes estructuras socioculturales existentes.

De allí que toda la legislación republicana se convirtió en un instrumento para “luchar contra la comunidad indígena”.<sup>557</sup> El nuevo ideario político no toleraba la existencia de estructuras socioculturales que se presentaran como colectivos. Los estrategias políticos y jurídicos del nuevo modelo de institucionalidad y de sociedad vieron los resguardos como el mecanismo que sostiene este tipo de proyectos de sociedad. De allí que toda la legislación hacia los pueblos indígenas producida en este periodo tuvo el objetivo fundamental de desaparecerlos y convertir a los indígenas en propietarios individuales de una porción de dicho espacio. El propósito no fue crear leyes especiales que protegieran al indígena de las decisiones de las elites, fue el de universalizar la ley, como instrumento para igualar a todos los ciudadanos. Hacer realidad el Estado liberal, paradigma en ese momento histórico fue una obsesión que se vivió durante este lapso.<sup>558</sup>

Por lo anterior no existen de este periodo sino registros acerca de las diferentes iniciativas legislativas de los diferentes gobiernos, para lograr desaparecer a las comunidades indígenas. El acceso a la justicia que se había diseñado en el periodo colonial en tanto formación de derechos y reconocimiento de sus propias jurisdicciones fue eliminado. Para los ciudadanos de la Nueva Granada, de los Estados Unidos de Colombia, o de los nueve estados federales, sólo existieron los derechos fundamentales y una sola jurisdicción, que dirimía los problemas que surgían de su disfrute o de su violación.

<sup>557</sup> García, Antonio, *op. cit.*, nota 23, p. 12.

<sup>558</sup> Antonio García resume este momento de la siguiente forma: “Toda la filosofía liberal del derecho se resume en el principio de que sólo debe gobernarse por medio de leyes generales. De allí el que las tendencias universalistas sean más radicales en las épocas de predominio del liberalismo federalista: en la Constitución de 1863, lo mismo que luego en las Constituciones de todos los Estados, se consagra el principio de que la propiedad raíz no puede existir, sino como libremente enajenable y divisible a voluntad del propietario y conforme a las normas del derecho común”. *Ibidem*, p. 16.

Las características políticas del periodo indican que el sistema jurídico universal constituido en diferentes momentos, logró ser eficaz en espacios muy concretos de la República. La continua legislación en torno a los resguardos nos indica que la tarea de ciudadanizar a los pueblos indígenas fue ineficaz en muchos espacios. En las zonas agrestes donde existían pueblos, las decisiones del incipiente Estado-nación nunca llegaron y en las regiones como el Cauca, Nariño y Sierra Nevadas de Santa Marta donde existían demográficamente poblaciones indígenas numerosas, éstos resistieron permanentemente el intento. Sólo en regiones como Cundinamarca y Boyacá se lograron los propósitos y se destruyeron comunidades y resguardos.<sup>559</sup>

### C. *El sistema judicial colombiano y los pueblos indígenas desde la Constitución de 1886 hasta 1991*

En la ejecución de la Constitución centralista de 1886 la Ley 57 de 1887 estipuló la unificación de la legislación nacional y la Ley 153 declaró abolida la legislación de los antiguos Estados. Para complementar, el mismo año se firmó el Concordato con la Iglesia católica, reviviéndose el trabajo de misiones en las comunidades indígenas, con la pretensión de integrarlas a la vida civilizada. La calidad de universal y general de la Ley se mantuvo, pero el nuevo régimen estableció una metodología diferente a los radicales liberales para el tratamiento de los salvajes consistente en retomar la experiencia evangelizadora e integradora que durante el tiempo de la Colonia se había acumulado.<sup>560</sup>

<sup>559</sup> Jorge Villegas y Antonio Restrepo en su investigación, analizan: “El número de resguardos fue considerable, especialmente en las regiones donde era más numerosa la población indígena y con más desarrollo cultural en el momento de la conquista (Cundinamarca, Boyacá, Cauca y Nariño). El resguardo fue perdiendo fuerza, especialmente en las zonas como Cundinamarca y Boyacá. Las causas son varias: la presión de los terratenientes blancos sobre las tierras de los indígenas, va forzando su repartición, la disminución de la población a causa de la rudeza del trabajo en las minas y haciendas, la deserción de los indígenas, etcétera. De otra parte, la aguda escasez de mano de obra, fuerza a los terratenientes a buscar formas de asentar definitivamente trabajadores en sus tierras”. Villegas, Jorge y Restrepo, Antonio, *Resguardos indígenas 1820-1890*, Medellín, Centro de Investigaciones Económicas, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Antioquia, 1977, p. 3.

<sup>560</sup> En esta coyuntura asumió la dirección del Estado y del gobierno la visión más conservadora de la elite política colombiana de ese entonces, que en el fondo redundó en

La aprobación de la Ley 89 de 1890 es la concreción de toda esta nueva visión. Como conocemos esta norma fue concebida como temporal, pues se preveía que sería un régimen de transición, de 50 años, que permitiera la asimilación de los pueblos indígenas. Con ella se recuperó la figura del resguardo y se clasificaba a los indígenas en tres categorías: salvajes que debían ser reducidos por medio de la acción de los misioneros católicos; los semisalvajes, aquellos que por medio de misiones se encontraban en proceso de civilización, para ellos debía concertarse un régimen especial concertado entre el gobierno y las autoridades eclesiásticas y los indígenas civilizados quienes estaban sujetos a la Ley 89.

Para el Estado el mundo indígena colombiano siempre se ha dividido en dos conjuntos claramente diferenciados: los que viven en la zona andina, que han construido una relación y comunicación con la dinámica social y cultural nacional, conectados de diferentes formas con los circuitos económicos generados desde los centros urbanos; éstos entrarían entre los indígenas civilizados, protegidos por la Ley 89. “El otro conjunto es el de los selvícolas, nómadas y seminómadas, pobladores de la Orinoquía colombiana, las selvas de la Amazonia, Costa Pacífica, regiones del Perija y Catatumbo, recolectores y cazadores, practicantes de una economía netamente de subsistencia y que su presencia en estas áreas marginales no representa al igual que los grupos andinos un freno al desarrollo de determinadas zonas”.<sup>561</sup> En este conjunto se ubican los indígenas catalogados por la ley como salvajes y semisalvajes, que eran el centro de la atención de las misiones.

Como se observó en el análisis realizado sobre la Ley 89 de 1890, sus dos primeros artículos excluyen a los indígenas salvajes y semisalvajes del orde-

beneficio de los pueblos indígenas, como se ha mostrado a lo largo de este capítulo. En la segunda mitad del siglo XIX los liberales asumieron la posición radical de “asimilar rápidamente la comunidad indígena, ya que su forma de organización social era contraria al completo desarrollo del individuo y al progreso. La disolución de los resguardos, incorporando estas tierras al mercado y la producción y el mestizaje acelerado constituían los caminos más efectivos para tal fin. Los conservadores por su parte consideraban que el indio debía mantenerse separado. La iglesia era la llamada a “suavizar” las costumbres de los salvajes por medio de la evangelización. El mestizaje debía ser prudente, a la vez que debía propiciarse la migración de origen europeo con miras a limpiar al país de su “mancha indígena”. Sánchez, Beatriz Eugenia, *op. cit.*, nota 4, p. 16.

<sup>561</sup> Organización de Estados Americanos, Instituto Indigenista Interamericano, *Recuento histórico de la política indigenista en Colombia, Informe Nacional*, VIII Congreso Indigenista Interamericano, Mérida, Yucatán, 1980, p. 21.

namiento jurídico general y le otorga a la iglesia católica por medio del convenio de misiones las facultades de gobierno y juzgamiento del Estado.<sup>562</sup> Como desarrollo de esta normatividad es aprobada en 1892 la Ley 72 que prescribe en el artículo segundo: “El gobierno podrá delegar a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales, hasta que saliendo del estado salvaje, a juicio del Poder Ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por ellas”.<sup>563</sup>

La actividad misionera fue intensa entre los años 1893 y 1911. Estuvo a cargo de los padres agustinos recoletos, redentoristas, capuchinos y javerianos. Éstos establecieron el Vicariato de Casanare, Sibundoy, Quibdo y Arauca. A partir de 1924 las misiones Vicentinas y Carmelitas incursionaron en Tierradentro y Tumaco. En los años cincuenta se crearon los vicariatos de San Jorge, Florencia, Sibundoy, Quibdó, Istmina, Buenaventura, Río Hacha, San Andrés y Providencia, las prefecturas de Mitu, Leticia, Guapi, Vichada. La actividad es desarrollada por Capuchinos, Laverianos, Consolatas, Montfortinos y Salesianos.<sup>564</sup>

Desde la década de 1960 sus actividades empiezan a tener competencia, debido a que diversas misiones evangélicas inician sus actividades en el país, coordinadas con el Instituto Lingüístico de Verano (ILV).<sup>565</sup> Las actividades de todos empiezan a ser controladas y evaluadas por las organizaciones indígenas que surgieron desde 1970 y se difundieron por todo el territorio nacional.

Los misioneros entonces se convirtieron a través de un acto *sui generis* por parte del Estado colombiano, en los legisladores y en jueces de numerosos grupos de pueblos indígenas, pero estudios realizados han concluido que a los misioneros, aunque era su pretensión, les fue imposible realizar actividades en la mayoría de pueblos indígenas. Adicionalmente los res-

<sup>562</sup> La Ley 89 de 1890 dispone: “La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones” y el artículo dos señala: “Las comunidades indígenas reducidas a la vida civil pero que viven en resguardos tampoco se regirán por las leyes generales y en tal virtud se gobernarán por disposiciones especiales”.

<sup>563</sup> Benítez, Hernán Darío, *El tratamiento jurídico penal del indígena colombiano*, Bogotá, Temis, 1988, p. 17.

<sup>564</sup> González, Fernán, *Partidos políticos y poder eclesiástico*, Bogotá, Cinep, 1977.

<sup>565</sup> La labor del ILV en Colombia empezó en 1962 cuando se firmó un convenio de cooperación durante la presidencia del doctor Alberto Lleras Camargo (1958-1962).

guardos no fueron la institución más difundida como forma de propiedad de la tierra.<sup>566</sup> Así las cosas, durante el periodo evaluado, los pueblos indígenas fueron sometidos a los imperativos que el Estado-liberal moderno aplica para hacer realidad sus normas: la característica de la generalidad de la ley, la igualdad ante ella y la presunción que establece que se presume conocida por todos los ciudadanos.<sup>567</sup>

Partiendo de lo anterior el indígena quedó frente al Estado como un ciudadano más. Nunca le fueron reconocidas sus cualidades étnicas y socio-culturales diferentes. Le fueron aplicadas las legislaciones de todas las características: laboral, civil, agraria, familiar y administrativa. No existe un registro de casos donde se haya presentado una controversia en estos aspectos, que los diferentes investigadores destaquen como motivo para una reflexión. Ni siquiera pronunciamientos de las altas Cortes sobre el tema.

En el campo donde existieron controversias doctrinales y jurisprudenciales fue en materia penal, pues estos códigos durante el siglo XX, siguiendo principios universales en esta materia, proscribieron la responsa-

<sup>566</sup> Las investigaciones de Roque Roldán Ortega sobre población y extensión territorial de los resguardos indican objetivamente esta realidad. La idea es reiterada en su reciente trabajo presentado en el Taller Regional Sobre Políticas de Tierras, realizado en Pachuca en 2002, titulado: *Derechos de los pueblos y las comunidades indígenas a la Tierra: Aspectos legales e institucionales*. La monografía *Pueblos indígenas en el umbral del Nuevo Milenio: población, cultura y territorio: Bases para el fortalecimiento social y económico de las comunidades indígenas*, DNP, 2002. financiada por el Departamento Nacional de Plantación, reafirma dicha premisa. Sólo en los 20 años ha cambiado la situación, pero ya con nuevas realidades jurídicas nacionales internacionales. La idea es avalada también por Beatriz Eugenia Sánchez, cuando plantea en su trabajo: “Las comunidades indígenas que no eran objeto de misioneros y que no estaban ubicadas dentro de un resguardo (la mayoría) quedaron sometidas a la jurisdicción nacional”. Sánchez, Beatriz Eugenia, *op. cit.*, nota 4, p. 65.

<sup>567</sup> “Si bien hay que reconocer fluctuaciones y cambios de orientación, pocos por cierto, dentro de la política indigenista del gobierno colombiano desde la independencia hasta nuestros días, también hay que dejar en claro que la constante de los sucesivos gobiernos a través de la historia republicana ha sido la asimilación del indígena a la ‘civilización’, sustentada en el principio de igualdad ante la ley, que en el fondo encubre los verdaderos fines políticos y económicos perseguidos, a saber: la explotación del indígena (que ha sido y sigue siendo mano de obra barata, cuando no gratuita) y la desposesión paulatina de sus terrenos (en efecto, la casi totalidad de la legislación que se encamina a ‘solucionar’ problemas agrarios, pretende lograrlo a costa de la división y abolición de sus resguardos y reservaciones, y si ello no ha podido llevarse a cabo se debe, sin duda, a la oposición que han ofrecido los mismos indígenas”, Benítez, Hernán Darío, *op. cit.*, nota 563, p. 106.

bilidad objetiva. Es decir al acusado para ser declarado responsable se le debía realizar un juicio durante el cual el juez debe realizar un examen en torno a las tres dimensiones del tipo penal: tipicidad, imputabilidad y culpabilidad. De hecho lo que se intentó reflejar con tales preceptos fue las ideas liberales en lo atinente a la libertad del ciudadano y a la facultad del Estado de mantener el monopolio de la represión penal de las conductas contrarias a los valores esenciales protegidos por el sistema político y económico.

La estructura judicial del país fue receptáculo de todas las doctrinas que circularon durante ese periodo en el mundo respecto a los indígenas y el sistema penal. El profesor Luis Díaz Müller nos presenta una clasificación sobre las doctrinas penales que existían durante el siglo XX respecto a esta temática, clasificándolas en dos grandes corrientes:

a) En primer lugar, lo que llamaríamos el criterio de la igualdad formal ante la ley, sostenida por los juristas mexicanos, que señalan que “debe ser mantenido a toda costa el principio de que la ley penal rige en forma igual para todos los individuos”. b) El criterio de la diversidad legal, esa opinión sostiene que “el indígena vive en América al margen de las actividades sociales y políticas, no ejercita los derechos que las leyes conceden a todos los ciudadanos y ni siquiera habla el mismo idioma oficial, ni lo comprende; su posición es muy distinta a la del blanco y el mestizo; no participa en los beneficios de la civilización; es un inadaptado a todos los artificios de la sociedad actual; porque adolece de una timidez congénita y una tristeza absoluta inconsciente”.<sup>568</sup>

Este autor elabora una clasificación de las razones que los representantes de esta corriente plantean, para justificar un tratamiento penal diferenciado al indígena. Lógicamente todas tienen el común denominador de su antipluralismo cultural y el intentar resolver los conflictos que se presentaban con los indígenas, desde las categorías occidentales de reflexión jurídica, observando al indígena como un ser independiente de las estructuras socioculturales a que pertenece. Siempre es el indígena frente al sistema penal, abstrayéndolo de las complejas estructuras sociales a las que pertenece.

<sup>568</sup> Díaz Müller, Luis, “Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre indígenas en América Latina”, Informe al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Proyecto: Minorías y derechos humanos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, en mimeo, 1984, p. 107.

Un grupo de tratadistas planteó la naturaleza obsoleta de los códigos penales pues en su mayoría redactados en el siglo pasado e inspirados en formas de vida y concepciones filosóficas fijas del liberalismo individualista. Tesis representada por el penalista boliviano Raúl Calvimontes. El jurista Manuel López Rey sustentó su punto de vista en dos conceptos: el de igualdad y el de identidad, afirmando que el primer concepto es conocido, pero el segundo sugiere que partiendo de esa igualdad política, cada uno reciba en lo penal un tratamiento de acuerdo con su personalidad.

Luis Jiménez de Asúa, José Rafael Mendoza y Jorge Sosa Chorcin, expusieron la tesis de la inimputabilidad del indígena por razones de incapacidad. Punto de vista seguido por el brasileño Aníbal Bonno, quien afirmó: “Los salvajes no adaptados a la vida social de nuestro nivel, a las normas complejas que la regulan y a los criterios de valor de nuestros juicios, deben ser asimilados, desde el punto de vista de la imputabilidad penal a la categoría de los sordomudos, pues aunque no haya allí nada de teratológico o patológico, su situación los coloca en situación de incapacidad de entendimiento y orientación volitiva”.<sup>569</sup> El tratadista colombiano Alfonso Reyes Echandía durante la discusión del Código Penal de 1980 argumentó que los indígenas no civilizados adolecen de una inmadurez psicosocial. Una última variante está constituida por los juristas que plantean la exclusión de la responsabilidad penal del indígena por error de comprensión culturalmente condicionada,<sup>570</sup> entre cuyos principales exponentes se encuentran el venezolano José Rafael Mendoza, José Cenicerros, Sebastián Soler, Eduardo Novoa Monreal.

Jurisprudencialmente han existido diferentes posturas de la Corte Suprema, Sala penal, en relación con el tratamiento jurídico penal del indígena, relacionadas con casos que se han presentado para su evaluación, en los cuales se han acogido algunas de las doctrinas anteriores. Durante el periodo ha existido tres códigos penales el de 1890, el de 1936 y el de 1980. Sólo de los dos últimos existen registros de decisiones judiciales y jurisprudencias, que tuvieron que ver con indígenas, que permiten detectar la visión operativizada por el sistema judicial para permitir el acceso a la justicia de los indígenas en este campo.

<sup>569</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>570</sup> Esta perspectiva fue acogida por el Código Penal de Colombia aprobado por la Ley 599 de 2000 en su artículo 33, pero armonizado con los preceptos de la Constitución de 1991 sobre diversidad cultural por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2002.

De tal manera que en los siguientes análisis presentaremos las características más sobresalientes de las decisiones tomadas por la judicatura, tomando como referentes estos dos parámetros normativos.

*a. Jurisprudencias durante la vigencia del Código Penal de 1936*

En un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 23 de julio, ésta concluyó que la Ley 89 de 1890 y la Ley 72 de 1892 se encontraban vigentes. Dictaminó que para su aplicación el defensor debía probar el estado salvaje del sindicado. Es decir mantuvo la existencia de un fuero especial de juzgamiento para los indígenas. En 1950 la corporación reiteró este punto de vista al establecer “que eran los misioneros los competentes para juzgar a los aborígenes”.<sup>571</sup>

En 1970 la corporación analiza en casación el caso donde se señalaba a un indígena de darle muerte a un brujo de nombre Francisco González, en el departamento del Meta, zona donde habitan indígenas selvícolas y de llano. La petición fue presentada por la Procuraduría con el objetivo que se declarará la nulidad por incompetencia de la jurisdicción penal ordinaria. A través de su fallo la Corte revisa la jurisprudencia de 1950, considerando que el artículo segundo de la Ley 72 de 1892, no podía aplicarse por contradecir el artículo 58 de la Constitución de 1886, que había suprimido las jurisdicciones particulares. Concluyó que los indígenas carecían de normas represivas y por la misma razón de jueces competentes. La corporación acoge en esta sentencia las tesis de los penalistas que abogaban porque los problemas de responsabilidad penal de los indígenas, se resolvieran usando el criterio de inimputabilidad. Plasmando esta lógica jurídica se afirma en la sentencia: “Siendo la actividad psicofísica del agente fundamento de su responsabilidad y estando los indígenas en condiciones de desplegar una tal actividad, no puede menos que concluirse que son aptos para realizar conductas típicas y antijurídicas de las que penalmente deben responder. La tesis de que los indígenas no conviven culturalmente con los colombianos civilizados sólo sirve para destacar un interesante aspecto psicosocial que permite calificarlos de inimputables”.<sup>572</sup>

<sup>571</sup> Sánchez, Beatriz Eugenia, *op. cit.*, nota 4, p. 66.

<sup>572</sup> Díaz Müller, Luis, *op. cit.*, nota 568, p. 110.

Indiscutiblemente la implementación del criterio de la inimputabilidad le produjo una relativa protección a los indígenas, cuando se enfrentaban a procesos donde estaban condenados a perder su libertad por incomprensión del sistema jurídico. A pesar de ello reflejaba un juicio peyorativo con que la sociedad hegemónica concebía las realidades indígenas, pues el concepto de inimputabilidad en la dogmática penal, se refiere a individuos que carecen de la capacidad de comprender la ilicitud de un acto, o para determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución temporal permanente de sus capacidades intelectuales, por inmadurez mental o por alteración psicósomática. El referente que construyó el sistema jurídico penal para evaluar la responsabilidad del indígena fue el de las personas que tenían problemas mentales. El etnocentrismo fue evidente.

#### *b. Jurisprudencias durante la vigencia del Código Penal de 1980*

Este Código continúa con la misma percepción frente al indígena. Ubica en su artículo 31 el concepto de inimputable: quien en el momento de cometer el hecho legalmente descrito, no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental, esto fundamenta la única alusión que hace el estatuto a los indígenas, y es cuando se habla en el artículo 96 de otras medidas aplicables a los inimputables, señalando en el inciso tercero: “Cuando se tratare de indígenas inimputables por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”.<sup>573</sup>

Las decisiones de las diferentes instancias del sistema judicial aplicaron la visión establecida. Uno de los casos conocidos como paradigma de ésta fue el atendido por el juez quinto superior de Medellín, quien en 1981 decidió el caso de tres indígenas catios que dieron muerte a un miembro de su comunidad. El operador jurídico decretó como pruebas el peritaje psicológico y antropológico. El primero estableció que los tres poseían el cuadro clínico psicológico del retardo mental. Con fundamento en esto el funcionario decidió aplicar la medida de seguridad prescrita en el artículo 96 del Código Penal.

<sup>573</sup> Código Penal Colombiano, Decreto 100 de 1980, [http://www.justiciacriminal.cl/cp/pen\\_colombia.pdf](http://www.justiciacriminal.cl/cp/pen_colombia.pdf), consulta realizada el 3 de mayo de 2004.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de septiembre de 1984, confirmó el procedimiento y criterios prescritos por el Código Penal. En esta decisión de casación determinó que los indígenas no civilizados debían asimilarse a los inimputables, por consiguiente si cometían un delito se les seguiría el juicio de responsabilidad y se les impondría la medida de seguridad del artículo 96. El punto central probatorio en este tipo de situaciones por parte de los defensores de indígenas, era estructurar la calidad de no civilizado del imputado por medio de un peritaje psicológico o antropológico.

En este periodo se produjo un rico diálogo entre antropólogos y abogados en torno a la visión con que el Estado colombiano y en particular su sistema penal, se relacionaba con la realidad indígena. Se produjo por parte de los antropólogos y algunos juristas una crítica a los criterios etnocéntricos en que se fundamentaba el sistema penal cuando de indígenas se trataba. Las críticas se basan en que no se concebían a los indígenas como miembros de estructuras culturalmente diferenciadas de la sociedad hegemónica, y sus diferencias se observaban y explicaban como estados clínicamente o culturalmente anormales.<sup>574</sup>

Un evento que intentó sistematizar los diferentes enfoques que las disciplinas jurídicas y sociales tenían en relación con la problemática fue el Seminario Taller de Antropología Jurídica, realizado por la Universidad Nacional en agosto de 1985, donde participaron los más prestigiosos intelectuales, que trabajaban o se relacionaban con la problemática, tales como los abogados Adolfo Triana, Alfonso Salamanca Correa, Alfonso Reyes Echandía, tratadista y magistrado en ese momento de la Corte Suprema de Justicia y antropólogos como Esther Sánchez de Guzmán, Roberto Pineda y Nina de Friderman. De la lectura de las diferentes ponencias se concluye la obsesión por encontrar fórmulas que realicen un real entendimiento de la

<sup>574</sup> El jurista Hernán Darío Benítez crítica el etnocentrismo del Código de la siguiente forma: "Los miembros de las comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad psíquica o, en términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el código para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa 'retraso mental cultural'." Benítez, Hernán, *op. cit.*, nota 563, p. 119.

realidad indígena, en las dimensiones individual y colectiva por parte del sistema jurídico nacional.<sup>575</sup>

Como se observó, el movimiento indígena en este periodo apenas concluye un largo proceso de actividades, donde el tema central era cambiar la correlación de fuerzas desfavorable en el ámbito interno, respecto de sus derechos territoriales. Aunque dentro de sus reivindicaciones aparecía la exigencia para que el Estado respetara su autonomía, entendida en sus múltiples dimensiones: territorial, política y jurídica. Sólo fue en la Constituyente de 1991, donde se produjo un cambio radical del Estado en cuanto a su visión etnocéntrica con que se relacionaba con los pueblos indígenas.

En el siguiente acápite haremos la presentación de la transformación de la visión del Estado colombiano en relación con la realidad indígena en cuanto a derechos y acceso a la justicia.

### III. LA CONSTITUYENTE DE 1991 Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LAS PROPUESTAS DE LOS ACTORES POLÍTICOS PARTICIPANTES

La Constituyente de 1991 fue convocada en contextos nacionales e internacionales especiales. En el plano interno el modelo político fundamentado en el Frente Nacional se había agotado y nuevos actores y partidos exigían su replanteamiento. En el plano internacional se producían fenómenos que cambiarían la lógica que el sistema internacional había tenido: el proceso de globalización se intensificaba y en el plano económico y axiológico se posicionaban modelos que los Estados-nación debían asumir como referentes de su existencia política.<sup>576</sup>

Se puede decir entonces que el tema de los derechos de los pueblos indígenas apareció en contexto de la Asamblea Constituyente desde su conformación. Las diferentes organizaciones indígenas existentes se propusieron ubicar delegados en el organismo. Elemento a destacar es la forma como llegaron los representantes indígenas a este escenario. El constituyente Lorenzo Muelas (20,083 votos), líder del pueblo indígena guambiano, ubicado en el departamento del Cauca, recibió el apoyo fundamentalmente de

<sup>575</sup> Triana, Adolfo, “Grupos étnicos, derecho y cultura”, *Memorias del Seminario-taller de antropología jurídica*, agosto de 1985, Bogotá, Funcol, 1987.

<sup>576</sup> Los contenidos de estos procesos son explicados en extenso en los numerales 4 y 5 del capítulo primero.

votantes de las grandes ciudades como Cali y Bogotá, mayoritariamente de sectores universitarios, lo mismo ocurrió con el líder del pueblo indígena embera, Francisco Rojas Birry (25,880 votos). Desde este momento los pueblos indígenas existentes en el país iniciaron su participación electoral en la historia política nacional; presentaron candidatos propios a las corporaciones públicas de elección popular, pues en los anteriores eventos estaban vinculados a los núcleos de organizaciones sociales y políticas que predicaban el abstencionismo.

La Constituyente trabajó durante todo el primer semestre de 1991, durante el cual los partidos políticos, el gobierno nacional, las altas cortes, sectores del Congreso de ese entonces, las organizaciones sociales, las universidades, los gremios, las organizaciones no gubernamentales, los principales centros de estudios, las diferentes organizaciones indígenas, entre otros, presentaron sus propuestas y proyectos sobre el contenido de las nuevas instituciones que debían regir el ordenamiento jurídico-político colombiano.

El Partido Liberal presentó 51 proyectos de reforma constitucional, el Movimiento de Salvación Nacional (conservador) 34, la Alianza Democrática M-19 presentó 18, los conservadores independientes 7, la Unión Patriótica 4, el Partido Social Conservador 3, el Movimiento Evangélico de Colombia 3, el Movimiento Esperanza Paz y Libertad (reinsertados) 2, el Partido Revolucionario de los Trabajadores, PRT, presentó 2 y los 3 representantes indígenas presentaron sendos proyectos;<sup>577</sup> para un total de 128 proyectos emanados de las organizaciones de naturaleza política, sumados a los cientos de propuestas presentadas por otras instituciones u organizaciones sociales y comunitarias, lo que permite imaginar la compleja discusión presentada.

El debate de los derechos indígenas durante la Asamblea Nacional Constituyente vivió una evolución semejante al debate vivido en la historia jurídica nacional. En una primera etapa la percepción que se tuvo fue la que presentó el gobierno nacional y los partidos políticos herederos de la visión decimonónica monocultural (y aquí se enmarcan incluso partidos políticos considerados de izquierda y con profundas convicciones democráticas) que presentaron los derechos indígenas como instituciones

<sup>577</sup> Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, núm. 23, Bogotá, martes 19 de marzo de 1991, p. 56.

de protección a comunidades en vías de extinción o merecedoras de una protección especial, sin reconocerles como sociedades o sujetos colectivos específicos, con historia y con futuro.

La segunda etapa es donde aparecen las propuestas de los delegados indígenas, que introducen una percepción diferente, generando en los actores políticos mencionados un cambio de visión y de actitud frente al tema entre los miembros de la Constituyente. Se observa en el desarrollo de las deliberaciones, un esfuerzo por concebir un marco constitucional que contuviera los avances políticos-jurídicos logrados en el sistema internacional de derechos humanos y las ciencias sociales respecto a los pueblos indígenas y los diferentes grupos étnicos existentes en el país.<sup>578</sup>

En ese sentido ya no sólo se trató de hablar de derechos específicos, sino de principios y valores constitucionales, que protegieran e interpretaran de una forma diferente la sociedad colombiana. Se tuvo que romper con la tradición de caracterizar indirectamente a la sociedad colombiana como monocultural, a través de la estrategia retórica de presentarla como una asociación de ciudadanos. La sociedad colombiana fue caracterizada como depositaria de un mosaico de culturas, es decir como pluriétnica y pluricultural. La unidad nacional se concibió en un terreno complejo y de múltiples dimensiones, fue una unidad en la diversidad.

El reglamento de la Asamblea Constituyente contempló en su artículo 23, que existirían cinco comisiones de trabajo, las cuales se encargarían de

<sup>578</sup> El día 19 de marzo el constituyente Lorenzo Muelas, líder indígena del pueblo gambiano, realizó una intervención y finalizando impactó a los miembros de la Asamblea cuando planteó: “*Moype namuy wantrawa nimuy na maya nukucha wamindamoirum, truy wan mana mersrage, trugury napa y nimpa pegue leguimatan*, aquí y ahora hablo a ustedes en mi lengua, podría seguir hablando muy largo, pero ustedes no me entenderían. Si ustedes no me han entendido, si no me han comprendido lo que dije, eso prueba que somos diferentes. Pero estoy expresando solamente en guambiano, cuando aquí deberían estar oyéndose decenas de lenguas, más de 60, decenas de pensamientos, y formas de ver el mundo, diferentes a las de ustedes, pero también diferentes a la mía. Porque eso es Colombia es la diversidad de riqueza humana que han ignorado y quizás hay algunos que quieren seguir el mismo camino del desconocimiento de nuestra existencia. Honorables constituyentes construyamos una Colombia de acuerdo con nuestros tiempos y basada en nuestra realidad, no basta proclamar que Colombia es un país multiétnico y pluricultural: es necesario que los derechos fundamentales de los pueblos indios y de las minorías étnicas queden taxativamente plasmados en el texto de la Constitución. Después de 500 años de desconocimiento no podemos someternos al capricho interpretativo de los legisladores”, Asamblea Nacional Constituyente, “Intervención de Lorenzo Muelas, Constituyente indígena”, *Gaceta Constitucional*, núm. 19, Bogotá, 11 de marzo de 1991, p. 11.

elaborar la nueva carta política; la Comisión Primera, que trabajaría los temas en torno a los principios, derechos, deberes, garantías y libertades fundamentales. Mecanismos e instituciones de protección; participación democrática; sistema electoral; partidos políticos; estatuto de la oposición; mecanismos de reformas constitucionales. La Comisión Segunda, encargada del tema del ordenamiento territorial del Estado; autonomía regional y local. La Comisión tercera, trabajaría los tópicos de gobierno, Congreso, fuerza pública, régimen del Estado de Sitio y relaciones internacionales. La Comisión Cuarta, administración de justicia y Ministerio Público y la Comisión Quinta, que trabajó asuntos económicos, sociales y ecológicos.

Haremos una reflexión acerca de las dos etapas vividas durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente anotadas, con el propósito de caracterizar de una forma adecuada, el proceso de formación de los derechos indígenas en el referente constitucional de Colombia en 1991, enfocando nuestra atención en los proyectos integrales presentados, es decir, los que contuvieron una propuesta que ocupó la atención de las cinco comisiones existentes por los partidos políticos históricos —Liberal y Conservador— las propuestas democráticas y de izquierda y los movimientos indígenas.

Para ubicar las características de cada etapa evaluaremos como dos bloques independientes las propuestas de las organizaciones y partidos no indígenas y las indígenas, para posteriormente evaluar el resultado final en el texto constitucional aprobado.

### 1. *Las propuestas de los diferentes partidos políticos, el gobierno y los constituyentes indígenas en torno al derecho de los pueblos indígenas*

La Constituyente no fue un hecho repentino. Fue producto de un consenso político entre las principales fuerzas políticas que sustentan el sistema político colombiano. De tal manera que si bien se deseaba reformar las instituciones, tal iniciativa fue llevada cuidadosamente a su ejecución, para no romper con la tradición política-constitucional del país. Una muestra de los parámetros en que se desarrolló la discusión general de las instituciones y en particular la que se originó sobre los derechos de los pueblos indígenas, fue el primer proyecto de reforma constitucional elaborado por el delegado Jesús Pérez González Rubio, quien en su propio nombre, pero recogiendo una concepción general que se tenía de lo que debía ser una

Constitución para el país en ese momento, presentó la propuesta donde se establecían los dispositivos institucionales de un Estado liberal-democrático clásico, en el cual todas las instituciones se conciben relacionadas específicamente, con ciudadanos ejercedores de la autonomía individual. Los pueblos indígenas, y aun los indígenas, no aparecen como una categoría relevante para el modelo constitucional propuesto.<sup>579</sup>

La concepción que estuvo presente en las deliberaciones de la Asamblea fue la expuesta en la anterior propuesta. Sin embargo, en la medida en que los actores políticos fueron ubicando sus iniciativas, sin perder el horizonte de la estabilidad institucional, fueron proponiendo enfoques, principios, valores que convocan a las ideas del Estado liberal democrático, a construir nuevos enfoques para la relación del Estado y la sociedad.

Presentaremos las principales propuestas de estos actores políticos, empezando por las que realizó el gobierno de ese entonces, los principales actores políticos, tanto colectivos como individuales, y finalizaremos con las de los delegados indígenas.

#### *A. Las propuestas del gobierno nacional y los derechos de los pueblos indígenas*

El gobierno nacional presentó un documento de reforma integral por medio del Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de

<sup>579</sup> “Las grandes columnas de nuestra organización política actual son: 1. Un régimen liberal y democrático de derecho con centralización política y descentralización administrativa. 2. Un régimen presidencial con un ejecutivo que dirige la acción del Estado. 3. Un sistema de separación de poderes y de libertades políticas. 4. Un Congreso bicameral. 5. Un órgano jurisdiccional independiente. 6. Un Estado intervencionista, no creo que queramos pasar de ese régimen liberal y democrático a uno autoritario o totalitario donde haya delitos de opinión; o en el cual el poder no tenga el origen en el voto o en el que impere la arbitrariedad o la razón de Estado, como consecuencia lógica, por más esfuerzos que se hagan no será posible cambiar radicalmente de Constitución, redacción, sino sólo reformarla para recoger los movimientos que se han dado en el seno de la sociedad. No se producirá entonces un cataclismo que arrase nuestras creencias políticas basadas en la libertad y la dignidad de la persona humana, sino de una profunda reforma encaminada a una mayor autenticidad de nuestra vida democrática y una mejor organización del Estado, sobre la base no de la imposición sino del consenso democrático”. Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia núm. 1, presentado por el delegado Jesús Pérez González-Rubio”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 4, miércoles 13 de febrero de 1991, p. 2.

Colombia ante la Asamblea Nacional Constituyente, con el objetivo de ubicar para la discusión su concepción sobre cómo debía ser la nueva institucionalidad.<sup>580</sup> El documento contiene la iniciativa de incorporar en el cuerpo de la nueva Constitución, los derechos de ciudadanía y los derechos sociales, económicos, culturales y colectivos existentes en los discursos políticos y establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Un punto central de la propuesta en este tema, es que el documento ubicó la reflexión en torno a los mecanismos de protección de los derechos humanos proponiendo que se estableciera el derecho de amparo y otras instituciones que garantizaran la realización en la vida de los que denominó derechos fundamentales. En el discurso de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente el presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994) alertó que su iniciativa contendría *el derecho de amparo, el recurso de queja, la cuestión de inconstitucionalidad*: “Toda una jurisdicción constitucional especial y un defensor de los derechos humanos permitirán que cada persona se convierta en guardián de sus propios derechos y los defienda utilizando este nuevo conjunto de instituciones”.<sup>581</sup>

En el capítulo II del documento denominado De los Derechos Fundamentales, el gobierno propuso que el artículo 39 de la anterior Constitución se reformara ubicando en su contenido los derechos de las comunidades indígenas, se sugería lo siguiente:

1. Se reconoce el carácter multiétnico de la nación colombiana.
2. El Estado garantiza a las comunidades indígenas el derecho a usar sus tierras de resguardo de acuerdo con sus prácticas tradicionales y sin menoscabo del medio ambiente, a preservar su identidad cultural, a la protección de su lengua y a adoptar autónomamente sus formas de organización interna. La ley establecerá procedimientos especiales para que las peticiones de los indígenas sean respondidas.
3. Fuera de la división general de territorio, habrá otras para que mediante un régimen especial se atiendan efectivamente los intereses de las comunidades indígenas.
4. En la adopción de las

<sup>580</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 2, presentado por el gobierno Nacional”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 5, miércoles 15 de febrero de 1991, p. 32.

<sup>581</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Palabras del señor presidente César Gaviria en la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 1, martes 5 de febrero de 1991, p. 4.

decisiones que puedan afectar directamente a las comunidades indígenas, se convocaran audiencias públicas para que aquellas promuevan sus intereses, salvo cuando se trate de asuntos relacionados con la seguridad pública.<sup>582</sup>

En la parte pertinente a la ubicación de derechos, sociales, económicos y culturales, la propuesta reconoce la diversidad cultural de la nación, cuando aborda el derecho a la cultura: 2. Se reconoce la diversidad cultural de la nación colombiana. “La ley garantizará a todas las comunidades la afirmación de su identidad cultural. El Estado podrá adoptar medidas especiales para asegurar a las minorías el ejercicio de este derecho”.<sup>583</sup>

Indiscutiblemente con la caracterización de la nación colombiana como multiétnica y pluricultural el gobierno deseaba ajustar el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto derechos humanos, a los estándares internacionales que se habían acumulado hasta ese momento alrededor del tema. Esta vocación la muestra claramente en el momento en que propone los principios de aplicación e interpretación de estos derechos, ubicando en su parte final la idea: “La Carta de Derechos y Deberes se interpretará de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, salvo que sean contrarios a aquélla”.<sup>584</sup>

Sin embargo, quedaron una serie de interrogantes sobre la propuesta, los cuales se esclarecerían en la medida en que las deliberaciones se desarrollaban. A modo de ejemplo, cuestiones como ¿por qué derechos a los pueblos indígenas (como comunidades indígenas los designa el gobierno

<sup>582</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia”, núm. 2, presentado por el gobierno nacional, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 5, miércoles 15 de febrero de 1991, p. 5.

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>584</sup> El gobierno nacional no sólo demuestra su idea de ajustar a los estándares y ritmos internacionales con la ubicación del criterio de interpretación para encontrar el contenido de los derechos humanos, sino que en la parte pertinente a la Rama Ejecutiva, establece las otras dimensiones de la influencia y los requerimientos internacionales. En esta dirección propone que el artículo 116 de la nueva carta política quede así: “1. Colombia promoverá la integración y solidaridad con los demás países de América Latina. 2. Por medio de tratados internacionales aprobados por el Senado, podrá el Estado obligarse para que sobre la bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover y consolidar la integración económica con otros Estados. 3. Asimismo por medio de dichos tratados de integración u otros tratados multilaterales podrá atribuirse competencia normativa o jurisdiccional a organismos supranacionales, con la obligación para el Estado de hacer cumplir sus decisiones internamente, siempre que no contravengan el orden constitucional”. *Ibidem*, pp. 6 y 7.

en su propuesta) se encuentran ubicados en un acápite donde se establecen derechos de ciudadanía?, y ¿cuál es la relación entre el discurso de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas?, quedaron sin una sustentación por parte del gobierno.

El Consejo de Estado, como órgano autorizado por el reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente para presentar propuestas de reforma, elaboró un documento donde establece los principales criterios que en su concepto debía orientar y concretar las funciones constituyentes y en uno de sus puntos ubicó:

La propiedad comunitaria y el reconocimiento de los derechos de los indígenas. Además del reconocimiento y garantía a la propiedad individual, es necesario contemplar la posible existencia de otras formas de propiedad, que como la comunitaria, serán objeto de regulación legal. Del mismo modo, es menester reconocer y garantizar el derecho de la población indígena a vivir según sus creencias, usos y costumbres ancestrales y a disfrutar de los resguardos. La lengua y los dialectos indígenas deben ser reconocidos como oficiales, en los correspondientes territorios, para todos los efectos.<sup>585</sup>

El planteamiento no dejó de tener relevancia pues el Consejo de Estado, no siendo un órgano de gobierno, es, sin embargo, una institución de singular importancia en la institucionalidad del país, y que éste ubicara a la problemática indígena como un tema a tratar por el órgano reformador de la Constitución le otorgó jerarquía al tema y la legitimidad al debate jurídico que las organizaciones y los constituyentes indígenas esperaban. Lo anterior es más destacable por el hecho que otras dos importantes instituciones del sistema político que presentaron iniciativas a la Constituyente —la Corte Suprema de Justicia<sup>586</sup> y la Cámara de representantes<sup>587</sup>— no ubicaron iniciativa alguna respecto a los derechos de los pueblos indígenas.

Presentaremos las principales propuestas de los partidos tradicionales del país sobre este tema en el siguiente acápite.

<sup>585</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 58, presentado por el Consejo de Estado”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 022, miércoles 18 de marzo de 1991, p. 47.

<sup>586</sup> *Ibidem*, pp. 20-32.

<sup>587</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 597, presentado por la Cámara de representantes”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 025, jueves 21 de marzo de 1991, pp. 4-8.

B. *Propuesta del Partido Liberal y el Partido Conservador y los derechos indígenas*

El Partido Liberal presentó 51 proyectos de reforma constitucional. El Partido Conservador en sus tres vertientes, Movimiento de Salvación Nacional, Partido Social Conservador y Conservadores independientes, suministraron para la discusión 34, 3 y 7 respectivamente. Lo que produjo un total de 95 proyectos, de 127 que fueron presentados por los actores políticos. Casi el 75% de las propuestas de reforma fueron realizadas por los delegados pertenecientes a las dos colectividades políticas que han fundamentado y dado identidad al sistema político colombiano.

De los 51 proyectos presentados por el Partido Liberal, sólo ocho presentaron propuestas relevantes acerca de los derechos de los pueblos indígenas. Por parte de la corriente conservadora existieron dos, el de Raimundo Emiliano Román y el de Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño.

a. *Las propuestas del Partido Liberal y los derechos indígenas*

Las propuestas que contienen sugerencias para estipular algunas formas de derechos indígenas son las siguientes: la de Fabio Villa, proyecto núm. 40, Guillermo Plazas Alcid, núm. 57, Gustavo Zafra, núm. 103, Hernando Herrera, núm. 124, Antonio Galán, núm. 126, Iván Marulanda, núm. 128 y Eduardo Espinosa Facio Lince, núm. 130.

El proyecto presentado por Fabio Villa no hizo una alusión específica a derechos de los pueblos indígenas, pero sí anota en el artículo primero de su propuesta: “las relaciones exteriores del Estado colombiano tienen como fundamento la aplicación del principio de la independencia de los Estados, el respeto de la autodeterminación de los pueblos y naciones” y su reconocimiento jurídico, la protección de los derechos humanos, la conservación de la identidad de las minorías nacionales.<sup>588</sup>

Guillermo Plazas Alcid presentó un proyecto integral de reforma, en el que ubica el tema de los derechos indígenas desde un inicio y propone en el Título dedicado a los principios que “el pluralismo en los órdenes polí-

<sup>588</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 40, presentado por Fabio Villa”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 021, viernes 15 de marzo de 1991, p. 12.

tico, social, étnico, económico, cultural y religioso, será principio fundamental de la organización y del poder estatal, que haga posible en su aplicación práctica que la estructura de la autoridad permanezca abierta a todas las fuerzas que la integran en la dinámica social, de tal manera que ninguna, incluyendo las minoritarias, dejen de estar presentes o insertas en el origen y el ejercicio del poder político”.<sup>589</sup> No propuso instituciones jurídicas referentes a los derechos de los pueblos indígenas en los 153 artículos que integran la ponencia.

En la iniciativa de Gustavo Zafrá se propone una institución novedosa: “En circunscripción electoral especial de carácter nacional tanto la minoría indígena, como la negra tendrán derecho a elegir cada una cuatro miembros (4) del órgano legislativo, sin perjuicio de que miembros de tales minorías puedan postularse y ser elegidos en las listas de los partidos o movimientos políticos”.<sup>590</sup> La propuesta busca, según su autor compensar viejos desequilibrios que han existido respecto de estas minorías. La representación política para los indígenas como derecho, fue puesta a consideración en una propuesta de los partidos tradicionales por primera vez.

El proyecto presentado por Antonio Galán, en nuestro concepto, fue uno de los que intentó recoger principios fundamentales del constitucionalismo social del siglo XX, planteado una novedosa concepción de la nación colombiana. Así, en la presentación de los principios fundamentales de orden constitucional colombiano propone en el “Artículo 1. Naturaleza del Estado colombiano. La República de Colombia es un Estado de derecho, democrático y social, de carácter multiétnico y pluralista, regionalmente autónomo, en el grado que establece esta Constitución”<sup>591</sup> y en su artículo 8 sugiere establecer que en cuanto el idioma se declare nacional y oficial el castellano, pero las demás lenguas y dialectos o formas lingüísticas también serán oficiales en sus respectivas comunidades.

<sup>589</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 57, presentado por Guillermo Plazas Alcid”, *Gaceta Constitucional*, núm. 022, Bogotá, miércoles 18 de marzo de 1991, artículo 2, p. 32.

<sup>590</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 103, presentado por Gustavo Zafrá”, *Gaceta Constitucional*, núm. 025, Bogotá, jueves 21 de marzo de 1991, artículo 12, p. 25.

<sup>591</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 126, presentado por Antonio Galán Sarmiento”, *Gaceta Constitucional*, núm. 031, Bogotá, lunes 1o. de abril de 1991, artículo 2, p. 20.

En el artículo 14 manifiesta: “Identidad cultural colombiana. El Estado colombiano promoverá por el estudio y protección de las diversas etnias y formas culturales que existan en el país, iguales ante la Constitución nacional y la ley, estimulará el diálogo y el intercambio respetuoso de sus culturas para el enriquecimiento de la identidad y la conciencia nacional”.<sup>592</sup> De este modo ubica para la discusión el tema de la igualdad de las formas culturales, existentes en el proyecto de nación colombiana, que posteriormente será tema polémico en la futura Corte Constitucional. Esta idea es complementada por la concepción presentada en el artículo 15 que plantea los propósitos de la nación colombiana: alcanzar la armonía con los ritmos universales, el logro de la paz, el desarrollo de los individuos y los colectivos existentes y encontrar la unidad en la diversidad.

La iniciativa contiene un Título III que ubica: “los derechos y los deberes de la nación, que en su capítulo 4 propone que el Estado colombiano garantizará a las comunidades indígenas y a las demás colectividades humanas residentes en el territorio nacional el derecho a la autodeterminación social, cultural y política, económica, lingüística, étnica y religiosa, de manera que no se afecten sus valores y costumbres y se satisfagan sus necesidades”.<sup>593</sup>

El proyecto presentado por Iván Marulanda contiene una propuesta para el Título primero, que establece en su artículo primero: “La República de Colombia es unitaria pero descentralizada. Se fundamenta en la autonomía local y el reconocimiento a la diversidad etnológica, cultural, social, ecológica y económica”.<sup>594</sup> El proyecto de Eduardo Espinosa Facio Lince contempla en su artículo 7 una propuesta general de derechos indígenas:

Artículo 7. Se reconoce el carácter multiétnico de la nación. El Estado reconoce las formas de propiedad de las comunidades indígenas y les garantiza el ejercicio de sus derechos, a preservar su identidad cultural, a la protección de su lengua y a la adopción autónoma de su propia organización interna. La ley establecerá procedimientos especiales para que los derechos de los indígenas sean efectivamente garantizados. Fuera de la división ge-

<sup>592</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>593</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>594</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 128, presentado por Iván Marulanda”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 26A, martes 26 de marzo abril de 1991, artículo 1, p. 2.

neral del territorio, el Estado podrá reconocer otras divisiones que permitan garantizar los derechos y proteger los intereses de las comunidades indígenas.<sup>595</sup>

Esta propuesta somete a discusión derechos específicos de los pueblos indígenas, en relación con el esquema territorial del país, los cuales serán debatidos en la Constituyente y durante todas las propuestas de ley de ordenamiento territorial, presentadas en el Congreso durante el tiempo de existencia de la carta política.

#### b. Las propuestas del Partido Conservador y los derechos indígenas

El Partido Conservador presentó diferentes propuestas a la Asamblea Nacional Constituyente, pero sólo dos de sus principales representantes ubicaron en sus iniciativas puntos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas. El primero fue el documento elaborado por Juan Gómez Martínez, que propuso en su Título tercero, dedicado a los derechos humanos, un artículo que establecía la misión de las autoridades, y entre ellas señala (como tercera): proteger los derechos humanos de las comunidades étnicas y la ecología.<sup>596</sup> En la parte concerniente a la participación comunitaria propuso:

Artículo 29. Comunidades indígenas. Los territorios y comunidades de las minorías étnicas tendrán un régimen especial conforme a sus tradiciones y cultura, dentro de un marco de autonomía y respeto por su identidad, con arreglo a la ley. Las autoridades indígenas y los cabildos velarán por la dignidad y el progreso de las comunidades a que pertenecen. Los grupos étnicos tienen derecho a que en la instrucción y educación que reciban del Estado o de particulares se respeten sus tradiciones, lengua y especificidades. Los territorios de las comunidades étnicas constituyen una entidad autónoma dentro de la organización política jurídica de la República. Las propiedades de las comunidades indígenas serán inalienables e inembargables.<sup>597</sup>

<sup>595</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>596</sup> Asamblea Nacional Constituyente, "Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 9, presentado por Juan Gómez Martínez", *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 9, martes 19 de febrero de 1991, p. 2.

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 4.

El segundo proyecto fue el presentado por uno de los líderes más importantes de la corriente de opinión política conservadora del país, Misael Pastrana Borrero, quien en el artículo 18 propuso que el Estado garantice por “medio de normas especiales el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a mantener una identidad cultural y sus territorios, así como el manejo administrativo de sus tierras y recursos naturales”. En el mismo artículo sugiere que se reconozca, sin señalarlo expresamente “el derecho de consulta que trae el Convenio 169 de la OIT, al señalar que el Estado deberá contar con el consentimiento de los pueblos indígenas para emprender la explotación de los recursos naturales o autorizarla a terceros, dentro de sus territorios tradicionales, se reconocerá a las comunidades una regalía justa y equitativa”.<sup>598</sup>

### *C. Las propuestas de los movimientos y partidos de izquierda y los derechos indígenas*

Una de las razones por la que fue convocada la Asamblea Nacional Constituyente se fundamentó en que era necesario un espacio político, que permitiera la apertura del sistema político colombiano a diferentes fuerzas que habían sido marginadas de la vida política que se procesa institucionalmente. Numerosos grupos guerrilleros que tuvieron su origen en los sentimientos de rechazo que provocó el sistema político cerrado Frente Nacionalista, iniciaron negociaciones con el gobierno de Belisario Betancour (1982-1986), formalizando pactos de paz en el de Virgilio Barco (1986-1990). Estos grupos y organizaciones políticas encontraron el escenario de la Constituyente como la oportunidad de realizar sus programas de oposición.

De los diferentes procesos de paz establecidos en la década de los ochenta se constituyeron movimientos políticos como la Unión Patriótica (UP), propuesta por sectores de izquierda e independientes para ambientar los acuerdos de paz, que potencialmente se estaban estructurando entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno nacional; la Alianza Democrática M-19, organización conformada como pro-

<sup>598</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 67, presentado por Misael Pastrana y otro”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 23, martes 19 marzo de 1991, p. 14.

puesta política del Movimiento 19 de abril (M-19) que concluyó su negociación con Virgilio Barco Vargas; el movimiento Esperanza Paz y Libertad, que surgió como producto de la negociación de paz entre el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el gobierno.

La Unión Patriótica eligió dos representantes a la Constituyente, el ex ministro de relaciones exteriores y defensor de los derechos humanos Alfredo Vásquez Carrizosa y la dirigente sindical Aída Abella, los cuales presentaron dos proposiciones de reforma a la Constitución. La primera la presentó Alfredo Vásquez y la dedica específicamente al tema de los derechos humanos. En el documento el constituyente sugiere que el Título III de la futura carta política lleve el nombre “De los Derechos Humanos en General”, proponiendo un artículo que señale específicamente: “El derecho internacional tiene prelación sobre el derecho interno de Colombia en materia de derechos humanos”. Lo interesante es que en el documento no se recogieron las perspectivas que se habían elaborado en los organismos internacionales, en torno a los derechos humanos sobre los pueblos indígenas hasta ese momento. El enfoque giró alrededor de los derechos humanos de orden individual y de segunda generación.<sup>599</sup>

La segunda propuesta presentada por esta organización política es la numerada por la secretaría general con el núm. 113. El documento expuso a nivel general la concepción de este movimiento político sobre cómo debía ser estructurada la futura Constitución. Su visión acerca de los derechos indígenas fue ubicada indirectamente en los siguientes artículos: en el primero, donde sugiere reconocer el carácter pluriétnico y pluricultural de la sociedad colombiana; en el artículo 12, donde ubica las fuentes de los derechos humanos, propone que “los derechos humanos de los colombianos podrán ser determinados en los convenios o pactos internacionales y en su defecto por la ley”.<sup>600</sup> De igual manera solicitan sean reconocidos los derechos especiales de los indígenas cuya identidad cultural debe ser amparada por la ley.

<sup>599</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 12, presentado por Alfredo Vásquez Carrizosa”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 010, miércoles 20 de febrero de 1991, p. 5.

<sup>600</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 113, presentado por Alfredo Vásquez C y Aída Abella”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 027, martes 26 de marzo de 1991, p. 6.

El tema de los derechos indígenas aparece explícitamente en esta iniciativa en los momentos en que se sugieren instituciones que protejan la propiedad. En la iniciativa contenida en el artículo 160, donde se trata el tema de las entidades territoriales, se puso a discusión el enfoque: “Son entidades de la República, los departamentos, los distritos urbanos, los municipios y los territorios étnicos. Éstos podrán asociarse conforme a la ley, en regiones y provincias. La configuración de estas entidades atenderá a criterios geográficos, históricos, económicos, culturales y ecológicos”.<sup>601</sup>

La Alianza Democrática M-19 presentó también un proyecto integral de reforma constitucional.<sup>602</sup> Varios aspectos del documento exponen aspectos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, el primero lo ubicamos en el preámbulo que sugiere que uno de los propósitos del pueblo colombiano es: “Instaurar las bases de una auténtica convivencia democrática entre todos los colombianos, por medio de unas instituciones inspiradas en los principios de tolerancia a todas las creencias y convicciones, en el pluralismo político y la reafirmación de la identidad nacional dentro del respeto a su diversidad regional, étnica y cultural”.<sup>603</sup>

Continuando con la anterior lógica en los artículos 7 y 8 concernientes al idioma y a la división administrativa territorial propusieron: “Los demás idiomas, lenguas y modalidades lingüísticas serán también oficiales en sus respectivas comunidades, en su condición de patrimonio cultural de la nación. La enseñanza que se imparta en comunidades con tradiciones lingüísticas propias se efectuará en forma bilingüe, y respecto al siguiente punto sugiere que el Estado se organice territorialmente en departamentos, distritos y municipios o territorios étnicos”.<sup>604</sup>

La propuesta presenta dos iniciativas más sobre el tema, en el artículo 55 estableció un Régimen de comunidades étnicas, estipulando:

La propiedad de las tierras de resguardo es inembargable e imprescriptible. Pueden ser objeto de enajenación pero sólo a la propia comunidad y por

<sup>601</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 113, presentado por Alfredo Vásquez y Aída Abella”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 027, martes 26 de marzo de 1991, p. 16.

<sup>602</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 7, presentado por Antonio Navarro Wolf y otros”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 8, martes 19 de febrero de 1991, p. 20.

<sup>603</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>604</sup> *Ibidem*, p. 2.

decisión mayoritaria de ésta, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. Se garantiza el usufructo colectivo de la tierra y los recursos por las comunidades étnicas que habitan en las reservas del Estado. El Estado promoverá el apoyo de estímulos para que estas comunidades puedan cumplir con la responsabilidad de proteger los recursos naturales y el medio ambiente.<sup>605</sup>

En el artículo 84 sugiere que exista una circunscripción especial para integrar lo que ellos denominaron la Asamblea Nacional, órgano que sustituiría al Congreso de la República, a la que proponen serían elegidos cuatro diputados por la comunidad indígena en circunscripción nacional.

El documento encierra proposiciones que se refieren a la naturaleza de la sociedad colombiana, la lengua indígena, el territorio y la participación en el sistema de representación política, que son temas tratados reiteradamente, y a veces con más profundidad, por propuestas de carácter “no progresista”.

Otra sugerencia de reforma constitucional elaborada desde una perspectiva alternativa a los partidos tradicionales, fue la presentada por Jaime Fajardo y Darío Mejía, de la organización política Esperanza, Paz y Libertad (EPL). Varios artículos de su iniciativa se refieren a los pueblos indígenas. El primero de ellos, cuando aborda el tema de los Principios fundamentales, sugiriendo en su artículo 8: “La soberanía y autonomía de la nación se dirigen al fortalecimiento de la integración latinoamericana, a la formación de un Estado de derecho, a la formación de una democracia con solidaridad, al crecimiento social de los colombianos, a la reivindicación de las minorías nacionales por el factor racial religioso y social”.<sup>606</sup> Se observa en el documento, después de haber revisado numerosos proyectos, la ausencia de una sugerencia para la definición como multiétnica de la nación o la sociedad colombiana.

El proyecto establece dos artículos más sobre el tema, semejantes en sus contenidos a los propuestos por el M-19; el primero, el 39, referido a la existencia de una circunscripción nacional señala: “habrá dos circunscripciones especiales, la primera elige cuatro diputados en circunscripción a

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>606</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 114, presentado por Jaime Fajardo Ladaeta y Darío Antonio Mejía Agudelo”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 027, martes 26 de marzo de 1991, p. 21.

nivel nacional”<sup>607</sup> y el segundo artículo, el 73, que sugiere que el Estado “se organice territorialmente en departamentos, distritos, municipios o territorios étnicos”.<sup>608</sup>

El Partido Revolucionario de los Trabajadores fue el otro grupo con concepciones de izquierda que participó en las deliberaciones y conclusiones de la Constituyente. Su delegado José Matías Ortiz presentó dos proyectos de reforma a la Constitución; el primero dedicado a la Carta de Derechos, Estado de Sitio y Fuerza Pública,<sup>609</sup> inscrito por la secretaría general con el núm. 122 y el segundo, referido al Sistema de modernización de los partidos, el sistema electoral y los órganos de representación, ubicado como el proyecto 123.<sup>610</sup> El primer proyecto no hace alusión directamente al tema indígena, pero contiene una propuesta estructurada acerca del futuro significado de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico-político, que los constituyentes estaban elaborando para el país.

El delegado propuso que el discurso de los derechos humanos fuese vinculado directamente como un valor y principio de la futura Constitución; señaló que los tratados de los derechos humanos, tanto los de primera generación, los derechos económicos, sociales y culturales, llamados de segunda generación, y los derechos de solidaridad o de tercera generación, fueran ubicados en la futura Constitución como partes centrales de su estructura. Planteó la existencia de una dialéctica entre el derecho nacional y el discurso de los derechos humanos que se debe acoger y hacer realidad a través de instituciones políticas concretas. Dos son los elementos esenciales según el constituyente para alcanzar la realización de este objetivo. El primero: “Explicar jurídicamente la idea de la importancia de los derechos humanos como fundamento de la legitimidad de la democracia constitucional. A nivel de los principios convendría incorporar los derechos humanos como fundamento —junto con la soberanía popular— del ordenamiento”.<sup>611</sup> El segundo: “Diseñar algunos mecanismos de recepción del derecho

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>608</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>609</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 122, presentado por José Matías Ortiz”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 029, sábado 30 de marzo de 1991, pp. 20-25.

<sup>610</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 122, presentado por José Matías Ortiz”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 029, sábado 30 de marzo de 1991, pp. 25-32.

<sup>611</sup> *Ibidem*, p. 20.

internacional de los derechos humanos a fin de asegurar prácticamente la vigencia de esos avances en nuestro país. Ello supone establecer un criterio de resolución de conflictos entre los diversos tratados y la carta constitucional”.<sup>612</sup>

La propuesta no contiene ninguna alusión directa acerca de los derechos de los pueblos indígenas, pero sugirió un enfoque novedoso —que incluso se impuso en las conclusiones del debate— para asimilar los derechos humanos a nuestro orden jurídico, y que permitió que se tuviese un marco de referencia para el tratamiento de la temática indígena.

Indiscutiblemente los enfoques desde la izquierda en sus iniciativas constitucionales, no pudieron superar en la Asamblea Nacional Constituyente, la matriz ideológica liberal que compartían con los partidos históricos, respecto a la concepción de Constitución y de sujetos de derechos. Para ambas corrientes, a los pueblos indígenas les debían ser reconocidos derechos específicos, pero ubicando su énfasis más en los derechos individuales, que en los colectivos. Incluso, como se verá más adelante, fue la presión de las organizaciones y de los constituyentes indígenas que obligó a la Constituyente a tratar y a ubicar los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución.

Los derechos de los pueblos indígenas tuvieron entonces que ser planteados por los mismos indígenas, apoyados en los logros que en el ámbito internacional se habían ganado hasta ese momento y en el acumulado conceptual y político que se había logrado hasta ese tiempo en el movimiento indígena nacional.

Es de destacar en este punto, que precisamente el gobierno colombiano durante el primer semestre de 1991, periodo en el que sesionó la Asamblea Nacional Constituyente, acogió el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas a través de la Ley 21, lo que significó que los diferentes grupos miembros de la Constituyente y el gobierno, siempre tuvieron este instrumento como referente en la interlocución sostenida con los pueblos indígenas durante las sesiones.

Adentrémonos en las propuestas desde las perspectivas originadas en el movimiento indígena, para observar sus enfoques y características.

<sup>612</sup> *Idem.*

*D. Los constituyentes indígenas y las propuestas en torno a los derechos de los pueblos indígenas*

Las organizaciones indígenas tomaron la decisión de participar en las elecciones que ocurrieron para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Tres constituyentes fueron electos: Lorenzo Muelas, del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia (AICO),<sup>613</sup> Francisco Rojas Birry, de la Organización Nacional Indígena (ONIC)<sup>614</sup> y Alfonso Peña Chepe del Movimiento Pro-indigenista Quintín Lame, que ganó su posición producto de las negociaciones de paz de esta organización guerrillera indígena con el gobierno nacional. Cada uno de estos delegados representaba una visión particular del problema indígena en el país. Destacaremos los componentes más importantes de sus iniciativas en los siguientes apartados.

*a. Las propuestas de Lorenzo Muelas, miembro de las Autoridades Indígenas de Colombia (AICO)*

Su propuesta se fundamentó en las ideas que los pueblos indígenas, organizaciones de derechos humanos y académicos de las ciencias sociales y humanas habían posicionado durante la década de los ochenta; las cuales concluyeron en la exigencia al Estado colombiano para que reconociera derechos específicos a los pueblos indígenas en los órdenes económico, social, jurídico, político y cultural, que los redimieran de los casi 300 años de colonialismo vividos a causa del imperio español y la propuesta de república liberal que se impuso posterior a los años de independencia en el siglo XIX. Señala Lorenzo Muelas en su propuesta:

El primer hecho que se observa al examinar la Constitución nacional de 1886 y sus posteriores reformas, es cómo los constituyentes siempre tuvieron especial cuidado en mantener en total anonimato la diversidad nacio-

<sup>613</sup> “Surge inicialmente como una asociación de gobernadores indígenas (Gobernadores indígenas en Marcha) de Guambía, Jambaló y Novirao en el Cauca, y los gobernadores de las comunidades del sur de Nariño”. [http://www.dnp.gov.co/ArchivosWeb/Direccion\\_Desarrollo\\_Territorial/directorio/grupos\\_eticos/dir\\_org\\_ind.doc](http://www.dnp.gov.co/ArchivosWeb/Direccion_Desarrollo_Territorial/directorio/grupos_eticos/dir_org_ind.doc), consulta realizada el 24 de marzo de 2004.

<sup>614</sup> “Tiene como antecedentes el Encuentro Nacional de Lomas de Hilarco, Tolima, 8-12 de octubre de 1980. Se conformó el 24-28 de noviembre de 1982 en Bosa Cundinamarca. El segundo congreso lo realizó en Bosa del 27 al 21 de noviembre de 1986”. *Idem*.

nal, étnica y cultural de Colombia. Las razones históricas de este proceder bien pueden arrojarse con la excusa del extranjerismo y racismo característico de las clases dominantes. Pero lo que no puede negarse son las consecuencias del desconocimiento del indio en el texto de la primera ley de la República: implantó la discriminación patética en contra nuestra, al ignorar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en los marcos de la legislación colombiana. Fundamentó el desconocimiento de todos nuestros derechos en el seno de la población colombiana, desde el momento en que estableció como característica de nuestra nacionalidad un idioma (el castellano) y una religión (la católica) que nos son extranjeras. Sirvió de justificación a la ideología dominante y colonialista en contra de nuestra gente. Señalando entonces con los calificativos de salvajes e infieles para segregarla de una vida social común, cuando no sometida a toda clase de vejámenes, explotaciones y masacres. En fin fue la herramienta para romper el progresivo desarrollo demográfico, social, económico, técnico, cultural y político que autónomamente veníamos operando, y mantenernos en el cambio de la evolución humana durante siglos.<sup>615</sup>

El documento mostró un nuevo enfoque al cuerpo constituyente para abordar el tema de los derechos de los pueblos indígenas. El Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia se había venido conformando durante la década de los ochenta, sobre la base de la creación de un proceso de recuperación de tierras y los sistemas sociales, jurídicos y culturales de las comunidades, sobre todo de las ubicadas en el sur occidente del país. La concepción de su propuesta se fundamentó en las reivindicaciones de los pueblos indígenas, dejando al margen compromisos políticos con visiones que planteaban la vinculación de los pueblos indígenas a procesos sociopolíticos de la sociedad nacional. Las propuestas expuestas las podemos resumir de la siguiente forma:

- La idea de hacer nacional colombiano a todo indígena americano que pisase el suelo colombiano, tratando de hacer un reconocimiento histórico a los habitantes originarios del continente americano.<sup>616</sup>

<sup>615</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 83, presentado por Lorenzo Muelas”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 024, miércoles 20 de marzo de 1991, p. 14.

<sup>616</sup> La propuesta es fundamentada de la siguiente manera: “Para nosotros indígenas es una verdad innegable que existe un pueblo colombiano formado en más de 100 años de

- El reconocimiento del derecho mayor de los pueblos indígenas que define como: “el cuerpo de derechos que nos acompañan como miembros de las comunidades y pueblos originarios de estas tierras americanas y que tienen primacía sobre los demás derechos constitucionalmente consagrados”.<sup>617</sup> Para el constituyente, esta perspectiva rompería con la concepción que expresaron delegados no indígenas quienes observaban los derechos indígenas relacionados solamente con el derecho a la tierra; para él esa era una muestra más de las concepciones etnocéntricas que han dominado desde el Estado y los diferentes actores políticos la relación con los pueblos indígenas.
- La ubicación de un título especial en la nueva Constitución titulado: “De los pueblos indígenas y las minorías étnicas”, donde propone que se ubique un artículo que contenga un principio fundamental que señale lo siguiente: “Colombia reconoce la existencia de los pueblos indígenas como parte integrante de la nación y del Estado y les garantiza sus derechos constitutivos de pueblos, no pueden por tanto ser compelidos, por ningún motivo, a renunciar a su identidad”.
- Los derechos de los pueblos indígenas que propone se deberían reconocer son los siguientes: el derecho de los pueblos indígenas y las demás comunidades étnicas a sus territorios;<sup>618</sup> el derecho a la autonomía y a gobernarse por medio de sus propias autoridades;<sup>619</sup> el de-

crisol republicano gracias a los aportes culturales de Europa y África y nosotros los pueblos indios nacidos y desarrollados por miles de años en América. Este es el factor fundamental en la formación de nuestras identidades. Basados en esta consideración y en el hecho de que las poblaciones indígenas nos reconocemos primero como somos reclamamos nuestro derecho a nuestra nacionalidad original, por pertenencia a América. Pero siendo igualmente innegable que los pueblos indígenas hemos nacido y hacemos parte de la Colombia actual, se deduce lógicamente que nuestra nacionalidad es colombiana. A lo que agregamos que siendo los demás pueblos indígenas del continente partícipes en esta pertenencia común, también tienen que ser reconocidos por Colombia como sus hijos”. *Ibidem*, p. 19.

<sup>617</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>618</sup> “Los pueblos indígenas y las demás minorías étnicas tienen derecho a sus territorios. En el caso de los primeros serán conformados por uno o varios municipios, resguardos, comunidades, capitanías, etcétera, los cuales deben ser protegidos, constituyendo divisiones políticas y administrativas que serán reglamentadas por la ley”. *Ibidem*, p. 11.

<sup>619</sup> “Los pueblos indígenas serán gobernados por autoridades que les son propias, articuladas al Estado nacional, a través del Consejo de Reconstrucción Económica y Social de los Pueblos Indígenas, coordinado por una conserjería de la presidencia de la República creada para tal efecto”. *Idem*.

recho al reconocimiento de sus lenguas como oficiales junto con el castellano;<sup>620</sup> el derecho al respeto de la propiedad comunitaria y familiar de los pueblos indígenas; el derecho a una educación propia,<sup>621</sup> el derecho a la propia jurisdicción y el derecho a representación política en todos los órganos de elección popular.<sup>622</sup>

- Una propuesta novedosa que presentó este delegatario fue la que denominó el derecho a la objeción cultural, que lo concibió como complementario al derecho que las comunidades indígenas tienen a través de sus autoridades “a concertar toda decisión referente a los proyectos, planes de desarrollo o de explotación de los recursos naturales y del subsuelo que se encuentren en sus resguardos y territorios tradicionales” pues de no llegar a un acuerdo los pueblos indígenas y el Estado los segundos tendrían el derecho de objetar la presencia de dichos proyectos en sus territorios.<sup>623</sup> Esta fue una propuesta realmente innovadora, pues en el contexto sólo se conocía el derecho que se había ubicado en el Convenio de la OIT 169 de 1989, que estableció que las comunidades indígenas debían ser consultadas por los Estados al planear la ejecución de proyectos que las afecten directa o indirectamente. En la exposición de motivos Lorenzo Muelas, sin referirse directamente al derecho de consulta mencionado, plantea la posibilidad de que los pueblos indígenas establezcan un diálogo con los Estados en torno a los proyectos que se deseen implementar, pero va más allá y establece la hipótesis acerca de que las partes no construyan un acuerdo, ¿tendría el Estado la facultad de ejecutar el proyecto? El derecho de objeción cultural iría dirigido entonces a

<sup>620</sup> “Artículo. En los territorios indígenas y en los de las demás minorías étnicas los idiomas oficiales, serán los hablados por los pueblos y comunidades del lugar y el castellano como idioma nacional”. *Idem*.

<sup>621</sup> “Se garantiza las formas de propiedad comunitaria y familiar de las poblaciones indígenas y demás minorías étnicas, de acuerdo con sus usos y costumbres, lo mismo que su derecho a desarrollar sus formas propias de organización social. Se garantiza la educación propia de los pueblos indígenas y las minorías étnicas como práctica social que asegura su existencia, afirma sus instituciones y preserva su cultura”. *Idem*.

<sup>622</sup> “Artículo. Se crea la jurisdicción indígena articulada al sistema judicial del Estado. La ley orgánica especial regulará el funcionamiento, competencias y fines de la jurisprudencia (sic) que se crea en la presente Constitución”. Respecto a la representación política propone: “Artículo Se garantiza la plena representación de los pueblos indígenas en los cuerpos colegiados del país”. *Idem*.

<sup>623</sup> *Idem*.

resolver este interrogante a favor de los pueblos indígenas y no del Estado.<sup>624</sup>

- Otra idea que se quiso posicionar para la discusión fue la creación de un organismo estatal, que se encargara de coordinar con los pueblos indígenas un programa que permitiera la reconstrucción social y cultural de sus sociedades. La propuesta se fundamentó en que después del contacto de los pueblos indígenas con los europeos y el posterior modelo de República implementado a partir de las primeras décadas del siglo XIX, las sociedades indígenas han sufrido profundos desequilibrios en sus estructuras y sus proyectos de vida, necesitando de una intervención especial de parte del Estado para transformar esa realidad. Se propuso una Consejería de Reconstrucción Económica y Social de los Pueblos Indígenas.<sup>625</sup>

<sup>624</sup> La sustentación de la iniciativa la expone el documento de la siguiente forma: “Es innegable el derecho de las poblaciones a determinar el uso o forma de explotación del uso de sus recursos naturales. Derecho que lleva implícito la facultad de concertar su participación y forma de ejecución. De su libre ejercicio pueden derivarse en la mayoría de los casos, el acuerdo entre las comunidades y los entes interesados en su utilización. Pero, ¿qué hacer cuando el acuerdo no es posible, por constituir el territorio o sitio concernido un lugar ‘sagrado’” o de significación vital para una comunidad india? ¿Acaso es pensable para un occidental la destrucción o profanación de sus obras de arte o sus sitios sagrados con ocasión de presuntas explotaciones económicas? ¿Se puede pensar en la destrucción de sus catedrales, en la profanación de sus cementerios o lugares de peregrinación? Este mismo criterio es válido para nuestros pueblos. Por eso hemos consagrado en esta propuesta nuestro derecho indígena de objeción cultural, para poder conservar lo que más queremos, como los demás pueblos de la Tierra”. *Ibidem*, p. 16.

<sup>625</sup> La presentación de la idea fue la siguiente: “Por esto las autoridades indígenas de Colombia venimos proponiendo que Colombia y el mundo acepten su responsabilidad en el proceso de empobrecimiento y retraso de nuestras sociedades y se comprometan a colaborar con nosotros en una acción de largo plazo, de reconstrucción de los pueblos indios. Una acción que no tendría el carácter de operación de caridad, sino de justa compensación a los infinitos daños causados por el proceso de colonización en nuestras gentes. Si los países que causan destrucción en la guerras se ven obligados a restituir los daños causados, ¿habría alguien que no considere justo que se nos retribuya después de 500 años de expoliación de nuestras tierras, de nuestras riquezas y nuestro trabajo? Como solución proponemos la consagración de este principio a escala constitucional, el cual puede desarrollarse a través de un plan de largo plazo de reconstrucción económica y social de nuestras sociedades. Un plan que tendría el objetivo fundamental de permitir al término previsto (una generación o 30 años) que nuestros pueblos y comunidades tengan una real posibilidad de autonomía. Que sean capaces de generar y gestionar recursos propios sin depender de ‘auxilios’ o ‘subsidios’ demagógicos o paternalistas que serían otra forma de hacernos desaparecer”. *Ibidem*, p. 16.

### b. Las propuestas de Francisco Rojas Birry

El segundo proyecto sobre derechos de los pueblos indígenas presentado por un delegado indígena fue el de Francisco Rojas Birry, que provenía de una corriente de opinión de organizaciones indígenas aglutinadas alrededor de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Las ideas expuestas en el documento muestran un intento de concebir los derechos de los pueblos indígenas como una parte del conflicto social y político del país y el deseo de estructurar un discurso constitucional que fuera más allá de las percepciones políticas de los liderazgos indígenas.

De allí que el documento no se enfocó específicamente en presentar a la Constituyente planteamientos alrededor de los derechos de los pueblos indígenas, sino que se hizo una propuesta centrada en idear el país que estas comunidades deseaban para toda la sociedad. En su justificación se señaló: “Hemos venido aquí los indígenas a la Constituyente para que los derechos de los grupos étnicos queden reconocidos, asegurados y escritos en la Constitución. Pero también tiene sentido nuestra presencia en la Asamblea para promover y defender los intereses de los pueblos colombianos en general, entre los cuales consideramos fundamentales el medio ambiente, la democracia, los derechos de las mujeres”.<sup>626</sup>

La segunda característica del proyecto es que asumió la responsabilidad de representar no sólo a los pueblos indígenas, sino a todas las etnias de país, ubicando en el articulado propuesto reivindicaciones de las comunidades afrocolombianas y la comunidad que vive en la isla de San Andrés que se denomina *Sons of the soil*. En torno a la primera característica podemos ubicar las siguientes propuestas:

- La sugerencia de no ubicar en el preámbulo de la Constitución el nombre de Dios como lo hacía la Constitución de 1886, sino solamente ubicar: “En nombre del pueblo colombiano, en quien reside la soberanía con el fin de afianzar la unidad nacional y la democracia participativa dentro de la riqueza y diversidad de los grupos humanos que conforma la nación”.<sup>627</sup> Esto propone un debate que indiscutible-

<sup>626</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 119, presentado por Francisco Rojas Birry”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 029, sábado 30 de marzo de 1991, p. 4.

<sup>627</sup> *Ibidem*, p. 1.

mente tiene profundas raíces en la teoría política moderna y que ha dividido en bandos encontrados a los teóricos liberales.<sup>628</sup>

- La iniciativa de ubicar textualmente la prohibición de toda forma de discriminación: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de racismo y discriminación por razones de origen, pertenencia étnica, religiosa, sexo, lugar de residencia, condición social, opiniones políticas o prácticas culturales”.<sup>629</sup> Deviene entonces la ubicación del tema étnico en el escenario de la discriminación, lugar que como lo observamos en el capítulo segundo de este trabajo, fue donde se posicionó el tema indígena en las organizaciones internacionales para luego ganar autonomía a principios de la década de los ochenta. En lógica política este enfoque permitió el establecimiento de más interlocutores para la discusión de los derechos indígenas por parte de este delegatario, en un escenario tan lleno de matices político-ideológicos como fue la Constituyente.
- El artículo que ubica el tema de la reforma agraria, problema social que para ese momento había sido discutido en el país por más de medio siglo, tendiendo conceptos comunicantes con un espectro social y político más amplio al ubicarlo solamente en el escenario de la problemática indígena. Se planteó en el proyecto: “Los campesinos deben tener acceso a la propiedad agraria en las condiciones de productividad y mercadeo que les asegure una vida digna. Los planes de desarrollo económico y social determinarán las zonas agrícolas y pecuarias y establecerán programas de desarrollo rural integrado y de redistribución y extensión del derecho de propiedad rural”.<sup>630</sup>
- La proposición referente al derecho de la educación. La concepción presentada no muestra solamente la preocupación étnica, sino que el

<sup>628</sup> En la parte correspondiente a la sustentación el documento respecto a este tema plantea: “Preocupará a muchos colombianos que en nuestro proyecto no aparezca el nombre de Dios ni como fuente suprema de toda autoridad ni para invocar su protección. Ello obedece a que consideramos que la autoridad deviene del pueblo, quien goza en todo tiempo del derecho de darse sus propias formas de gobierno y acordar las reglas más apropiadas para la convivencia y el mantenimiento de la unidad nacional. Si se tratara de invocar un Dios, estaríamos obligados a reconocer, en detrimento de nuestras propias creencias y cosmogonías que sólo existe una divinidad. Nosotros tenemos nuestros propios dioses y personajes míticos: Caragabi, Sarakua, Papa Dumat, Pacha Mama, etcétera, que no estarían representados en la fórmula de un solo Dios”. *Ibidem*, p. 5.

<sup>629</sup> *Idem*.

<sup>630</sup> *Ibidem*, p. 1.

reconocimiento de este derecho contribuya a la formación de una sociedad y sistema político democrático, “la educación estará orientada hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y de su dignidad, el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos, el respeto del medio ambiente, el trato igualitario hacia la mujer, la capacitación para participar efectivamente en una sociedad libre y para favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad de todas las naciones y todos los grupos étnicos, raciales o religiosos”.<sup>631</sup>

- En el articulado donde propone el desarrollo del derecho al medio ambiente contempla en el artículo identificado como LL: “El Estado no podrá conceder a entidades o gobiernos extranjeros la administración del medio ambiente y de los recursos naturales”, “ni podrá usarlos como garantía o contraprestación de obligaciones”. Se abre con esto una discusión relacionada con la geopolítica del uso de los recursos naturales y con las relaciones económicas del país con empresas trasnacionales y otros Estados.
- Una propuesta que encerró una preocupación acerca del funcionamiento de algunas instituciones de primera importancia de nuestro sistema político, es la referente a la naturaleza, funciones y derechos de los miembros de las entidades encargadas del control del orden público: la Policía y las fuerzas militares. El proyecto contiene iniciativas para separar a la policía como institución de actividades militares y adscribirla a instituciones civiles, permitirle el voto a la fuerza pública, constituir un Consejo Superior de Defensa Nacional que diseñe las políticas de defensa. Planteamientos que en el contexto colombiano (que ha permanecido durante las últimas cinco décadas con un conflicto interno, en el que a las fuerzas militares les ha correspondido ser actoras de primer orden en la preservación del sistema político), despertó todo tipo de reacciones a favor y en contra.<sup>632</sup> Es de

<sup>631</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>632</sup> El planteamiento se sustenta de la siguiente forma: “Uno de los temas que la Asamblea Nacional Constituyente debe abocar con gran atención es el que se refiere a la fuerza pública. Precisamente porque la crisis que actualmente atraviesa el país tiene que ver con problemas de orden público y por lo tanto con ella; con el papel que ha jugado frente a la cuestión de la paz y del mantenimiento del orden. El tema de la fuerza pública no ha sido planteado hasta ahora dentro de un contexto más amplio: el de definir cuál es la idea de orden público que debe consagrarse en la nueva construcción”. *Ibidem*, p. 16.

destacar sobre este punto que con la Constitución de 1991, la naturaleza y las funciones de la fuerza pública no fueron cambiadas.

En el proyecto de acto reformativo presentado por Francisco Rojas Birry, se introdujeron iniciativas relativas a la igualdad de derechos y oportunidades para todos (hombres y mujeres), derechos de la familia, derecho a la educación, derecho a la ciencia y a la tecnología, derecho a la información y la expresión, derechos económicos y sociales, funcionamiento del Congreso, funciones de la procuraduría, entre otros; que hicieron que la estructura de la iniciativa adquiriera las características de un proyecto general de reforma. En este aspecto, el proyecto es de naturaleza diferente que el presentado por Lorenzo Muelas, pues éste centra su atención en los derechos específicos de los pueblos indígenas, planteando sólo unas líneas generales sobre el deber ser de la Constitución en temas no relacionados con el sujeto indígena.<sup>633</sup>

La segunda característica del proyecto de este sector del movimiento indígena en la Constituyente es la de tener la vocación de proponer derechos para los grupos étnicos que integran el país y no sólo los que representaban pueblos indígenas, la podemos observar en los siguientes apartes de su proyecto:

- El artículo 1, donde se establece el carácter de la nación, que el proyecto sugirió que se adoptara: “El pueblo colombiano es multiétnico y pluricultural. En él reside exclusivamente la soberanía y de él ema-

<sup>633</sup> Efectivamente el proyecto del constituyente Lorenzo Muelas no tiene una vocación tan partidista como el que evaluamos, en él se encuentran sugerencias específicas referentes a problemas del sistema político e institucional del país, pero no existe una obsesión por centrarse en problemas generales como en el de Rojas Birry. Incluso en la parte final de su propuesta plantea: “Posición ante otras reformas de la carta: Para terminar queremos hacer constar nuestro apoyo a otras reformas democráticas que vienen siendo presentadas desde diversos sectores nacionales: Iniciativa popular para la presentación de leyes y reformas constitucionales. Referendo y Consultas Populares a escala, municipal, provincial, regional y nacional. Sistema acusatorio en la justicia. Revocación de los mandatos de alcaldes, prefectos provinciales, gobernadores regionales y parlamentarios. Comparecencias de personas al parlamento cuando éste lo considere conveniente. Participación de los trabajadores en la propiedad y utilidades de las empresas”. Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformativo de la Constitución Política de Colombia, núm. 83, presentado por Lorenzo Muelas”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 024, miércoles 20 de marzo de 1991, p. 14.

nan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”.<sup>634</sup>

- La propuesta que define las entidades territoriales planteando que: “son entidades de la República... y los territorios de los grupos étnicos, incluidos los resguardos indígenas, los cuales tendrán un régimen especial con autonomía política, administrativa y presupuestal”.<sup>635</sup>
- En el momento de tratar el tema de la libre expresión se sugiere lo siguiente: Todas las personas tienen derecho a expresarse libremente. “El Estado favorecerá el acceso a los medios de comunicación. Estos derechos deberán respetar y reconocer la diversidad étnica y promover el pluralismo”.<sup>636</sup>
- El derecho a la propiedad comunitaria y solidaria se propone sea elevado a rango constitucional, al ubicar un artículo donde se respeta el valor supremo del sistema capitalista cual es la libre circulación de mercancías, pero con excepción de la propiedad territorial de los grupos étnicos, el artículo señala: “No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, salvo la propiedad territorial de los grupos étnicos que además es inembargable, imprescriptible e inexpropiable”.<sup>637</sup>
- El proyecto propuso un nuevo Título de la Constitución que específicamente tratara derechos de los grupos étnicos. Los derechos que se conciben para este aparte de la carta política son: el derecho a la identidad cultural,<sup>638</sup> el derecho a que las lenguas de los grupos étnicos sean oficiales en sus territorios además del español,<sup>639</sup> el reconoci-

<sup>634</sup> Asamblea Nacional Constituyente, Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, núm. 119, presentado por Francisco Rojas Birry”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 029, sábado 30 de marzo de 1991, p. 2.

<sup>635</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>636</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>637</sup> *Idem*.

<sup>638</sup> “Artículo A. Los grupos étnicos tienen derecho a su identidad cultural. El Estado reconoce y garantiza mediante una legislación especial sus formas propias de organización social, gobierno, costumbres, lenguas, educación, medicina tradicional, usos y formas de propiedad de sus territorios”. *Ibidem*, p. 3.

<sup>639</sup> “Artículo B. Además del español las lenguas de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. La ley reglamentará la forma para que puedan comunicarse en su propia lengua en los tribunales, establecimientos públicos y medios de comunicación en todo el país”. *Idem*.

miento a la propiedad sobre los territorios,<sup>640</sup> el derecho a la autonomía,<sup>641</sup> el derecho a la participación en los órganos de gobierno,<sup>642</sup> el derecho a una circunscripción especial electoral de orden nacional para hacer parte de los cuerpos colegiados<sup>643</sup> y el derecho a una jurisdicción.<sup>644</sup>

- Existe una propuesta que difiere sustancialmente de la elaborada en este aspecto por Lorenzo Muelas y es concretamente cuando se trata el tema de los habitantes nacionales y extranjeros, propone el constituyente que “los miembros de los pueblos indígenas que compartan territorios fronterizos de Colombia con países vecinos”<sup>645</sup> serán nacionales colombianos.

La sustentación de las instituciones jurídicas sugeridas se fundamentó en que las organizaciones o la corriente del movimiento indígena de la que hacía parte el constituyente, caracterizó el periodo histórico que vivían los grupos étnicos como de supervivencia física y cultural, lo que le daba base a la preocupación por hacerse concebir como entidades culturales específicas en los marcos del Estado colombiano,<sup>646</sup> de allí que en todas sus iniciativas, lo que se pretendía era crear los mecanismos para que cada una de las instituciones del Estado produjeran las sinergias necesarias para la revitalización política, social y cultural de los grupos étnicos.

<sup>640</sup> “Artículo C. El Estado reconoce y garantiza a los grupos étnicos la propiedad sobre los territorios de resguardo, los territorios tradicionales y los que constituyen su hábitat. El territorio del grupo étnico raizal comprende el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina con excepción de la ciudad de North end en la isla de San Andrés. El Estado adoptará las medidas necesarias para restituir al grupo étnico la propiedad enajenada en este territorio. La ley podrá restringir los derechos de circulación y residencia en el archipiélago de San Andrés”. *Idem*.

<sup>641</sup> “Artículo D. Los grupos étnicos tienen autonomía para darse su propia organización política, económica y social y para la administración y explotación de sus recursos naturales dentro de sus territorios. El Estado garantiza el acceso a los beneficios del desarrollo económico y social, acorde con sus tradiciones y cultura”. *Idem*.

<sup>642</sup> “Artículo F. El Estado garantiza a los grupos étnicos su participación en los órganos de gobierno competentes para desarrollar planes, programas específicos”. *Idem*.

<sup>643</sup> “Artículo G. Crearse circunscripciones electorales especiales de órdenes nacional, regional y local para los grupos étnicos”. *Idem*.

<sup>644</sup> “Artículo H. Las autoridades tradicionales de los grupos étnicos tendrán jurisdicción dentro de sus territorios articulada al sistema judicial nacional”. *Idem*.

<sup>645</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>646</sup> *Ibidem*, p. 11.

El derecho de autonomía se plantea de forma amplia y urgente para el reposicionamiento de los grupos étnicos, pero conectado al engranaje institucional que existe y respetando la unidad nacional conformada durante el periodo republicano de historia.

La autonomía propuesta se deriva de la concepción que contiene el proyecto referente al significado cultural y político de grupo étnico. Para el proyecto esta categoría es concebida como colectivos, “que reproducen una cultura específica con la cual se identifican y por medio de la cual son identificados por el resto de la sociedad”,<sup>647</sup> que comparten territorio común, instituciones de todos los órdenes e historias, que para el caso, va más allá de la noción de historia que se tiene de las sociedades occidentales americanas. Así las cosas, la autonomía para los proponentes se convierte en una necesidad insoslayable para los grupos étnicos, pues sin ella no podrán replantear, por ellos mismos, sus proyectos de sociedad, que dicho sea de paso, no han logrado eliminar los procesos de colonización sufridos.<sup>648</sup> Los derechos que solicitaron a la Asamblea Nacional Constituyente fueron concordantes con esta perspectiva.

### c. Las propuestas presentadas por el delegado del Movimiento Quintín Lame

El tercer proyecto a nombre de un sector del movimiento indígena fue presentado por Alfonso Peña Chepe, delegado del movimiento armado Pro-Indigenista Quintín Lame, organización que había realizado un proceso de paz con el gobierno nacional y por ello le fue adjudicado un espacio en la Constituyente.<sup>649</sup> El proyecto no tiene numeración por parte de la Secretaría General, debido a que en el momento en que se decidió su participación en el evento habían pasado los términos estipulados por el reglamento para

<sup>647</sup> *Idem.*

<sup>648</sup> En el proyecto se plantea la problemática de la siguiente forma: “Hoy en día vemos con mayor claridad que nuestra permanencia en el tiempo tiene que ver también con el grado de autonomía que tengamos como grupos étnicos, para que podamos decidir sobre nuestros asuntos. En caso de que no se nos reconozca este derecho y el Estado persista en su autoritarismo se mantendrán alteradas las condiciones esenciales de nuestra vida social y las puertas del etnocidio continuarán abiertas”. *Ibidem*, p. 12.

<sup>649</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, presentado por Alfonso Peña Chepe”, *Gaceta Constitucional*, núm. 60, Bogotá, viernes 26 de abril de 1991, pp. 7-20.

presentar propuestas de reforma a la Constitución. Sin embargo, esto no fue fundamento para que esta perspectiva de los derechos indígenas no presentara sus puntos de vista acerca de su concepción sobre los derechos indígenas y el orden jurídico, que debía tener la sociedad colombiana.

El documento posee características semejantes al anteriormente evaluado. La gran mayoría de sus proposiciones tienen que ver con los problemas que poseía el ordenamiento jurídico-institucional colombiano y que fundamentaban el ambiente de enfrentamiento y descontrol político.

De esta forma gran parte de las iniciativas se referían a las decisiones que debía tomar la Constituyente para instaurar un sistema político democrático en el país. Las iniciativas giraron alrededor de que se prescribiera que el discurso de los derechos humanos como el núcleo axiológico de la nueva carta política; la imposición de instituciones que le dieran autonomía a la justicia con el propósito de erradicar la impunidad; el replanteamiento de las instituciones que contemplaban los estados de excepción, pues en consideración habían dejado de ser excepcionales y se habían convertido en la forma natural de gobierno; la ubicación como imperativo de los planes de desarrollo nacional; la precisión del sentido de la expropiación judicial y administrativa; la soberanía y la legislación sobre el subsuelo; el control constitucional de los tratados; la preservación exclusiva por parte del Congreso de la función de legislar; las funciones del ministerio público y el establecimiento de un marco jurídico constitucional para el diálogo con los grupos guerrilleros, pues no habían quedado vinculados a los procesos de paz descritos anteriormente, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Las iniciativas en torno a los derechos indígenas específicos no son abundantes en este proyecto, en el que se mantiene la característica de exponer derechos de los grupos étnicos y no de los pueblos indígenas en particular. Es más, podríamos conceptuar que atendiendo a que los dos proyectos fueron prolijos en este aspecto, aprovechan la oportunidad para hacer sus planteamientos políticos generales como futuro partido político.<sup>650</sup> Las propuestas sobre derechos indígenas fueron sólo tres:

<sup>650</sup> Posterior a los acuerdos y a su participación en la Constituyente este movimiento contribuyó a la organización de la Alianza Social Indígena (ASI), movimiento que teniendo como eje central las reivindicaciones indígenas, es una propuesta donde convergieron diferentes sectores políticos democráticos y de izquierda. Esta organización ha mantenido presencia en el Congreso de la República hasta el día de hoy.

- El artículo primero coincide en todos sus términos con el proyecto anterior donde se define al pueblo colombiano como multiétnico y pluricultural.
- Proponen un Título nuevo en la futura Constitución donde se establezcan la propiedad de los grupos étnicos sobre sus territorios<sup>651</sup> y la posibilidad de que el gobierno constituya territorios comunes con los países limítrofes para las comunidades indígenas.<sup>652</sup>
- Se sugiere la constitución de una circunscripción especial para los grupos étnicos, planteándose así: “habrá una circunscripción electoral especial para los grupos étnicos los cuales elegirán un representante a las corporaciones públicas con cada número de votos igual a la mitad del último residuo con que se obtuvo curul en la respectiva corporación”.<sup>653</sup> La virtud de esta iniciativa es que ubica unos parámetros matemáticos electorales precisos, que en el concepto de los proponentes les permitiría a los grupos étnicos del país ubicar un número de representantes para tener representación en los cuerpos de colegiados de elección popular.<sup>654</sup>

<sup>651</sup> “Artículo nuevo. El Estado reconoce y garantiza a los grupos étnicos la propiedad sobre los territorios de resguardo, los territorios tradicionales y los que constituyen su hábitat. Este derecho se extiende al subsuelo”. *Ibidem*, p. 8.

<sup>652</sup> “Artículo nuevo. El gobierno podrá constituir territorios comunes con los países vecinos para las comunidades indígenas de la frontera sin menoscabo de la soberanía nacional y en relación de reciprocidad. Los tratados internacionales regularán la constitución de estos territorios”. *Idem*.

<sup>653</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>654</sup> La fundamentación de la iniciativa la hace el constituyente de la siguiente forma: “Esta aspiración de los indígenas, los negros y los isleños raizales de San Andrés y Providencia se concreta a tener acceso a las corporaciones públicas con algunas facilidades justificadas por la apertura del sistema democrático que requiere otorgarle participación a los grupos minoritarios tradicionalmente excluidos de las decisiones políticas. La propuesta que antes se planteaba en forma genérica (se refiere a las propuestas anteriores), adquiere en este proyecto una definición concreta acorde con las aspiraciones de los grupos étnicos. Para éstos, señalar un número fijo de representantes ante el Congreso, por ejemplo, sería una nueva versión de exclusión y de desconfianza, que coloca límites artificiosos a la participación de estos grupos. Es más apropiado que sean los mismos grupos étnicos quienes de acuerdo con su organización, su capacidad política y su habilidad para integrar el resto de los colombianos a sus propuestas, quienes determinen en contienda electoral el número de líderes que los representarán”. *Ibidem*, p. 18.

## 2. *Los debates en torno a los derechos de los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente y el derecho a la autonomía*

Los meses de abril, mayo y junio de 1991 fueron los que dedicó la Asamblea Nacional Constituyente para debatir los contenidos de la Constitución que estaba en formación. Respecto a los derechos de los pueblos indígenas como se describió arriba, existieron numerosas iniciativas que vinculaban como sujetos de derechos en la futura Constitución tanto a los pueblos indígenas, como a otros grupos étnicos existentes en el país.

El debate se dio en la Comisión Primera donde Francisco Rojas Birry fungió como su vicepresidente y en la Comisión Segunda donde Lorenzo Muelas desempeñó el mismo cargo.<sup>655</sup> Tres ponencias nos describen cómo se desarrolló el estudio de las propuestas que se realizaron en torno al tema. La primera publicada el 8 de abril como “Informe-ponencia sobre pueblos indígenas y grupos étnicos”, preparada por los delegados Orlando Fals Borda y Lorenzo Muelas Hurtado,<sup>656</sup> la segunda publicada el 4 de mayo: “Los derechos de los grupos étnicos”, presentada por Francisco Rojas Birry<sup>657</sup> y la tercera un documento elaborado a la Constituyente por los tres delegados indígenas publicado el 15 de junio.<sup>658</sup>

La primera ponencia aborda el tema de las territorialidades especiales que se debían concebir en la Constitución. El tema del reordenamiento

<sup>655</sup> Según el Capítulo VIII de la Asamblea Nacional Constituyente, existieron cinco comisiones: la primera encargada de la discusión de principios, derechos, deberes, garantías y libertades fundamentales. Mecanismos e instituciones de protección. Participación democrática. Sistema electoral. Partidos políticos. Estatuto de la oposición. Mecanismo de reforma constitucional. La segunda trabajó el tema del ordenamiento territorial del Estado, autonomía regional y local. La tercera se ocupó de los temas en torno al gobierno, Congreso, fuerza pública, Estado de sitio y relaciones internacionales. La comisión cuarta estudió los temas de administración de justicia y ministerio público y la comisión quinta abordó los temas sobre asuntos económicos, sociales y ecológicos. Detalles sobre este tema los podemos observar en: Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 4, miércoles 13 de febrero de 1991.

<sup>656</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Informe-ponencia sobre pueblos indígenas y grupos étnicos, presentado por Orlando Fals Borda y Lorenzo Muelas Hurtado”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 640, lunes 8 de abril de 1991, pp. 2-8.

<sup>657</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Ponencia: Los derechos de los grupos étnicos presentado por Francisco Roas Birry”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 67, sábado 4 de mayo de 1991, pp. 14-21.

<sup>658</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Derechos territoriales indígenas, presentado por Lorenzo Muelas, Francisco Rojas Birry y Alfonso Peña Chepe”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 99, sábado 15 de junio de 1991, p. 3.

territorial no es meramente técnico-geográfico, como se conoce, tiene que ver con la organización del poder político y económico de los contextos nacionales, pues el poder político y económico se ejerce sobre bases territoriales. Así las cosas, presentar una propuesta donde a un grupo concreto, los pueblos indígenas, les sea reconocido el espacio donde han desarrollado sus proyectos de sociedad, mantenido con fundamento a procesos de resistencia de larga duración, generó todo tipo de prevenciones políticas tácitas y expresas. Agravaba la controversia que durante la vigencia de la anterior Constitución, 104 años, la idea que se impuso fue de una territorialidad que no reconocía la dimensión multiétnica de la nación.

La necesidad de contemplar “casos especiales” de territorialidad que se ha impuesto a esta comisión se deriva de un hecho concreto: la Constitución Política de 1886 no los contempló. Y no podía contemplarlos por cuanto se basaba en una concepción política excluyente de la unidad, en la que la territorialidad no podía ser sino única, un modelo de Estado eminentemente centralista y hegemónico. De ahí que le resultara imposible reconocer explícitamente la diversidad territorial.<sup>659</sup>

La ponencia entonces fue dirigida a presentar un modelo de territorialidad donde se les reconociera a los pueblos indígenas su presencia en el espacio donde se desenvuelve el proyecto de nación colombiana. El documento se refiere también a otros grupos étnicos, con presencia importante en el país como las comunidades afrocolombianas y los habitantes de San Andrés y Providencia, pero el sujeto de reflexión principal son los pueblos indígenas. Las principales ideas son las siguientes:

- La idea que se ubicara en un título especial de la Constitución que se refiriera a los pueblos indígenas y grupos étnicos, donde se precisaran con claridad los derechos específicos que estas estructuras sociales poseen como colectivos.
- Se plantea el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ser autónomos y a construir una relación diferente con el Estado-nación colombiano. La idea que se expuso en este punto, iba dirigida a

<sup>659</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Informe-Ponencia sobre pueblos indígenas y grupos étnicos, presentado por Orlando Fals Borda y Lorenzo Muelas Hurtado”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 640, lunes 8 de abril de 1991, p. 2.

disolver la prevención que reconocer una real autonomía a los pueblos indígenas atentaría contra la unidad de la nación. El documento prueba que a pesar de que el legislador reconoció a las comunidades como “salvajes” (Ley 89 de 1889), el mismo movimiento indígena había venido replanteando con sus acciones de resistencia esta decisión, al punto de reconocerles resguardos y reservas donde no los tenían en la primera mitad del siglo XX. “De todo lo cual se infiere, que, en lo que respecta a los pueblos indígenas —como también con los restantes grupos étnicos colombianos— el reconocimiento de sus territorialidades no ha significado ni significa atentado alguno contra la unidad nacional, por no existir en ella la más leve veleidad de independentismo, sino de un deseo y una lucha por obtener un replanteamiento de la relación con el Estado en forma acorde con la democracia y los nuevos tiempos”.<sup>660</sup>

- La idea de autonomía no presentada como una obsesión abstracta. La lógica del documento se fundamentaba en que el Constituyente debía reconocer la realidad territorial existente que poseen los pueblos indígenas y algunas instituciones que garantizaran su desarrollo; subsecuentemente debía reconocer el derecho, que tenían dichas sociedades a ser autónomos en lo económico, político, financiero y presupuestal, obviamente con relaciones institucionales con el sistema político-jurídico nacional. De allí que en la propuesta de Título Especial primero se sugiriera hacer un reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas; posteriormente se propuso un largo artículo acerca del derecho a una territorialidad especial de dichas sociedades (resguardos y entidades territoriales especiales) y luego se ubicó un artículo que se refiere específicamente a la autonomía: “Se garantiza a los pueblos indígenas y grupos étnicos el ejercicio de su derecho a desarrollar sus formas propias de organización social, a preservar su identidad cultural, a la protección y desarrollo de sus lenguas y a la adopción autónoma de su propia organización interna. Los territorios de los pueblos indígenas y grupos étnicos contarán con autonomía administrativa, financiera, patrimonial y presupuestal. Colombia reconoce los derechos económicos de los pueblos indígenas”.<sup>661</sup>

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>661</sup> *Ibidem*, p. 7, pero otra idea que puede complementar la realidad territorial que poseían los pueblos indígenas la expone la ponencia en la p. 5, citando informaciones

- Se relaciona la propuesta de autonomía con la iniciativa que presentó el delegado Lorenzo Muelas acerca de establecer un Plan de Reconstrucción Económica y Social de los pueblos indígenas, mostrando con ello, el interés de estas colectividades de seguir perteneciendo a la estructura territorial y sociocultural de la nación, pues la nueva territorialidad tendría necesariamente que coordinar dicho plan con autoridades de la República. Al igual que en el documento que presentó el delegado Muelas, se propone el nombramiento de una consejería especial designada por la presidencia para los asuntos indígenas.
- Una de las iniciativas del delegado Lorenzo Muelas en este documento es el derecho a la objeción cultural y que junto con la consagración de la propiedad comunitaria, la sugerencia de restringir la circulación en los territorios étnicos para poder desarrollar el derecho a la autonomía, el plan de reconstrucción cultural y social como medida indemnizatoria por los perjuicios producidos a los pueblos indígenas, propenden por alcanzar una decisión del Constituyente donde el derecho de autonomía fuese verdaderamente reconocido.
- Una idea que aparece en el documento que justifica las pretensiones de nueva territorialidad para los pueblos indígenas y donde el tema de la autonomía emerge como central, es en el momento cuando se exponen las razones legales que existen para fundamentar la petición. Aparecen en este lapso los avances que el sistema internacional de los derechos humanos había hecho respecto de los pueblos indígenas. Planteó la ponencia que: “por cuanto el Estado colombiano ha suscrito numerosos tratados internacionales sobre estas materias (como el firmado con la OIT),<sup>662</sup> recientemente refrendado como ley por el pre-

contenidas en Fuero Indígena, un documento de divulgación de la presidencia de la República: “Conviene igualmente tener presente que la política del Estado ha variado con el correr de los años. Específicamente a raíz de la situación creada por la existencia del Movimiento Indígena cuando se entró a reconocer de hecho a las comunidades como interlocutoras válidas y a concertar con ellas la definición de algunas políticas y proyectos que las afectan, así como el otorgamiento de nuevos resguardos sobre 18,949,000 hectáreas, el reconocimiento de nuevos cabildos y la aceptación de modelos de organización económica y administrativa antes impugnadas, presidencia de la República, Fuero Indígena”.

<sup>662</sup> Este instrumento fue referente por parte de los delegatarios indígenas para fundamentar sus solicitudes a la Asamblea Nacional Constituyente. Lo anterior lo confirma el

sidente de la República) en los cuales afirma su determinación de respetar cada uno de los derechos de las minorías étnicas, al mismo tiempo que rechaza cualquier forma de discriminación y racismo. Éstas no pueden ser meras declaraciones de principios sin ningún efecto en la vida de las instituciones y de las poblaciones involucradas sino que debe traducirse en el reconocimiento diario de sus culturas y en el otorgamiento de garantías legales que les permitan afirmar su autonomía, su derecho colectivo al territorio, lengua, educación, justicia, economía y administración de tierras y recursos naturales (Lorenzo Muelas, *Propuesta indígena de reforma constitucional*)<sup>663</sup>.

En nuestro concepto, la idea que tuvieron los ponentes al presentar las particularidades territoriales de los pueblos indígenas que debían tener en cuenta los constituyentes al pensar el modelo territorial del país, fue enmarcar el tema en el debate general sobre las dimensiones de autonomía que podía contener la aprobación de entidades que recogieran las diferencias culturales y étnicas de estas sociedades con la estructura sociocultural nacional, para que se intentara construir una estructura política-administrativa indígena, armoniosa del orden nacional.<sup>664</sup> El propósito fue el de

delegado Guillermo Plazas Alcid en el momento de exponer su opinión contraria a que la propuesta de ciudadanía para los miembros de los pueblos indígenas de los territorios ubicados en la fronteras del país, elaboradas por Francisco Rojas Birry: “Pero es que ni siquiera el convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, pero que aún no ha entrado en vigor internacional por cuanto no se ha producido la ratificación del mismo y *que tantas veces ha citado el honorable delegado Francisco Rojas Birry (las cursivas son nuestras), trae norma alguna sobre el particular*”. Asamblea Nacional Constituyente, “Informe-Ponencia Nacionalidad de los pueblos indígenas que compartan territorios fronterizos, presentado por Guillermo Plazas Alcid”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 102, miércoles 19 de junio de 1991, p. 3.

<sup>663</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>664</sup> El jueves 23 de mayo se publica el informe-ponencia para primer debate en plenaria en torno al ordenamiento territorial por parte del delegado Gustavo Zafra Roldán, cuando informa acerca de la parte pertinente a las entidades territoriales indígenas, para su fundamentación cita una opinión vertida por el constituyente Lorenzo Muelas, donde describe las tensiones que se vivieron en la Comisión para aprobar esta institución: “El transcurso de los debates permitió aclarar varios aspectos que en un principio ocasionaron reservas entre ellos el significado de la autonomía indígena, planteada no como la búsqueda de quiméricas soberanías sino como un justo replanteamiento de la relación entre la nación y los pueblos indígenas, la democracia y los nuevos tiempos. A los temores expresados de si esta propuesta no sería una manera de construir una suerte de “*apartheid*”, los delegatarios indígenas respondieron firmemente convencidos de ser la manera más expe-

romper los preconceptos que el tema encierra a nivel político y jurídico, pues la actitud normal es que se piense que deseaban establecer condiciones para ejercer el derecho de autodeterminación; de allí que una idea que reiteran continuamente es que la cuota de poder que la nueva entidad territorial debía poseer para fundamentar un verdadero respeto a los pueblos indígenas, no significaba un intento de fracturar la unidad nacional, dicho por los ponentes al concluir las razones que presentaron para el reconocimiento de este derecho, “Razones que nos parecen de suficiente envergadura para plantear para los pueblos indígenas y grupos étnicos un sistema político-administrativo de autonomía relativa, vinculado al Estado central”.<sup>665</sup>

Si la primera ponencia apoya su discurso en la necesidad de reconocimiento de territorialidades especiales, para de allí fundamentar los derechos específicos de los pueblos indígenas y los grupos étnicos, la segunda ponencia apoyó los derechos específicos de estas realidades socioculturales en el concepto *grupos étnicos*. Las principales ideas que aporta el documento son las siguientes:

- La solicitud de un título especial de la Constitución que incluyera los derechos específicos de los grupos étnicos, “el presupuesto central de la propuesta de introducir un Título especial de derechos de los grupos étnicos es el de reconstruir la identidad nacional a partir de la premisa de respeto y reconocimiento a la identidad nacional”.<sup>666</sup>
- Introdujo la problemática que han enfrentado actores políticos internacionales y nacionales, en torno a encontrar un concepto que designe a las estructuras socioculturales que existen en los contextos de los Estados-nación y que buscan el reconocimiento de derechos específicos. En realidad, la ponencia no recogió la rica discusión relativa al tema, que se había dado hasta ese momento en las instancias interna-

cita de escapar al “ghetto” en que actualmente se encuentran, por considerar que es precisamente la autonomía la que les abre nuevos caminos. Ello porque a su entender, en este plano lo que es bueno para Colombia lo es también para las comunidades”. Asamblea Nacional Constituyente, “Informe-Ponencia del Ordenamiento Territorial, presentado por Gustavo Zafra Roldán”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 80, jueves 23 de mayo de 1991, p. 7.

<sup>665</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>666</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Ponencia Los derechos de los grupos étnicos, presentada por Francisco Rojas Berry”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 67, sábado 4 de mayo de 1991, p. 14.

cionales de derechos humanos; lo que hace es expresar la forma como las diferentes propuestas designan el futuro sujeto de derechos especiales,<sup>667</sup> con el propósito de fundamentar su enfoque, en que el sujeto de derecho debía denominarse *grupos étnicos*. La discusión que se dio en la OIT para la elaboración del Convenio 169 no es retomada en la posición que asume el delegado indígena.

- El documento estructuró una síntesis de los derechos que los grupos étnicos debían poseer y que habían sido presentados en reiteradas propuestas sobre el tema: el derecho a la identidad cultural,<sup>668</sup> el derecho a la autonomía, el derecho al territorio y el derecho a participar en la vida pública de la nación y a relacionarse con la sociedad nacional, en términos que aseguren el respeto a la identidad cultural.
- Aparece en la disertación del delegado una fundamentación de sus peticiones en eventos constitucionales acaecidos en otros países de América Latina, donde para ese momento, se habían producido reformas que autorizaron el reconocimiento, a este nivel de derechos espe-

<sup>667</sup> “A continuación enumeraremos cómo se define en cada proyecto cuál es el sujeto de derechos especiales que justifica el Título nuevo, y cuáles derechos se reconocen específicamente: a) El sujeto de los derechos: en las varias propuestas se habla de derechos de: I) Los colombianos (Navarro y otros). II) De los indígenas (Vásquez y Abella). III) De las comunidades indígenas (Mejía Borda, Espinosa Facio Lince, Navarro y otros). IV) De las comunidades indígenas y demás colectividades humanas (Galán Sarmiento). V) De las comunidades y pueblos indígenas (Pastrana, Ramírez y otros). VI) De los pueblos indígenas y demás minorías étnicas (Muelas Hurtado). VII) De las comunidades (Carrillo y Plazas Alcid). VIII) De las comunidades étnicas (Navarro y otros; Gómez Martínez y Londoño). IX) De los grupos étnicos (Marulanda). X) De los grupos étnicos minoritarios (Zafra). XI) De los grupos étnicos indígenas, negros y raizales del Archipiélago de San Andrés (Rojas Birry)”. *Ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>668</sup> “I) Derecho a la identidad cultural: entendido como el derecho a seguir conservando la propia forma de ser y de vivir de cada comunidad, de acuerdo a su propia interpretación tradicional y de la relación del hombre con la naturaleza y con la comunidad. II) Derecho a la autonomía: entendida como la capacidad de darse su propia forma de organización social, económica y política. Es el desarrollo necesario del anterior, es el derecho a tener formas propias de autoridad, de regular sus relaciones de acuerdo con sus tradiciones, de regular la actividad económica, de conservar su lengua, de tener educación propia, de tener sus propias formas de medicina, etcétera. III) Derecho al territorio: sin este derecho los anteriores son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir el territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupuesto el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat. IV. El derecho a participar en la vida pública de la nación y a relacionarse con la sociedad nacional en términos que aseguren el respeto a la identidad cultural”. *Ibidem*, p. 18.

cíficos, de lo que se denomina grupos étnicos, pero que para la Constitución de Nicaragua se concibieron como las comunidades de la Costa Atlántica; para la del Perú las comunidades campesinas y nativas y para la Constitución de Brasil el título VIII se refiere específicamente a los indios. Mostrando con ello el avance logrado por los pueblos indígenas en el reconocimiento de derechos específicos en esos países, pero dando una idea de lo problemático que es hoy encontrar una designación para estas realidades, que difumine los preconceptos que existen tanto en el plano internacional como al interior de los Estados-nación.

- Fundamentó su propuesta en las ideas que se habían establecido a lo largo del segundo periodo del siglo XX en las instancias internacionales en torno a los derechos humanos específicos para los grupos socioculturales diferenciados de los proyectos de Estado-nación establecidos, dice: “varios instrumentos internacionales reconocen derechos especiales a los grupos étnicos. Otros han tenido por objeto combatir el racismo y la discriminación racial. Es necesario comprender que para nuestro caso son importantes unos, para combatir la discriminación es preciso reconocer y respetar la identidad cultural de los grupos étnicos, así como el ejercicio de los derechos especiales”.<sup>669</sup>

El tercer documento es una especie de mensaje de urgencia que le enviaban los tres constituyentes indígenas a la Asamblea Nacional Constituyente, en referencia a los derechos territoriales de los pueblos indígenas,<sup>670</sup>

<sup>669</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>670</sup> Según la *Gaceta Constitucional*, núm. 109, donde se publican los artículos de la futura Constitución Política aprobados en el primer debate, hasta el momento en que los tres delegados indígenas convocaron a la Asamblea a discutir los artículos territoriales de sus propuestas sólo se habían aprobado los siguientes artículos relativos a los pueblos indígenas: el que reconocía el carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano y el que reconocía la oficialidad de las lenguas indígenas en su territorios (aprobado el 6 de mayo), el que reconocía la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de los grupos étnicos y las tierras de resguardo (aprobado el 14 de junio, que no quedó así redactado al final), la nacionalidad de los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (el 28 de mayo, que no pasó el segundo debate) y las circunscripciones especiales para Senado y Cámara (11 de junio). Asamblea Nacional Constituyente, “Artículos de la Constitución Política de Colombia aprobados en primer debate”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 109, jueves 27 de junio de 1991, pp. 2, 3, 5, 8 y 13.

la primera idea que resalta es que ya no existía por parte del delegado Francisco Rojas Birry, una disposición de hacer una discusión acerca de la mejor forma antropológica de designar las realidades sociales que representaba (si como grupos étnicos, comunidades indígenas o pueblos indígenas); se acepta la designación del Convenio 169 Pueblos Indígenas. Es indiscutible que esto ayudó a que el gobierno nacional que había aprobado el mencionado convenio a través de la Ley 21 de 1991 y el bloque hegemónico de la Constituyente, tuvieran un referente preciso para interactuar con los delegados indígenas.

El tiempo de la Constituyente se terminaba y tuvieron que realizar los tres delegados una presión política, con apoyo de sectores del organismo sensibles al tema, para que quedaran los derechos que habían solicitado. El documento específicamente, se refiere a derechos territoriales de los pueblos indígenas, pues no se habían discutido hasta ese momento. La solicitud dice expresamente, que existían expectativas no sólo del orden nacional, sino también de nivel internacional, alrededor de las decisiones del órgano constituyente sobre derechos de los pueblos indígenas. Manifiestan los delegados: "...teniendo en cuenta la expectativa que a nivel nacional e internacional ha suscitado que al cabo de los 500 años se abra paso una rectificación histórica que consagre los derechos de los pueblos indígenas ignorados hasta ahora, comedidamente solicitamos que a más tardar en el orden del día lunes 17 de junio de 1991 se incluya en forma prioritaria la discusión y votación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y los grupos étnicos (la propuesta sólo fue en términos de los primeros), conforme a lo aprobado en la Comisión Segunda".<sup>671</sup>

La petición tuvo acogida en la Asamblea Nacional Constituyente y durante la quincena de junio comenzaron a ser aprobados artículos relacionados con derechos específicos de los pueblos indígenas. El 19 de junio se aprobó el artículo que reconoció las jurisdicciones especiales en los siguientes términos: "Se reconoce la jurisdicción de las autoridades propias de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial y la preeminencia de las normas y la justicia propias que no atenten contra la Constitución y las

<sup>671</sup> Asamblea Nacional Constituyente, "Ponencia Derechos Territoriales Indígenas, Lorenzo Muelas, Francisco Rojas Birry, Alfonso Peña Chepe", *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 99, sábado 15 de junio de 1991, p. 3.

leyes” (que no quedó en el segundo debate de esta manera redactado)<sup>672</sup> y el artículo en torno a las entidades territoriales reconociendo los territorios indígenas como tales (aprobado el 22 de junio).<sup>673</sup>

El articulado propuesto por los tres delegados fue aprobado, con algunos temas adicionales y nuevos elementos en el contenido de los artículos. El 18 de junio fue aprobado el artículo que plantea la igualdad de todas las culturas existentes en el país: “Derecho a la cultura. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país”,<sup>674</sup> artículo consecuente con el reconocimiento que se había hecho anteriormente con relación al carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano, que al final de la discusión se estableció que el sujeto portador de las anteriores cualidades no era el pueblo sino la nación.

Un elemento adicional fue la decisión que tomó la plenaria el día 20 de junio, cuando abordó el tema de los municipios de asimilar los resguardos indígenas, para efectos de la participación en los ingresos corrientes de la nación, como municipios, “Para los efectos de esta participación la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”.

El 21 de junio fue aprobado el primer artículo de la propuesta presentada en que se especificaba la conformación de los territorios indígenas, quedando de la siguiente manera: “Artículo 35. Los territorios indígenas están conformados por los resguardos y los territorios tradicionalmente ocupados” [el documento planteaba habitados] “por los pueblos indígenas los cuales son de su propiedad colectiva y no enajenable” [había un artículo que señalaba esto arriba el cual posteriormente fue suprimido]. “Éstos podrán articularse a las diferentes entidades territoriales o directamente a la nación [esto último no lo decía la propuesta] y en ningún caso podrán ser fraccionados por otras entidades territoriales”.<sup>675</sup>

El parágrafo que señalaba la delimitación de los territorios indígenas quedó de la siguiente manera: “La delimitación de los territorios indíge-

<sup>672</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Artículos de la Constitución Política de Colombia aprobados en primer debate”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 109, jueves 27 de junio de 1991, p. 19.

<sup>673</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>674</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>675</sup> *Ibidem*, p. 27.

nas se hará por la comisión de ordenamiento territorial y con la participación de los pueblos indígenas, [de acuerdo con la Constitución],<sup>676</sup> elemento nuevo que le fue agregado por la plenaria.

El artículo que planteaba la existencia de Consejos para administrar los territorios indígenas quedó tal y como lo presentaron los delegados: “Las entidades territoriales indígenas estarán gobernadas por Consejos conformados y reglamentados de acuerdo con los usos y costumbres de las comunidades que los habitan, así con la Constitución y las leyes”.<sup>677</sup> La parte complementaria de la proposición en este aspecto quedó de la siguiente manera: “La población no indígena que quede comprendida en áreas urbanas dentro de esos territorios” [la propuesta decía: “que quede comprendida en estos territorios] tendrá participación adecuada” [este adjetivo se lo agregó la plenaria] en la administración de aquellas [la propuesta decía en su administración] “y en la distribución de recursos de acuerdo con la ley”.<sup>678</sup>

El artículo pertinente a las funciones de los Consejos la plenaria lo aprobó de la siguiente forma. Las primeras cuatro funciones fueron aprobadas tal como fueron propuestas por los tres delegados: “1. Ejercer el control de doblamiento y velar por la integridad territorial. 2. Diseñar las políticas, los planes y los programas de desarrollo económico y cultural dentro de sus territorios. 3. Concertar las inversiones públicas dentro de su territorio 4. Percibir y distribuir los recursos del ente territorial”. La función 5 fue aprobada por la plenaria con modificaciones, quedando así: “velar por la preservación de los recursos” [la plenaria agregó renovables y no renovables]” y concertar su explotación dentro de su territorio”. La función núm. 6, que los delegados habían redactado ubicando dos funciones: la de coordinar proyectos y programas con otras comunidades y colaborar con la preservación del orden público, la plenaria la dividió en dos, quedando el primer tema como función 6 y el segundo como función 7. La redacción fue la siguiente: “6. Coordinar los programas y proyectos promovidos conjuntamente por las diferentes comunidades y 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio, de diferentes comunidades de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional”.

<sup>676</sup> *Idem.*

<sup>677</sup> *Idem.*

<sup>678</sup> *Idem.*

La función 7 del proyecto quedó idéntica, pero esta vez como núm. 8: “Representar a la entidad territorial ante el gobierno nacional y las demás entidades territoriales a las que se integran”. La última función aprobada quedó de la siguiente manera: “Las demás que les asignen la Constitución y la ley”.<sup>679</sup>

La proposición que se ubicará en un artículo transitorio donde el sistema político y jurídico colombiano se comprometiera a ejecutar un Plan de Reconstrucción Económica y Social de los pueblos indígenas, de 20 años de duración, concertado con las autoridades indígenas, propuesta del delegado Lorenzo Muelas, fue aprobada el 20 de junio. Su texto en el primer debate quedó de la siguiente manera: “El gobierno diseñará, conjuntamente con las comunidades indígenas un plan de reconstrucción económica y social de los pueblos indígenas, el cual será financiado con recursos públicos y anualmente se asignarán en el presupuesto general de la nación las partidas correspondientes. Planes similares serán diseñados con las comunidades afrocolombianas”.<sup>680</sup> Se observa que desaparece el plazo de veinte años frente a la iniciativa de los delegados y se incluyen de una forma muy informal a los afrocolombianos.<sup>681</sup>

### 3. *La Constitución de 1991 y los derechos de los pueblos indígenas*

El 5 de julio de 1991 fue promulgada la Constitución de 1991 en Colombia. La primera carta política fue elaborada con la participación de una pluralidad de actores políticos, que no tenían relación directa con los partidos históricos colombianos, el Liberal y el Conservador.<sup>682</sup> La metodo-

<sup>679</sup> *Idem.*

<sup>680</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>681</sup> El artículo, para constatar los cambios que realizó la plenaria, lo propusieron los constituyentes de la siguiente manera: “El gobierno nacional, en concertación con los representantes de los Consejos Territoriales elaborará un plan de reconstrucción económica y social de los pueblos indígenas cuya duración tendrá como mínimo veinte años y destinará un presupuesto especial para su ejecución”. Asamblea Nacional Constituyente, “Ponencia Derechos Territoriales Indígenas, Lorenzo Muelas, Francisco Rojas Birry, Alfonso Peña Chepe”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 99, sábado 15 de junio de 1991, p. 3.

<sup>682</sup> Y esto se debe tomar en sentido amplio, pues si bien para algunos analistas de la experiencia constituyente colombiana no todos los actores del sistema político colombiano participaron, pues no hubo la presencia de un sector numeroso del movimiento guerrillero, agrupado en la Coordinadora Guerrillera en ese entonces; en nuestra perspectiva

logía que se usó para su estructuración fue realmente participativa, antes y después de la instalación de la Constituyente. Continuamente hubo participación de diferentes organizaciones y expresiones de la sociedad civil colombiana.

Como se reseñó durante las deliberaciones del organismo, el tema étnico y el de los específicos derechos de los pueblos indígenas fue posicionándose lentamente hasta lograr abrirse un espacio político en la Asamblea Nacional Constituyente. Se puede decir que tal logro fue la conjugación de varios eventos de naturaleza nacional e internacional:

- La experiencia política y de movilización social que los pueblos indígenas habían acumulado durante toda la década de los ochenta, lo cual les permitió ganar un espacio en el escenario constituyente.
- El replanteamiento que el sistema internacional de los derechos humanos se había hecho sobre los sujetos étnicos y los pueblos indígenas en particular. Desde 1981 los pueblos indígenas ganaron un espacio en la agenda de la Organización de las Naciones Unidas y en los diferentes órganos multilaterales. Para el momento ya se vivía una rica discusión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en torno a los pueblos indígenas y se había iniciado en ese sistema regional e internacional, la discusión de un instrumento de derechos específicos para los pueblos indígenas.
- El gobierno nacional tenía un referente de discusión estructurado en torno al tema: la Ley de 21 de marzo de 1991 que estableció el compromiso del Estado colombiano de acatar lo preceptuado en el Convenio 169 de 1989 de la OIT. En nuestro concepto este punto de vista siempre estuvo presente en el debate en torno a los pueblos indígenas que se suscitó en la Constituyente.

La Constitución de 1886 nunca asumió la realidad cultural del país como una variable trascendente para el cumplimiento de los objetivos del sistema

ellos estuvieron “presentes” en las deliberaciones, pues uno de los propósitos políticos del organismo era elaborar un documento constitucional que recogiera instituciones que propiciaran la reconciliación de los colombianos. Las FARC y el ELN continuamente expusieron sus ideas en torno a la finalidad y los objetivos del procedimiento. Incluso el narcotráfico, como un actor de naturaleza especial, presionó a la Constituyente para que tomara la decisión de no autorizar constitucionalmente la extradición.

jurídico-político. Los pueblos indígenas fueron sujetos de disposiciones legales, nunca de normas constitucionales. Incluso, en las diferentes reformas ocurridas en los siglos XIX y XX, la atención se centró en perfeccionar las instituciones jurídicas que permitieran la realización de los principios liberales en torno al Estado. La problematización sobre la naturaleza de nuestra sociedad nunca tuvo importancia.

El nuevo régimen rompió con la concepción descrita y ubicó a los grupos étnicos y a los pueblos indígenas como sujetos de derechos de rango constitucional. No sólo reconoció su existencia como sujetos sociales, culturales y políticos, sino que les asignó unos específicos derechos correspondientes con su naturaleza. Los derechos establecidos en la Constitución de 1991 son numerosos, alcanzan las dos decenas. En nuestra consideración, el fundamento de estos derechos descansa sobre el principio 7 de la nueva carta política, pues es el que reconoce que la nación colombiana es multiétnica y pluricultural, generando con ello toda una serie de expectativas respecto de los diferentes grupos étnicos y específicamente los pueblos indígenas, quienes contaban con un antecedente de movilización social y política calificado. De allí en adelante, toda la parte orgánica de la Constitución tuvo que ser evaluada en su redacción para hacer real lo señalado por dicho principio. Las instituciones del país tuvieron que recoger esta nueva realidad.<sup>683</sup>

De esta manera derechos políticos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, fueron ubicados en el texto constitucional; complementados con dos tipos de derechos que le dan el carácter de tensionante política y jurídicamente a todos los derechos que se ubican en estas realidades sociales: los derechos territoriales y de autonomía.<sup>684</sup>

<sup>683</sup> En la intervención que realizó Lorenzo Muelas en la Asamblea Nacional Constituyente el día 19 de febrero de 1991 ya se tenía la certeza de que existía un consenso para proclamar el carácter multiétnico y pluricultural de la nación colombiana, pues diferentes propuestas, desde diferentes perspectivas políticas lo sugerían en concepto de este líder indígena: “Honorables constituyentes: construyamos una Colombia de acuerdo con nuestros tiempos y basada en nuestra realidad, no basta proclamar que Colombia es un país multiétnico y pluricultural, es necesario que los derechos fundamentales de los pueblos indios y de las minorías étnicas queden taxativamente plasmados en el texto de la Constitución. Después de 500 años de desconocimiento no podemos someternos al capricho interpretativo de posteriores legisladores”. Asamblea Nacional Constituyente, “Intervención de Lorenzo Muelas el día 18 de febrero de 1991”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 19, lunes 11 de marzo de 1991, p. 12.

<sup>684</sup> Estos derechos hacen parte de la problemática que la “cuestión indígena” posee, solamente para ser descriptivos, se puede señalar como ejemplo la discusión que hubo, y

Los derechos políticos están ubicados en los artículos 96, 171 y 176. El primero reconoce que las fronteras del Estado-nación colombiano se constituyeron atendiendo procesos que reflejaron los intereses de las elites y la capacidad política de los proyectos de nación que limitaban con él en las primeras décadas del siglo XIX, al convenir límites con otros Estados-nación se rompieron abruptamente las relaciones que milenariamente habían conformado las sociedades indígenas. Los dos artículos siguientes les dan el derecho a los pueblos indígenas de hacer parte del Congreso de la República en tanto colectivos; estableciendo circunscripciones especiales.<sup>685</sup>

que existe aún en Nicaragua, sobre derechos territoriales y los niveles de autonomía que tienen las comunidades del Atlántico norte, ventilados en el sistema judicial nicaragüense y en el sistema interamericano (como se describió y analizó en el capítulo dos). La situación mexicana frente a estas dimensiones de los derechos de los pueblos indígenas es descrita en 2001 de la siguiente forma: “Autonomía, territorio y pueblos indios. La suma de estos conceptos causa pánico entre los “duros” legisladores del PAN, que comparten el argumento que usó Ernesto Zedillo en 1996 para rechazar la Ley de Derechos y Cultura Indígenas promovida por la Cocopa: la autonomía de los indígenas balcanizará al país. Pero estos conceptos, que son la base de la discusión sobre los derechos indígenas que se verá en los próximos días, ya se reconocen en otros países de América Latina, como Nicaragua, Colombia, Ecuador y Brasil, Pastrana, Daniela, “Derechos indígenas en América Latina: las otras autonomías, periódico *La Jornada*, domingo 18 de marzo de 2001. <http://www.jornada.unam.mx/2001/mar01/010318/mas-otras.html>, consulta realizada el 22 de abril de 2004.

<sup>685</sup> Los artículos son los siguientes: “Artículo 96. Son nacionales colombianos: c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”. Artículo 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para el Senado de la República. La circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el ministro de gobierno”. “Artículo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil. Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco repre-

Los derechos políticos, sociales, económicos y culturales. Se puede decir que para el segundo debate la Asamblea Nacional Constituyente recogió un sinnúmero de iniciativas de los delegados indígenas y no indígenas, que desarrollan el principio aprobado donde se reconoce la dimensión multiétnica y pluricultural de la nación colombiana. Estos derechos los podemos ubicar en el artículo 8, que establece la obligación del Estado y las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación;<sup>686</sup> el artículo 10, que reconoce que las lenguas indígenas son oficiales en sus territorios;<sup>687</sup> el artículo 68, que plantea que los pueblos indígenas tienen derecho a recibir una educación que respete su identidad cultural;<sup>688</sup> el artículo 70, que reconoce la igualdad de todas las culturas;<sup>689</sup> el artículo 72, que plantea que la ley reglamentará el derecho que tienen los pueblos indígenas a los yacimientos arqueológicos;<sup>690</sup> el artículo 356, que homologa los resguardos indígenas a la categoría de municipios para efec-

sentantes”. Bases de datos políticos de las Américas, Constitution updated to 2001 Reforms/ Constitución de 1991, actualizada hasta Reformas de 2001, en español <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html>, consultar realizada el 22 de abril 2004.

<sup>686</sup> “Artículo 8o. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación”. *Idem*.

<sup>687</sup> “Artículo 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe. *Idem*.”

<sup>688</sup> “Artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”. *Ibidem*, p. 5.

<sup>689</sup> “Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación”. *Idem*.

<sup>690</sup> “Artículo 72. El patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”. *Idem*.

tos de las transferencias que la nación debe realizar anualmente a las entidades territoriales.<sup>691</sup>

Los derechos territoriales y de autonomía: analizando los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se puede observar que éstos fueron los que más tensión política produjeron al momento de abordarse en el organismo. Incluso la petición de los tres delegados en el mes de junio de 1991 convocando a que fuesen ubicados como punto del orden del día con urgencia, muestra lo difícil que fue debió ser su discusión.

Como se observó en la presentación de las deliberaciones, los delegados indígenas en todo momento tuvieron que aclarar que todo lo que proponían era animado por la sola vocación de reconocimiento de derechos específicos, pero que en ningún momento atacaban la unidad de la República y el proyecto de nación que tenemos los colombianos.<sup>692</sup> La redacción del articulado, como se mostró en los debates llevados acerca de las entidades territoriales indígenas y sus funciones, se realizó con mucho detenimiento, seleccionando los conceptos y los vocablos que mejor ex-

<sup>691</sup> “Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del gobierno, fijará los servicios a cargo de la nación y de los departamentos, distritos, y municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios. Los distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley. Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Asimismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando éstos no se hayan constituido en entidad territorial indígena”. *Ibidem*, p. 8.

<sup>692</sup> En el informe ponencia que presentaron los delegatarios Orlando Fals Borda y Lorenzo Muelas Hurtado en torno a los derechos de los pueblos indígenas y los grupos étnicos, la idea que plantea la introducción es como desde el siglo XIX hasta el momento de la reunión del organismo la organización territorial del país había venido transformándose y la unidad del Estado colombiano se había mantenido, comentan para afirmar esta tesis lo siguiente: “Esta paulatina evolución operada en las ideas e instituciones políticas se manifiesta hoy como una tendencia generalizada al reconocimiento de la diversidad social, económica, política y étnica de Colombia. Tendencia cuya última y más clara manifestación ha sido el apoyo popular que ha traído a esta corporación a los representantes de esta múltiple diversidad, lo cual no puede interpretarse sino como un rechazo de la población a la hegemonía centralista de la Constitución del 86 y en un sí a la diversidad democrática, diversidad que no conlleva en la mente de nadie una concepción política distinta a la de la Unidad de la República”. Asamblea Nacional Constituyente, “Informe-Ponencia sobre pueblos indígenas y grupos étnicos, presentado por Orlando Fals Borda y Lorenzo Muelas Hurtado”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 40, lunes 8 de abril de 1991, p. 2.

presaran la voluntad del constituyente de proporcionar derechos específicos a los pueblos indígenas, asegurando que la territorialidad indígena y la autonomía se atuviera a los parámetros del Estado-nación unitario.

Los derechos territoriales y de autonomía establecidos son los siguientes: el artículo 63 que declara la imprescriptibilidad y la no enajenabilidad de las tierras indígenas;<sup>693</sup> el artículo 246 que establece la jurisdicción especial indígena;<sup>694</sup> los artículos 286 y 287 que establecen la existencia de entidades territoriales en el país y sus funciones que establecen la existencia de las entidades territoriales indígenas.<sup>695</sup>

Los artículos 229 y 230 objetivizan la tensión político-jurídica que produjo en la Constituyente la deliberación referente a los derechos territoriales y de autonomía de los pueblos indígenas. La secuencia fue la siguiente: primero, los tres delegados indígenas tuvieron que producir un pronunciamiento, en los inicios del mes de junio, para que se incluyera su discusión en la agenda del 17 de junio. En el documento presentaron una propuesta de contenido de estos dos artículos. Segundo, el articulado propuesto fue discutido y aprobado posterior a la fecha mencionada, con las modificaciones descritas en el acápite anterior. En el tercer acto, el mismo articulado es discutido por segunda vez, para ser aprobado de forma definitiva, siendo en esta discusión modificado sustancialmente.

El artículo 229 quedó redactado en primer debate de la siguiente manera: “las entidades territoriales indígenas estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados de acuerdo con los usos y costumbres de las

<sup>693</sup> “Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”, Constitución Política, *op. cit.*, nota 685, p. 5.

<sup>694</sup> “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”. *Ibidem*, p. 8.

<sup>695</sup> “Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley. Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”. *Ibidem*, p. 10.

comunidades que los habitan, así como la Constitución y las leyes, clarificando posteriormente derechos para las comunidades no indígenas urbanas que quedaran dentro de los mencionados entes territoriales”.<sup>696</sup> Durante la discusión del segundo debate todo este contenido cambió y el artículo quedó redactado así:

Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.<sup>697</sup>

El debate en torno a los contenidos del derecho de los pueblos indígenas a poseer una unidad territorial propia que recogiera sus características socioculturales y que fuese fundamento para el desarrollo del derecho de autonomía, fue diferido hacia el legislador del futuro. Indiscutiblemente este tema se convirtió en tópico sensible para la constituyente y de no fácil tratamiento para el tiempo que restaba de deliberaciones (escasos 8 días).

El hecho se demuestra cuando conocemos que hasta el día de hoy, no se ha logrado llegar a un acuerdo político para elaborar una ley orgánica de ordenamiento territorial, pues no sólo significa darle contenido a los artículos analizados que atañen a los pueblos indígenas, sino a otras instituciones del orden territorial aprobadas por la constituyente como la región

<sup>696</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Artículos de la Constitución Política de Colombia Aprobados en Primer Debate”, *Gaceta Constitucional*, núm. 109, Bogotá, jueves 27 de junio de 1991, p. 27.

<sup>697</sup> Bases de Datos Políticos de las Américas, Constitution updated to 2001 Reforms / Constitución de 1991, actualizada hasta Reformas de 2001, en español <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html>, consulta realizada el 22 de enero de 2004.

o la provincia, que replantearían totalmente el poder político y económico del país.

Se concluye con facilidad por qué el mismo constituyente le otorgó estatus de entidad territorial municipal a los resguardos indígenas en el artículo 356, para articular esta entidad territorial indígena<sup>698</sup> al ordenamiento territorial que venía desde la centenaria Constitución de 1886 y no producir debates, donde con toda seguridad no se iba llegar a un consenso. La entidad que quedó aprobada fue el resguardo, pero dándole el estatus de municipio, una entidad que siempre ha existido en la normativa constitucional colombiana desde la fundación de la República.

Aun así el artículo siguiente, el 230 en la Constitución aprobada, que reglamenta las funciones de los Consejos de los territorios indígenas, fue revisado detalladamente para garantizar su armonía con la estructura del Estado, observemos. La función núm. 1 definida con esta redacción en primer debate: “ejercer el control de poblamiento y velar por la integridad territorial, fue aprobada definitivamente así: Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios”, estableciendo esta función como una delegación y no como un desarrollo de las particulares dimensiones que tiene la autonomía de los pueblos indígenas. La función 2 también fue “ajustada” para no permitir márgenes políticos, en el primer debate fue redactado que los Consejos tendría la facultad de: “Diseñar las políticas, los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de sus territorios”, en el debate final quedó que la función sería: “Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo”. Siguiendo la filosofía del anterior replanteamiento.

La función 3, en el primer debate se aprobó la idea de los delegados de poder concertar con el Estado colombiano las inversiones y los programas de desarrollo que se aplicaran en los territorios indígenas. En el debate final fue cambiado y redactado con otra perspectiva: “Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución”. La concertación solicitada quedó como la promoción consensuada entre los delegados. El mismo espíritu lo contenía la función 5 planteada por los tres delegados, sugerían, y fue aprobado en primer debate, que se concertara la

<sup>698</sup> Como se comentó en acápites iniciales de este capítulo el Resguardo es una entidad colonial que posteriormente asimiló la legislación de la República.

explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios; la redacción final quedó: Velar por la preservación de los recursos naturales. Un tema tan sensible a los intereses del Estado, como es la explotación de los recursos naturales, no podía autorizarse ser negociable con los pueblos indígenas. De hecho, este tema ha generado una tensión política sin precedentes en el país en la última década, pues si bien el Constituyente no aprobó el derecho de consulta propuesto por los delegados indígenas, el Convenio 169 de la OIT lo contiene, siendo éste parte de nuestro ordenamiento jurídico desde 1991.<sup>699</sup>

La función 7, que se había ubicado adicional en el primer debate, es redactada con más precisión para enfatizar, que el responsable del orden público a nivel nacional es el presidente, como había sido aprobado en el Título que le adjudicaba las funciones al primer mandatario. Dijo el debate final de la Constituyente en este aspecto: “Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional”.

Tres hechos adicionales pueden ilustrar, con más claridad, el nivel de tensión que produjo en la Asamblea Nacional Constituyente la discusión de los derechos de los pueblos indígenas y la evacuación “política” de sus peticiones:

- El primero, la difuminación de la propuesta de los tres delegados representantes de los pueblos indígenas de crear un Título especial en la carta política donde se precisaran los derechos de los pueblos indígenas y los grupos étnicos del país. Esta idea, si bien no tuvo opositores abiertos, fue “negociándose” paulatinamente por la ubicación de artí-

<sup>699</sup> La forma como se redactó el párrafo que se agregó al artículo 330, denota lo complicado que fue tratar el tema de los recursos naturales y los pueblos indígenas para ubicarlo en un artículo de la futura carta política, aun teniendo como referente el Convenio 169, pues la Ley 21 de 1991 lo había asimilado al ordenamiento jurídico, que explicita el *derecho de consulta*, el vocablo *consultar* no fue usado, como tampoco el de *concertar*, propuesto en la propuesta de los delegados indígenas, la redacción quedó ambigua sin mostrar un compromiso expreso de reconocimiento de un estatus importante a los pueblos indígenas en este tema: “Párrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

culos en la parte orgánica del documento que recogiera la realidad étnica cultural de estas realidades.

- El segundo, el desvanecimiento en el último debate de la propuesta del delegado Lorenzo Muelas para que se ubicara en la Constitución un compromiso del Estado colombiano de elaborar un Plan de Reconstrucción Económica y Social de los pueblos indígenas, con el fundamento del grave daño que le había causado (le ha causado) las políticas implementadas en el periodo colonial y republicano a estas sociedades.
- La tercera, la forma como se fue “ubicando” a los constituyentes indígenas como representantes de sus sociedades y no como representantes de otras realidades que reflejan la diversidad étnico-cultural del país. El constituyente Francisco Rojas Birry presentó innovadoras propuestas relativas a las comunidades afrocolombianas y los habitantes raizales de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pero en el último mes de sesiones del organismo, tuvo que hacer sinergias con los otros tres delegatarios para reflejar en la futura Constitución los derechos de los pueblos indígenas. Los derechos de las comunidades afrocolombianas se ubicaron en un artículo transitorio<sup>700</sup> y los

<sup>700</sup> El artículo transitorio señaló lo siguiente: “Artículo transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social. Parágrafo 1o. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista. Parágrafo 2o. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley”. Bases de Datos Políticos de las Américas, Constitution updated to 2001 Reforms / *Constitución de 1991, actualizada hasta Reformas de 2001*, en español <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Columbia/col91.html>, consulta realizada el 22 de enero de 2004.

derechos del otro sector étnico mencionado, quedaron ubicados en los artículos 309 y 310 de la carta política.<sup>701</sup>

Se optó por la vía de reconocer derechos especiales que fuesen compatibles con el discurso democrático, que sustenta derechos específicos en función de grupo para estas realidades étnicas y culturales, ubicándolos en las secciones que consideraron pertinentes de la parte orgánica de la Constitución. Como se observó, quedaron diferidos para el futuro los contenidos concretos de los derechos territoriales y de autonomía.

Seguramente la prospectiva que hicieron algunos, fue, como advirtió el delegatario Lorenzo Muelas en su intervención en la Constituyente ya mencionada, dejar al capricho interpretativo de posteriores legisladores, el contenido de los derechos indígenas estatuidos en la carta política.

El escenario pesimista del delegatario, fue sustituido por un nuevo momento para los derechos de los pueblos indígenas; las veleidades del legislador, fueron sustituidas por las certezas ubicadas por la Corte Constitucional, que como órgano guardián de la integridad de la carta política, en el nuevo ordenamiento jurídico y político establecido a partir de 1991, ubicó los derechos indígenas en un nuevo nivel jerárquico y le dio contenido real a sus preceptos, al integrar, como lo prescribe la carta política (artículo 93) el sistema internacional de los derechos humanos con el sistema jurídico colombiano. Lo anterior lo dilucidaremos en el siguiente acápite.

<sup>701</sup> “Artículo 309. Eríjese en departamento las Intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y las Comisarías del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada. Los bienes y derechos que a cualquier título pertenecían a las intendencias y comisarías continuarán siendo de propiedad de los respectivos departamentos. Artículo 310. El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador. Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago. Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas”. *Ibidem.*

#### IV. EL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: ÓRGANOS, PROCEDIMIENTOS Y CASOS

Una de las ramas del poder público que experimentó profundas modificaciones con la actividad de la Asamblea Nacional Constituyente fue la de la justicia. Las deliberaciones concluyeron con la aprobación de instituciones novedosas que habían probado su eficacia en otras latitudes y que, instancias del orden internacional promovían como mecanismos idóneos para el fortalecimiento del sistema de justicia nacional. Por supuesto el objetivo que tuvieron los constituyentes fue el de dotar al sistema político colombiano de un modelo de justicia, que propiciara que la situación de impunidad e incumplimiento de los derechos existentes en el país, fuese superada a través de una institucionalidad judicial que tuviera los recursos suficientes y necesarios para su eficaz funcionamiento.

Con el anterior propósito, se establecieron nuevos organismos que replantearon la tradición que tenía el país en cuanto a la organización del sistema judicial nacional como: la Fiscalía General de la Nación,<sup>702</sup> que se instituyó en coordinación de un sistema acusatorio *sui generis*, otorgándole la capacidad para dictar autos de detención bajo la figura de las medidas de aseguramiento, sin el control inmediato de parte de los jueces; procedimiento sin antecedentes en otros países. El Consejo Superior de la Judicatura, que dotó de autonomía administrativa y financiera a la rama judicial y la Corte Constitucional,<sup>703</sup> que ha producido durante su actividad una trans-

<sup>702</sup> La Fiscalía General de la Nación fue diseñada específicamente como órgano para resolver los altos índices de impunidad existentes el país. La ubicación de este órgano en el sistema judicial nacional, no se produjo por la sola voluntad de los constituyentes, existió en ese momento una presión de los órganos de justicia de Estados Unidos para que se produjera la decisión, pues en el concepto de autoridades de dicho país se necesitaba una instancia de esta naturaleza que enfrentara el crecimiento del delito del narcotráfico.

<sup>703</sup> La fundamentación de la necesidad de una Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico-político colombiano fue sustentada por los delegados María Teresa Garcés Lloreda y José María Velasco Guerrero, en ponencia ante la Asamblea publicada en el núm. 36 de la *Gaceta Constitucional*. El documento muestra cómo la idea que un organismo especializado se dedique al control del cumplimiento de los derechos fundamentales y el funcionamiento del ordenamiento institucional, no sólo había sido propuesta doctrinal de tratadistas, sino una experiencia que se había experimentado en diferentes espacios geográficos de Occidente. En ese sentido la anterior perspectiva fue la ubicación de un planTEAMIENTO jurídico institucional en nuestro ordenamiento.

formación radical de la actividad judicial del país. Con la misma perspectiva fueron diseñadas dos jurisdicciones especiales: los jueces de paz<sup>704</sup> y la jurisdicción indígena.<sup>705</sup>

Estas nuevas instituciones de justicia complementaron las conclusiones que referente a los principios y los derechos de los colombianos, realizó la Constituyente.

La definición relativa a lo primero fue la ubicación de 10 principios fundamentales que regirían el ordenamiento político y jurídico. El Constituyente caracterizó en el artículo primero al Estado colombiano como: “un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La definición del Estado colombiano como un Estado social de derecho, produjo un replanteamiento de la visión que existió en el país en torno a los significados que poseían la Constitución y el sistema jurídico y político.<sup>706</sup> Tradicionalmente se tenía la idea que la carta política, era un refe-

<sup>704</sup> “Artículo 247. La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular”, Bases de Datos Políticos de las Américas, Constitution updated to 2001 Reforms / *Constitución de 1991, actualizada hasta Reformas de 2001*, en español, <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html>, consulta realizada el 18 de febrero de 2004.

<sup>705</sup> “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”. *Idem*.

<sup>706</sup> A la Corte Constitucional le ha correspondido aclarar al sistema de justicia nacional el significado constitucional, político y jurídico que tuvo esta decisión del Constituyente, en una de las primeras sentencias se señala: “3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: *pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos* (las cursivas en el texto). Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucio-

rente esencial para la estructura jurídica y política, pero que debía ser llena de contenido por la actividad del legislador. La Corte Constitucional en sus primeros fallos debió pedagógicamente aclarar que la ubicación del término “social” a la caracterización del Estado colombiano, no debía ser “entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”.<sup>707</sup> Se complementa el anterior principio con la definición de la nación colombiana como pluriétnica y cultural y los mandatos para el Estado y los particulares de proteger los recursos naturales y culturales de país, artículo 8, y el reconocimiento de las lenguas indígenas como oficiales en sus territorios, artículo 10. Uno de los principios que ha sido recreado y dinamizado por parte de la Corte Constitucional, al aplicarlo en el contexto de un Estado social de derecho, es el que orienta la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico: “La Constitución es norma de normas”. “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.<sup>708</sup>

Las conclusiones en cuanto a lo segundo, es decir en cuanto a los derechos, permitieron la consolidación del establecimiento en la carta política,

nal en el Estado social de derecho. 4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema —planteado ya por Aristóteles— de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero *intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad* (las cursivas en el texto), es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica”.

<sup>707</sup> Corte Constitución Colombiana, Sentencia 406 de 1992, p. 17.

<sup>708</sup> Eduardo García de Enterría expone las razones en que se fundamenta la supremacía de la Constitución: “...la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley será válida o un reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las “normas de producción”, la norma, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido”. García de Enterría, Eduardo, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1988, pp. 49 y 50.

de un largo número de derechos, de mecanismos de protección y de criterios de interpretación que han replanteado el acceso a la justicia de todos los colombianos incluyendo a los pueblos indígenas. La constituyente le dedicó todo el Título II de la carta política a los derechos, garantías y deberes. Fueron ubicados los llamados derechos fundamentales en un capítulo, los derechos económicos, sociales y culturales en otro y en uno especial los que se refieren a los derechos colectivos o del ambiente. Para los pueblos indígenas fueron estipulados los derechos comentados en el acápite anterior.

Como complemento a estas conclusiones el constituyente tomó dos decisiones que replantarían las formas de concebir los derechos fundamentales de los ciudadanos, la primera fue ubicada en el artículo 93: “Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, interpretando con ello las realidades globales jurídicas y políticas que se viven intensamente las últimas décadas en el mundo. Y la segunda, en el artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Respecto de mecanismos de defensa de los derechos las conclusiones de la Constituyente también trasformaron las ritualidades que existían para el acceso a la justicia de los colombianos. La protección de los derechos se trató de garantizar con la institucionalización de las acciones nuevas para el ordenamiento jurídico colombiano. Fueron estipuladas la acción de cumplimiento,<sup>709</sup> la acción colectiva o popular,<sup>710</sup> las acciones de grupo,<sup>711</sup> y la

<sup>709</sup> “Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Bases de datos políticos de las Américas, Constitution updated to 2001 Reforms / *Constitución de 1991, actualizada hasta Reformas de 2001*, en español, <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html>, consulta realizada el 3 de febrero de 2004.

<sup>710</sup> “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”. *Idem*.

<sup>711</sup> “Artículo 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan

acción de tutela.<sup>712</sup> Esta última significó la transformación de la práctica del litigio en el país y ha incrementado los niveles de eficacia, no sólo de los derechos de los colombianos, sino de la relación de la institucionalidad colombiana con la sociedad.

La acción de tutela se ha convertido en los años que lleva de vigencia la Constitución de 1991, en el mecanismo que replanteó la visión que el sistema judicial nacional tenía acerca de los derechos de fundamentales de los pueblos indígenas que habitan en el país. Los pueblos indígenas, que habían sido durante toda la vigencia del anterior orden constitucional tratados por el sistema de justicia y el orden legal como salvajes o semisalvajes y ubicados bajo la protección de comunidades religiosas en extensas zonas del país, o en el campo del derecho penal tratados con la categoría de inimputables, con la actividad de la Corte Constitucional, en su función de revisión de acciones de tutela, fueron emergiendo como sociedades concretas, diferenciadas del modelo de sociedad nacional, dotadas de autonomía jurisdiccional, territorial, económica y política. Desde las primeras decisiones la corporación conceptuó:

1. La Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (artículo 7). Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra república. Las comunidades indígenas, conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, artículo 2), gozan de un estatus constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de senadores y representantes (artículos 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo

propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”. *Idem.*

<sup>712</sup> “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. *Idem.*

con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (artículo 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (artículo 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inenajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (artículos 63 y 329).<sup>713</sup>

Los casos revisados por la corporación nos muestran que las primeras decisiones de tutela tomadas en el contexto de la nueva Constitución por los jueces de la República, sobre miembros de pueblos indígenas o comunidades indígenas, expresaban los parámetros de análisis jurídicos y políticos racistas y discriminadores o en muchos de los casos abordaban la solución de los problemas jurídicos, planteados por los sujetos o las comunidades indígenas, con perspectivas que los infravaloraban como sujetos de derechos. Una de las primeras actividades de la Corte ha sido aclarar el sentido antropológico, sociológico, político y jurídico de las realidades indígenas a finales del siglo XX, recogiendo avances que se habían dado en los contextos nacional e internacional.

En los últimos años se ha producido un cambio fundamental de concepción en la doctrina jurídica y en la ciencia política, sobre derechos de las comunidades indígenas. En la Constitución colombiana se manifiesta claramente este cambio, cuyas implicaciones empiezan a tener una trascendencia que sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico. En el concepto solicitado por el magistrado ponente al doctor Luis Javier Caicedo, se explica cómo, otro elemento de esta transformación se encuentra en el Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre pueblos indígenas en países independientes (aprobado por la Ley 21 de 1991) el cual vale la pena mencionar, en cuanto que representa una clara manifestación concreta del sentido adoptado en esta materia por la carta vigente. El artículo cuarto de este convenio ordena “adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. Tales medidas —continúa el convenio— no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.<sup>714</sup>

<sup>713</sup> Corte Constitucional Colombiana, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

<sup>714</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-428 de 1992, p. 11, <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Constitucionalidad/C-531-93.htm>, consulta realizada el 5 de febrero de 2004.

Una de las primeras labores pedagógicas y políticas que debió realizar la Corte fue la aclaración, a los operadores jurídicos y políticos, que con la nueva estructura constitucional, los indígenas dejaban de ser sujetos marginales de los ordenamientos jurídicos y políticos o concebidos como una sumatoria de individuos portadores de cosmovisiones en vías de extinción. Desde los primeros pronunciamientos la corporación aclaró que éstos eran estructuras sociales portadoras de derechos específicos.

8. 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 1 y 7). 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. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (artículos 1, 7 y 14).<sup>715</sup>

Observemos cómo se ha desarrollado la dinámica de precisión del contenido de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la Corte

<sup>715</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, p. 8.

Constitucional, pues ha sido el escenario propicio para que las expectativas políticas y jurídicas ubicadas por los constituyentes indígenas en torno a estas sociedades, se hagan realidad. La Corte se ha convertido en el organismo receptor de valores, derechos, principios, conceptos, teorías que en relación con las sociedades multiétnicas y pluriculturales, se han elaborado en espacios globales y nacionales en las dos últimas décadas, imponiéndose una visión acerca del acceso al sistema de justicia de estas sociedades.

### 1. *La Corte Constitucional y los pueblos indígenas*

Los constituyentes, en el artículo 241 de la carta política, ubicaron las funciones de la Corte Constitucional, cuatro de ellas, la una general y las tres específicas, han permitido la conformación de una jurisprudencia creativa que ha replanteado la tradición del constitucionalismo en el país.

La primera función estipula que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En este ejercicio, la corporación ha estipulado la visión preceptuada por la nueva Constitución, que debe guiar el funcionamiento de la institucionalidad estatal colombiana en su relación con los miembros de la sociedad.<sup>716</sup> La Corte rompió con la tradición de tener la carta política como un mero referente simbólico para el ordenamiento jurídico y político. Durante el tiempo de su existencia, ha introducido la perspectiva que la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato,<sup>717</sup> independientemente de que no existan desarrollos legales de sus preceptos. A la corporación es la que le ha correspondido llenar de contenido, para su aplicación en la realidad social y política nacional, los principios, los valores y el significado que para el sistema jurídico y político tiene que Colombia declarar ser un Estado social de derecho.<sup>718</sup> Como observare-

<sup>716</sup> “El control constitucional es un conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad”. Charry Ureña, Juan Manuel, *Justicia constitucional. Derecho comparado y colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1993, p. 73.

<sup>717</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-406 de 1992, p. 18. <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Constitucionalidad/C-531-93.htm>, consulta realizada el 3 de febrero de 2004.

<sup>718</sup> “La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado social de

mos en los casos que evaluaremos, esto ha contribuido grandemente a replantear la visión que se tenía de los pueblos indígenas como sujetos de derechos.

La segunda función está ubicada en el numeral 9 del artículo 241 y señala que a la Corte le corresponde: “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”. Haciendo uso de esta facultad, la Corte ha tenido la oportunidad de evaluar peticiones de protección de derechos fundamentales que comunidades indígenas o indígenas individualmente presentaron ante diferentes instancias judiciales, las cuales resolvieron dichas peticiones haciendo uso de la lógica de interpretación constitucional configurada con la Constitución anterior.<sup>719</sup> A la Corte le ha correspondido por vía de revisión, sentar las bases para la imposición de una nueva metodología de interpretación constitucional, que ubique la idea de eficacia de

derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia amerita un pronunciamiento de la Corte sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional —del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente— sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma”. *Ibidem*, p. 5.

<sup>719</sup> Todas las acciones de tutela presentadas en el país deben enviarse posterior al cumplimiento de los procedimientos estipulado en el decreto 2591 de 1991 a la Corte Constitucional. La corporación tienen la facultad de seleccionar determinadas tutelas para ser revisadas y establecer jurisprudencia sobre el tópico. La selección de las tutelas la realiza la corporación haciendo uso de los siguientes criterios: relevancia social y política del tema, la necesidad de elaborar o reafirmar criterios jurisprudenciales o el interés que tengan actores específicos del sistema político y social del país sobre sus decisiones, el caso de los pueblos indígenas, por vía de ejemplo. El decreto 2591 de 1991 es el que reglamenta todos los procedimientos de la acción de tutela. Frente a la función de revisión desde el mismo inicio de su actividad la Corte Constitucional expuso la importancia que para el ordenamiento constitucional tiene esta facultad: “23. Los reparos que pueda suscitar esta posición, en el sentido de que se llegaría a una enorme dispersión jurisprudencial en vista del carácter abiertamente político del contenido de las decisiones, pueden ser despejados si se tiene en cuenta la importante fuente de seguridad jurídica que se desprende del mecanismo de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional y consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la carta. Como se sabe, la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso “normativo-general” de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional”. *Ibidem*, p. 19.

los nuevos derechos, principios y valores que el Constituyente 1991 deseó instaurar.

La tercera función orienta que a la corporación le corresponde decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. En el cumplimiento de esta prerrogativa, la corporación ha estudiado dos demandas que han significado el replanteamiento de las relaciones Estado-pueblos indígenas, la primera, contra la ley aprobatoria del Concordato con la Santa Sede,<sup>720</sup> donde declara inconstitucional las funciones de la iglesia en los territorios indígenas, planteando que ni el Estado ni la mencionada institución tienen potestades para intervenir en el gobierno indígena. Se reconoce así en el estatuto máximo la evolución que han tenido, con signos de mejoramiento, las zonas marginadas del país, que de ser consideradas minusválidas en el pasado, se les abre la posibilidad de asumir la conciencia de su propia identidad y de ahí, que se les conceda autodeterminación y autogobierno propios.<sup>721</sup> Haciendo uso de esta misma facultad, la Corte abordó el estudio de una demanda de inconstitucionalidad que se interpuso contra la Ley 89 de 1889, referente normativo que influyó la relación Estados-pueblos durante gran parte del siglo XX, declarando inconstitucionales varios de sus artículos. Una de las conclusiones a que llegó la corporación en ese momento, fue: “Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como ‘salvajes’, son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las integran, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de Occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a *la cultura* y a *la civilización* (la Corte destaca estas palabras) sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala”.

La cuarta función está ubicada en el numeral 10 del artículo 241, que plantea que a la Corte le corresponde: “Decidir definitivamente sobre la

<sup>720</sup> Ley 20 de 1974, por la cual se aprueba El Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973.

<sup>721</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 027 de 1993, p. 15.

exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben". En el cumplimiento de esta prerrogativa, ha revisado varias leyes aprobatorias donde los pueblos indígenas son actores, como ejemplo la sentencia C-147 de 1994, en la cual se estudia la constitucionalidad de la ley que aprueba el tratado sobre el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, suscrito en Madrid el 24 de junio de 1992.

La Corte Constitucional y la acción de tutela se convirtieron en las instituciones que ayudaron a que el principio ubicado en el artículo 7 de la Constitución que prescribe, a la nación colombiana como multiétnica y pluricultural, respecto de los pueblos indígenas, no fuese una mera proclamación de ideas sin ninguna posibilidad de eficacia en la estructura socio-política.

En los casos que analizaremos a continuación observaremos con detalle cómo la Corte, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 241 de la Constitución, ha venido dándole contenido a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Se analizará y describirá cómo la corporación que tiene la misión de guardar la integridad de la Constitución en Colombia, durante este ejercicio ha realizado una labor de armonización entre los principios, valores y derechos que contiene la carta política desde 1991, con los preceptos de derechos humanos que internacionalmente se han configurado respecto a los pueblos indígenas.

Para organizar el análisis y la exposición de los casos tratados por la Corte que consideramos relevantes en el establecimiento de los contenidos de los derechos indígenas, primero trataremos el tema de las decisiones de la corporación en torno al derecho de los pueblos indígenas a tener su propia jurisdicción, tema que es abordado fundamentalmente a partir de casos presentados en 1994. Establecido lo anterior, pasaremos al análisis de los casos que le han proporcionado a la Corte la oportunidad de establecer los contenidos de los derechos de los pueblos indígenas al territorio y el derecho a ser consultados por los Estados, cuando éstos planeen ejecutar proyectos que les afecten directa o indirectamente. Consideramos que los debates suscitados alrededor de estos tres derechos nos muestran con claridad los nuevos escenarios globales en que se desarrollan los pueblos indígenas y la conexión que tienen los derechos indígenas según la Corte Constitucional, con el orden jurídico internacional. Aparecerán entonces en el análisis el Estado-nación, las organizaciones transnacionales, los pueblos

indígenas, las organizaciones internacionales de derechos humanos y sus instrumentos.

Antes de abordar lo mencionado, consideramos pertinente presentar una decisión de la Corte Constitucional donde, al mismo tiempo que clarifica el contenido de la jurisdicción indígena como derecho, la corporación precisa el significado antropológico y sociológico, que para la Constitución de 1991, tienen las estructuras socioculturales categorizadas como pueblos indígenas. Se observará que en este sentido, la interpretación constitucional entra en contacto directo con los parámetros que las ciencias sociales han elaborado sobre estas realidades en las últimas décadas.

*A. La naturaleza social y cultural de los pueblos indígenas y la jurisdicción especial indígena. Sentencia T-254 de 1994*

La Corte Constitucional asumió la revisión de un caso decidido por un tribunal departamental y la Corte Suprema de Justicia, donde 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.

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 el segundo, de una de las salas de la Corte Suprema de Justicia, para luego asumirlo la Corte mediante el procedimiento de revisión.

Lo interesante del caso, en este análisis, fue la concepción operativizada por las dos corporaciones para abordar la solución del caso, respecto a la naturaleza de las decisiones de las comunidades indígenas y las comunidades indígenas mismas: 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 ilíquida, 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 fallador 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 expresó el primer fallador, 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 un sujeto de derecho de características sociales y culturales específicas, ni sociedades con una historia y cosmovisiones diferentes a las hegemónicas; son asociaciones de personas indígenas, que se encuentran vinculadas por autorización del artículo constitucional 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 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 socioantropológico radicalmente diferente. Según la Corte, las decisiones de la comunidad indígena frente al infractor, no se deben concebir como una decisión tomada por una asociación civil o como un simple acto administrativo de carácter sancionatorio emanado por 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 está 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 él desde la perspectiva del derecho constitucional y no según el régimen de comunidad civil dispuesto para regular las relaciones entre comuneros.<sup>722</sup>

Los referentes conceptuales para esclarecer la naturaleza social y cultural de los pueblos indígenas la Corte Constitucional no los halló en la estructura normativa del orden jurídico colombiano. La corporación operativizó conceptos socioantropológicos 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* (las cursivas son 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”.<sup>723</sup> 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”.<sup>724</sup>

Ubicando la naturaleza del sujeto que emite la sanción contra Ananías Narváez, no como una ficción jurídica, sino como un colectivo humano,

<sup>722</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia 254 de 1994, p. 17, <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Constitucionalidad/C-531-93.htm>, consulta realizada el 23 de febrero de 2004.

<sup>723</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>724</sup> *Idem*.

poseedor de unas características étnicas específicas, el órgano constitucional pasa a caracterizar la decisión que ésta 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 la Constitución le concede a los pueblos indígenas.

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

*B. La Corte Constitucional y la relación entre las normas de los pueblos indígenas-sistema legal colombiano, derechos constitucionales fundamentales e internacionales de derechos humanos. Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996 y T-523 de 1997: el derecho a poseer una jurisdicción propia de los pueblos indígenas*

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 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, plantea en las sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996 y T-523 de 1997 una propuesta para establecer los parámetros jurídicos y socioantropológicos 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, 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 pluricultural, artículo 7, Estado-nación 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 aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos.

Los conflictos jurídicos y políticos presentados en la dinámica de la realización del precepto constitucional que reconoce la jurisdicción indígena, la corporación 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, siguiendo las reflexiones de la Corte Constitucional, 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”.<sup>725</sup> 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 un pueblo indígena comprometido. Las decisiones de la Corte en los últimos diez años están relacionadas con peritajes donde especialistas de las ciencias sociales fundamentan científicamente

<sup>725</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254 de 1994.

la existencia de sociedades con formas de control social particular.<sup>726</sup> 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 cohesión 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 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”.

El pluralismo jurídico, para realizarse, necesita perspectivas innovadoras en lo que respecta a la relación normas y procedimientos de los pueblos

<sup>726</sup> Varios antropólogos han estado vinculados a las decisiones de la Corte Constitucional respecto de pueblos indígenas aportando sus puntos de vista sobre la problemática, entre ellos, Preafán, Simónías, Carlos, el cual es autor de *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayuu y Tule*, Gómez Valencia, Herinaldy, autor de la investigación: *De la justicia y el poder indígena*, y Sánchez, Esther, quien permanentemente ha aportado a la Corte Constitucional la visión de esta disciplina a la problemática de los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, autora de los trabajos: *Construcciones epistemológicas sobre el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano*; *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*; *Conflicto entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria* y *Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica*, entre otros.

indígenas-sistema legal nacional. Si se imponen criterios verticales para hacer respetar la normatividad legal nacional, el pluralismo jurídico se transforma en una caricatura, que se convierte en una estrategia invisibilizadora de las jurisdicciones diferentes a la hegemónica. Frente a las normas legales imperativas 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) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (artículo 330) 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: “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 jurisdicciones de los pueblos indígenas, en relación con 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 que sí 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 socioantropológicos y jurídicos, los cuales interpretan el sentido del

pluralismo cultural orientado por la Constitución. En la primera apoya sus conclusiones en autores de la ciencia política, asumiendo:

Reflexiones como la de Agnes Heller 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 ésta 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”.<sup>727</sup>

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 que occidente imponía siempre para interactuar con otras culturas; siempre impone los límites y los criterios.<sup>728</sup> Se avanzó

<sup>727</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994.

<sup>728</sup> De allí dijimos 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 por el 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 alejarse 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, sus usos y costumbres observadas y guardadas después de que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de

en 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 la 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 concluyó en la sentencia T-254 de 1996, 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 de 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

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 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”, *op. cit.*, nota 148, 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” (las cursivas son nuestras).

delitos y en las penas”, entendiéndolo por 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.<sup>729</sup>

La Corte Constitucional extrae el nuevo mínimo ético de los derechos que según los convenios de derechos humanos de 1966 de la ONU y el instrumento de derechos humanos del sistema interamericano de 1969, no son susceptibles de suspenderse en cuando se decreten Estados de Excepción.

Los presupuestos para la realización de estos parámetros nuevamente son sustentados por la Corte Constitucional en presupuestos sociológicos y antropológicos. El respeto a 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 consolidadas. Constatado lo anterior, el principio a aplicar para realizar el principio de la diversidad étnica y cultural, 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”.<sup>730</sup>

El diálogo abierto entre los operadores del derecho y el sistema internacional de los derechos humanos, permitió el establecimiento de los contenidos del derecho que tienen los pueblos indígenas a poseer su propia jurisdicción.

### *C. El derecho al territorio de los pueblos indígenas en la Corte Constitucional*

El derecho al territorio ha sido una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas de Colombia. Las décadas de los setenta y ochenta significaron para el movimiento indígena colombiano, el periodo más intenso de recuperación y defensa de los territorios que histórica y culturalmente les han pertenecido. La trascendencia de este derecho fue descrita durante los debates de los derechos específicos de los pueblos indígenas en la Constituyente por Francisco Rojas Birry de la siguiente manera: “Sin este derecho los anteriores (derecho a la identidad cultural y a la auto-

<sup>729</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-523 del 15 de octubre de 1997.

<sup>730</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349 del 8 de agosto de 1996.

mía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento del derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat”.<sup>731</sup>

En el acápite que presentamos en torno al debate de los derechos de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente se destacó que el tema que más produjo tensión fue la estipulación de los contenidos de los artículos que indicaban derechos territoriales a estas comunidades. Hasta el punto que únicamente se llegó a la conclusión de reconfirmar la existencia del espacio cultural-territorial sempiterno que los pueblos indígenas han tenido en el sistema jurídico colombiano: el Resguardo. En cuanto a las entidades territoriales indígenas estipuladas en los artículos 286 y 329 de la carta política, le fue delegada al legislador la función de darles contenido a través de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.<sup>732</sup>

<sup>731</sup> Asamblea Nacional Constituyente, “Ponencia: Los derechos de los grupos étnicos presentado por Francisco Roas Berry”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 67, sábado 4 de mayo de abril de 1991, p. 18.

<sup>732</sup> Ley que en los trece años de vigencia de la Constitución no ha podido ser concertada en el Congreso de la República, pues su objetivo es replantear la visión de territorialidad que ha tenido el país los últimos 150 años, lo que no le produce confianza a los actores políticos y económicos tradicionales del país. En el periódico *El Tiempo* se informa sobre lo sucedido en el Congreso respecto de esta ley: “Van 14 iniciativas fallidas del proyecto de ley orgánica de ordenamiento territorial: La pregunta que se hacen los expertos que llevan trece años trabajando en el tema es, entonces, ¿sí habrá interés del Congreso de expedirlo? Por ahora, la iniciativa ya ha superado sus dos primeros debates en el Senado y le queda su tránsito por la Cámara de Representantes. Quienes estuvieron al frente de su redacción, académicos, congresistas, las federaciones de departamentos y municipios y el gobierno nacional, esperan que esta vez el proyecto pueda ser aprobado y pasar a sanción presidencial. El valor que para sus promotores tiene esta nueva iniciativa es, entre otras cosas, lo corto de su articulado, lo cual simplifica la legislación en materia de ordenamiento territorial. A pesar de que esta ley matriz no ha podido ser aprobada, en 13 años de vigencia de la Constitución ya se han expedido 104 leyes “hijas” que se relacionan con el ordenamiento territorial. El ex ministro Juan Camilo Restrepo recordó un comentario del ex constituyente Carlos Lleras de la Fuente en el sentido de que con esta normatividad se produce una alteración de la fisiología jurídica, pues “primero nacieron los hijos que la madre”. Restrepo participó, junto con otros expertos en el tema, en una mesa redonda organizada por el Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política, la Fundación Konrad Adenauer y *El Tiempo*. Para el ex constituyente Orlando Fals Borda, lo más positivo de la actual iniciativa es que termina con 13 años de discusiones teóricas. “Es el proyecto núm. 14 y es el momento de la práctica. La práctica es la que nos va a enseñar cómo desarrollarlo”, dijo Fals. Pero otro ex constituyente, el ex ministro Jaime Castro, se muestra menos entusiasta y asegura que después de 13 años se debería esperar que salga

Los territorios que han ocupado los pueblos indígenas durante toda la historia del país, han sido asediados por los diferentes actores económicos y políticos, en un primer momento los conquistadores y colonizadores, que buscando realizar sus objetivos de control territorial, cultural y político los ubicaron en espacios de resguardo. Los líderes de la República tomaron decisiones legislativas para introducir la tierra de los pueblos indígenas a las dinámicas del mercado que deseaban imponer. A pesar de las leyes de protección que se restablecieron a fines del siglo XIX, los espacios ocupados por las comunidades indígenas, fueron asediados y expropiados por terratenientes durante gran parte del siglo XX. De allí los dos periodos reconocidos de intenso conflicto de los pueblos indígenas con estos protagonistas de la historia agraria del país, durante las tres primeras décadas del siglo XX, donde el clímax del movimiento lo representó Manuel Quintín Lame y las décadas de los setenta y ochenta, donde surgieron las organizaciones indígenas que impusieron la consigna “territorio y cultura”.

En los finales del siglo XX, como lo observaremos, los actores a los que se han tenido que enfrentar los pueblos indígenas para luchar por el mantenimiento de sus territorios y el ejercicio de la autonomía territorial son:

- El Estado-nación, que ha pretendido reducir a sus mínimos criterios el derecho al territorio y a la autonomía territorial, aplicando las teorías del ejercicio de la soberanía; tratando de desconocer las características sociopolíticas particulares, que en estos aspectos poseen los pueblos indígenas. Articulados a este aparato institucional, se han encontrado diversos actores locales, que han pretendido reducir los territorios indígenas a los esquemas de organización territorial hegemónicos. Convenientes para el control político por su parte, como lo observaremos en el caso del pueblo Arhuaco, que analizaremos en la parte última de este acápite.
- Los intereses económicos y políticos del orden internacional y nacional. En el orden económico representado por intereses del Estado-nación y grupos económicos internacionales interesados en los recursos naturales, ubicados en los territorios indígenas. El segundo, en el orden político, reflejado en los compromisos geopolíticos del país, que

exigen la flexibilización de la autonomía territorial de los pueblos indígenas (Sentencia T-405 de 1993). La dimensión nacional de este aspecto la constataremos en los intereses de poder y control de territorio de elites regionales que han intentado desconocer los derechos territoriales de las comunidades indígenas (Sentencia T-634 de 1999).

A la Corte Constitucional le ha correspondido contextualizar la voluntad del constituyente y del ordenamiento jurídico internacional, respecto de este derecho que tienen los pueblos indígenas. Tres sentencias de revisión de tutelas: la T-567 de octubre 23 de 1992, la T-188 de mayo 12 de 1993 y la T-634 de 1999, nos permitirán observar los alcances de este derecho de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico-político colombiano.

*a. Tutela T-567 de 1992: parcialidad indígena de La Paila vs. Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora)*

Este es uno de los primeros casos que revisa la Corte Constitucional, donde el peticionario de protección de derechos fundamentales es una comunidad indígena. La situación narrada por los representantes de la comunidad, sirve para visualizar el contexto institucional con que los pueblos indígenas tenían que interactuar con el anterior orden constitucional. Una de las características de la decisión, es que evidencia que la Corte Constitucional no había producido todavía a su interior, una discusión en torno al significado de los derechos de los pueblos indígenas.

El conflicto que narran los peticionarios y que le presentaron haciendo uso de la acción de Tutela al Tribunal de Cundinamarca es el siguiente: “El 10 de julio de 1985 las comunidades indígenas de La Paila y Río Naya se dirigen a la División de Asuntos indígenas del Instituto de Reforma Agraria (Incora), con el fin de que una vez organizado el Cabildo, se le titulara un territorio como resguardo, conforme al censo y alinderamiento señalado en la solicitud. Este territorio, según la demanda, era necesario para la seguridad de la vida y bienes de todos los miembros de la parcialidad”.<sup>733</sup>

Lo interesante de la cuestión es que la anterior petición nunca fue respondida por ninguno de los funcionarios que ejercieron la dirección del Instituto Colombiano para la Reforma Agraria entre 1985-1992.

<sup>733</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-567 de octubre 23 de 1992, p. 2.

Aparentemente el conflicto jurídico era entre la entidad del orden nacional encargada de resolver los conflictos de tierras y una comunidad indígena. Pero existió un tercer actor en el caso, la empresa trasnacional Smurfit-Cartón de Colombia, la cual según los peticionarios, realizaba actividades para usar la zona para el cultivo de pinos. El territorio solicitado por los indígenas como Resguardo, hacía parte de los planes de dicha compañía. En el petitorio los representantes de la comunidad indígena sostienen que “debido al deseo por parte de la multinacional Smurfit Cartón de Colombia, de apoderarse de todos los terrenos de la zona de influencia del cabildo de la parcialidad indígena de la Paila, se han presentado roces que han producido la destrucción de los sembrados que le permitan a esta comunidad subsistir, además que se ha dado el encarcelamiento de sus representantes y aun amenazas en contra de su integridad”.

No sólo la entidad promotora y ejecutora de la reforma agraria en el país dilataba las decisiones para favorecer intereses de terceros; también las autoridades municipales aprehendieron a numerosos comuneros pertenecientes a la comunidad indígena, como violadores del régimen de propiedad privada, pues habían decidido que los indígenas no tenían ningún derecho sobre los espacios donde solicitaban la creación del Resguardo.

Ante la evidente dilación de las autoridades administrativas competentes para responder a las peticiones de la comunidad indígena que se estudiara la posibilidad de la formalización del respectivo Resguardo que protegiera el territorio tradicional de la comunidad, la sección tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decide proteger el derecho fundamental de los indígenas a tener una pronta respuesta a sus peticiones. Sostuvo la corporación, que su decisión se sustenta en “que en el presente caso han transcurrido seis años y once meses, término que es más que razonable y suficiente para que la administración haya emitido el correspondiente pronunciamiento”.<sup>734</sup> Respecto de la solicitud de amparar lo preceptuado en los artículos 2, 7 y 8, la corporación emite el concepto que, no se pueden amparar debido a que tales son contentivos de principios y no de derechos. En opinión del tribunal tampoco podría ser amparado como violado el derecho a la igualdad, pues en su concepto “éste no resulta lesionado por la sola inacción de la autoridad de quien se ha solicitado un pronunciamiento”.

<sup>734</sup> *Ibidem*, p. 3.

En sala de revisión la Corte Constitucional confirma la decisión del Tribunal respecto a proteger el derecho de petición que la carta política protege en su artículo 23. Respecto a los criterios que emite el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la naturaleza no normativa de los principios que la Constitución contiene y de la no violación del derecho a la igualdad por inacción de las autoridades, ve una oportunidad para reiterar la visión sobre el significado del primer Título de la Constitución en un sistema jurídico-político que se autocalifica como Estado social de derecho.

Para la corporación resulta extraño al nuevo ordenamiento constitucional que el intérprete y guardador de su integridad, que son todos los jueces de la República al fungir como jueces de tutela, observe durante el cumplimiento de esta función los derechos fundamentales que pretende proteger aisladamente, como instituciones autónomas, sin hacer referencia al contexto general de la carta política, sin hacer conexiones con el preámbulo, los principios y los fines que los inspiran el ordenamiento.

En esta perspectiva de ninguna forma el intérprete de la carta política puede realizar su ejercicio sin encontrar las conexiones axiológicas entre los derechos fundamentales, la parte orgánica de la Constitución y el preámbulo, los principios y los fines del Estado. Se le recuerda a los jueces de tutela: “Tales elementos no se reducen a la simple retórica ni a la aspiración de la comunidad hacia ideales abstractos e inalcanzables, sino que se constituyen en criterios orientadores sobre el sentido y el contenido de los preceptos constitucionales en concreto, en el orden de lograr unos propósitos bien definidos por el constituyente”. Los elementos mencionados de la Constitución para la Corte “están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental”, que señala expresamente que la Constitución es norma de normas y que ninguna decisión de las autoridades existentes en el sistema político-jurídico pueden contrariarla.<sup>735</sup>

<sup>735</sup> Respecto de la fuerza normativa del preámbulo de la Constitución en esta decisión la Corte reitera lo afirmado en la Sentencia de sala plena C-479, de agosto 13 de 1992 magistrados ponentes José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero: “Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la carta instaura y, por tanto, toda norma —sea de índole legislativa o de otro nivel— que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios. Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra cosa que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea

Respecto de la no violación del derecho fundamental a la igualdad, por considerar el Tribunal de Cundinamarca que este hecho no se produce por inacción de las entidades administrativas, la decisión de la Corte afirma que “muchas veces la acción o la inactividad de la administración, no necesariamente lesionan un solo derecho fundamental. Es más, puede decirse que en la mayoría de los casos ocurre una violación múltiple de derechos, pues directa o indirectamente están relacionados entre sí. En el presente caso la Corte considera que la reticencia en que la administración ha incurrido vulnera, además del derecho de petición, el derecho a la igualdad material, pues existe el deber constitucional de adoptar medidas pertinentes a favor de grupos discriminados y marginados. Y siendo evidente el abandono, humillación y discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos, se hace necesario que se imponga siempre a su favor un trato preferencial”.<sup>736</sup>

La decisión de la Corte muestra claramente, que en este momento no había sucedido a su interior un debate sistemático referente a los derechos de los pueblos indígenas. La segunda oportunidad que tuvo, donde el derecho al territorio estuvo en el centro de la controversia jurídica, fue decidida en la Sentencia T-188 que analizaremos a continuación.

*b. Sentencia T-188 de 1993: miembros de la comunidad indígena Paso-Ancho-municipio de Ortega vs. Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora)*

Uno de los muchos procesos de recuperación de territorio por parte de los pueblos indígenas sucedidos en la década de los ochenta, se produjo en el municipio de Ortega, departamento del Tolima. Este municipio es conocido en el país porque en él se asientan numerosas comunidades indígenas. La comunidad Paso-Ancho después de presionar un proceso de expropiación por parte del Incora, le fue otorgada en 1987 la propiedad colectiva del predio Chicuambe, con una extensión aproximada de 797 hectáreas. Para lograr sus objetivos, este grupo de indígenas recibió la solidaridad de la comunidad indígena de San Antonio, quienes se convirtieron en comuneros del predio expropiado.

de comparar entre normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable, sólido y conjunto”. *Ibidem*, p. 5.

<sup>736</sup> *Idem*.

Con la formación del nuevo espacio territorial para estos indígenas se conformó el cabildo de Paso-Ancho, donde fue nombrado como gobernador, Crispín Loaiza. Según se narra en la demanda de tutela el conflicto se originó cuando “años más tarde integrantes de la parcialidad de San Antonio se tomaron el cabildo de la comunidad, destituyeron a sus directivos desconociendo el trámite establecido en la Ley 89 de 1890, y se dieron a la tarea de perseguirlos y hostigarlos con el fin de expulsarlos de su propio territorio”.

Los integrantes de la comunidad de Paso-Ancho, miembros del Cabildo que fueron destituidos arbitrariamente por los miembros de la comunidad de San Antonio, presentaron en reiteradas ocasiones solicitud al alcalde municipal de Ortega para que interviniera, haciendo uso de las facultades que le confería el artículo 11 la Ley 89 de 1889, y resolviera el conflicto que se presentaba entre las dos comunidades por el gobierno del territorio tradicional. La entidad municipal nunca respondió esta solicitud.

Ante el silencio de la administración municipal y habiéndose presentado nuevos enfrentamientos entre miembros de las dos comunidades, los líderes de la comunidad de Paso-Ancho solicitan al director regional del Incora: “La realización de los estudios socioeconómicos y los censos con base en los cuales se dispusiera la división de la finca Chicumbe, de manera que los naturales de ese lugar tuvieran su propia forma de gobierno”. El director de la institución encargada de la reforma agraria responde: “Debo informarles que como es bien sabido de ustedes, dicho predio fue entregado por el Incora al gobernador de la comunidad de Paso-Ancho, quien por el afán de presionar la entrega del inmueble hizo arreglos con otras comunidades, apareciendo ya los resultados; por consiguiente, el gobernador de su comunidad es quien debe solucionar la situación que se les presenta”.

Ante la negativa anterior, los líderes indígenas presentaron su situación y sus peticiones a todas las instituciones gubernamentales del orden nacional que tienen que ver con los conflictos políticos y étnicos. De esta manera, elevaron su petición a la División de Asuntos indígenas del Ministerio de Gobierno, a la gerencia general del Instituto para la Reforma Agraria (Incora) y posteriormente al presidente de la República, no recibiendo ninguna respuesta a sus pretensiones. En marzo de 1992 realizaron una visita al director general del Incora en la ciudad de Bogotá, obteniendo la promesa que su caso sería trasladado a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y a la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios a “fin de estudiar coordinadamente la situación de

tenencia existente en el predio Chicumbe y tomar las medidas adecuadas para solucionarlo”.

Posteriormente se sucedieron una serie de reuniones donde participaron los líderes de las comunidades enfrentadas, delegados del Incora del orden nacional y departamental, la División de Asuntos indígenas del Ministerio de Gobierno, la Procuraduría Agraria, delegados del Ministerio de Defensa, autoridades municipales, entre otros y nunca se llegó a una solución, pues “se aducía que se debía respetar a las autoridades indígenas”.

Ante esta situación, miembros de la comunidad indígena de Paso-Ancho toman la decisión de interponer ante el Tribunal Administrativo del Tolima acción de tutela, contra el Incora, por estar dicha entidad autorizada por la legislación para la constitución de resguardos “y vigilancia en la equitativa distribución de la tierra, de conformidad con la Ley 135 de 1961 y su Decreto reglamentario 2001 de 1988, y cuya omisión ha puesto en peligro el derecho a la vida de los peticionarios”.

La decisión del Tribunal hace un homenaje a toda la visión formalista con la que se habían tratado hasta ese momento los conflictos jurídicos y políticos entre el Estado y los pueblos indígenas y a la anterior interpretación de la Constitución. El organismo denegó la tutela por “considerar que el derecho de propiedad presuntamente vulnerado no está catalogado como un derecho constitucional fundamental y su protección debe intentarse mediante el empleo de las acciones legales ordinarias”. De forma ilógica, complementa la decisión desconociendo las reiteradas peticiones realizadas por la comunidad a la dirección regional del Incora concluyendo: “Finalmente, si nos atenemos a las peticiones atinentes a que el Incora proceda como ellos lo solicitan, realizando estudios socioeconómicos y jurídicos para constituir en resguardo el predio Chicumbe y que la mitad del mismo se destine para los integrantes de la comunidad de Paso-Ancho, ha debido ejercitarse previamente el derecho de petición ante la respectiva entidad, para que ante la desatención o desconocimiento de este derecho se instaure la correspondiente acción de tutela”.

La Corte Constitucional asume la revisión del anterior fallo, observando una oportunidad, la primera que tuvo esta corporación para sentar jurisprudencia en torno al significado que tiene, para el ordenamiento constitucional del país, el derecho de propiedad colectiva para las comunidades indígenas. Sostuvo la Corte:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de

los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, refiriéndose a la Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 de 1989, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. Lo anterior permite ratificar el *carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos* (la cursiva es mía) sobre sus territorios. No le asiste razón, por tanto, al Tribunal de tutela cuando afirma que el derecho de propiedad no es fundamental por no estar catalogado en el capítulo 1o. del Título II de la Constitución, como que de negarle ese carácter quedarían inactuadas disposiciones constitucionales en materia de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

La Corporación realiza un recuento histórico del proceso que han vivido los pueblos indígenas del país para lograr una legislación favorable, que les permita al respecto el derecho fundamental a la propiedad colectiva de la tierra concluyendo: “El desarrollo legislativo de la protección a la propiedad colectiva mediante la constitución de resguardos confiere precisas facultades al Incora, entidad oficial que está obligada a colaborar efectivamente para la realización de los fines del Estado, en especial asegurando la convivencia pacífica (artículo 2) y adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13)”.

En análisis de la Corte Constitucional en torno a la violación del derecho de petición complementa la anterior visión relativa al derecho fundamental a la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. El análisis se fundamenta en el silencio permanente que realizaron las instituciones públicas, especialmente el Incora, que fue la entidad tutelada, respecto de las peticiones de los miembros de la comunidad de Paso-Ancho. Se observa que el silencio del Incora ante las peticiones de los comuneros, después de haber descrito el alto nivel del conflicto a que habían llegado ambas comunidades, hasta el punto de poner en riesgo la vida de comuneros de ambos grupos, comprometió la obligación estatal de conservar el orden público, artículo 189-4 de la Constitución, y asegurar la convivencia pacífica, artículos 2 y 22. Frente al argumento esgrimido por el Incora y otras autoridades de no intervenir en el conflicto que tenían las citadas comunidades por respeto a su autonomía, sostiene la Corte: “Si bien las auto-

ridades deben respetar el principio de autonomía de los pueblos indígenas, debe tenerse presente que éste no es absoluto ni soberano y tiene límites bien definidos que no pueden interferir con la obligación estatal de conservar la paz en todo el territorio nacional, sin excepciones”. El silencio en torno a la petición de constitución de los dos resguardos que presentó la comunidad de Paso-Ancho, creó condiciones propicias para mantener perturbado el orden público en dicha parte del territorio nacional. Se concluye:

El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas. El derecho fundamental de petición es aquí un medio o presupuesto indispensable para la realización de aquellos derechos. Su desconocimiento, en consecuencia, apareja necesariamente la vulneración de los artículos 7, 58, 63 y 229 de la Constitución.

Finalmente se revocan las decisiones tomadas del Tribunal administrativo del Tolima y se le ordena al Incora, iniciar el proceso de formación de los dos resguardos, para resolver el litigio de las comunidades y preservar el ordenamiento constitucional.

c. Sentencia T-634 de 1999: Procuraduría Delegada para los Asuntos Étnicos en representación del pueblo indígena Arhuaco vs. Departamento del César y otros

Si en el caso anterior se destacaron los intereses construidos por la institucionalidad estatal nacional y los actores geopolíticos internacionales relacionados con la territorialidad indígena, en los hechos que se analizarán, se observará la relación conflictiva que tienen los pueblos indígenas para proteger sus derechos específicos con actores políticos locales, que diseñan permanentemente estrategias para mantener el control sobre los territorios indígenas y por consiguiente, sobre los indígenas mismos. Cumpliendo su función de revisión, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de reafirmar y ampliar conceptos referentes al derecho fundamental a la propiedad colectiva que poseen los pueblos indígenas en el ordenamiento constitucional nacional.

La Procuraduría para los Asuntos Étnicos decide interponer acción de tutela como mecanismo transitorio contra el Departamento del César y otras entidades gubernamentales, por considerar que han violado los derechos fundamentales del pueblo indígena Arhuaco a la autonomía, a la identidad e integridad étnica y cultural y a la participación. Solicita la Procuraduría que mientras se decide en la Jurisdicción Contencioso Administrativa una acción de nulidad interpuesta contra la Ordenanza 037 de 1997 que creó el municipio de Puerto Bello, se suspendan los efectos de tal acto administrativo, al igual que los efectos de los decretos gubernamentales que desarrollaron la mencionada norma. Se hacen solicitudes adicionales respecto de las declaraciones de la elección de alcaldes y consejos municipales elegidos.

El aspecto central de la controversia consistió en que el Departamento del César, a través de su gobernador, tramitó e hizo aprobar ante el órgano legislativo-administrativo del ente territorial, la creación del municipio de Puerto Bello atentando contra los derechos fundamentales del pueblo indígena arhuaco, ya que dentro del territorio del nuevo municipio quedó comprendido el territorio indígena de dicho pueblo, reconocido debidamente por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora); no habiendo sido consultada la comunidad ni sus autoridades para tal decisión.

Agrega la peticionaria que el Ministerio del Interior durante el trámite de la aprobación de la ordenanza, había emitido un concepto donde declaraba la imposibilidad de conformar el municipio de Puerto Bello, porque incluía parte del territorio tradicional Arhuaco, delimitado legalmente por el Incora, ubicando como límite Línea Negra, que según la cosmovisión de dicho pueblo, fue ubicada por sus creadores.<sup>737</sup> Complementa diciendo

<sup>737</sup> El expediente de revisión contiene un documento donde las autoridades indígenas del Pueblo Arhuaco exponen la concepción que la comunidad posee de territorio y el significado cosmogónico de la denominada Línea Negra: “Según tradición heredada por los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, nos fue dejado por Kaku Serankua (Dios creador) este territorio para ser compartido, custodiado y distribuido. Cuando la tierra se formó, se delimitó un vasto territorio en forma circular cuyo centro eran las altas montañas y llegaba hasta el mar donde se completaba el ciclo vital de las aguas. Aquí habitaríamos los hijos de la madre, aprovechando los distintos pisos climáticos, reservando y cuidando las cabeceras de los ríos, los páramos, las lagunas y los sitios sagrados. La Línea Negra (*sei-shizha*), constituye nuestro territorio tradicional y sagrado para las comunidades indígenas existentes en la Sierra Nevada de Santa Marta. Esta línea demarca los lugares de vital importancia para hacer los pagamentos y ritos ceremoniales, que tienen importancia fundamental en el equilibrio ecológico y ambiental de la naturaleza-

que el Estado colombiano reconoció la llamada Línea Negra como demarcación del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, mediante Resolución núm. 837 de 28 de agosto de 1995. A su vez, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria confirió el carácter legal de Resguardo Indígena, señaló y amplió el área de reserva de la comunidad Arhuaca, asentada en la jurisdicción de lo que antes era corregimiento de Pueblo Bello, mediante Resoluciones 113 de 1974, 078 de 1983 y 032 de 1996.<sup>738</sup>

Un hecho relevante para el caso, es la narración que se hace del trámite que ha seguido el proceso de nulidad de la ordenanza 037, creadora del municipio de Puerto Bello y los decretos que la desarrollaron. El Tribunal Administrativo del César dictó sentencia el 18 de febrero de 1999, declarando la nulidad de dicho acto administrativo. En el pronunciamiento el órgano judicial fundamentó su decisión en los siguientes criterios:

Dentro de este proceso no se demostró que se hubiera consultado a la comunidad indígena que habita en la comprensión territorial del hoy municipio de Pueblo Bello para la aprobación de la ordenanza impugnada que creó el mencionado municipio. En el concepto del Instituto Colombiano de Antropología (ICAN) se hace referencia a que según versión de líderes arhuacos no hubo consulta previa ni para la ordenanza original ni para el referéndum que se llevó a cabo el 22 de febrero de 1998, lo cual indica la falta de reconocimiento de su territorialidad, autonomía y autoridad autóctona milenaria y reconocida legalmente. Además, en los anexos obra fotocopia de una comunicación enviada a la presidenta de la Asamblea Departamental del César por el comisario de la parcialidad indígena Simunurwa, la cual contiene varias firmas, en donde reclaman que la creación del municipio rompe la unidad del resguardo arhuaco. De las anteriores premisas se deduce que la ordenanza 037 de 1997 infringió entre otras disposiciones el artículo 7 de la Constitución nacional, pero principalmente los artículos 6 y 7 del Convenio 169 aprobado por la Ley 21 de 1991 y el artículo 8, numeral 1o. de la Ley 136 de 1994.<sup>739</sup>

La decisión anterior en el momento de presentar a la Procuraduría Delegada para los Asuntos Étnicos la acción de tutela, se encontraba tramitan-

za, para de esta manera evitar sequías, terremotos, inundaciones, enfermedades, etcétera<sup>737</sup>. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 634 de 1999, p. 3.

<sup>738</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>739</sup> *Ibidem*, p. 6.

do la apelación presentada por los perjudicados con el fallo (alcalde y otras autoridades).

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Valledupar fue la encargada de tramitar la tutela interpuesta por la funcionaria de la Procuraduría, encargada del tema étnico y la que con las tesis acerca del significado de la territorialidad indígena, produjo la decisión de la Corte Constitucional de asumir el caso presentado para ejercer la función de Revisión. Concluyó el Tribunal lo siguiente:

Ahora bien, el nuevo municipio, Pueblo Bello, es evidente que incorpora a su jurisdicción territorios tradicionalmente indígenas que pertenecen al resguardo Arhuaco, pero resulta que el resguardo es una forma de propiedad colectiva, es decir un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial y no una persona. Ese tipo de propiedad no es incompatible con los entes territoriales. En cambio, lo que sí viene a constituir una persona colectiva de carácter público, es el territorio indígena (artículo 286), que es un concepto diferente a resguardo indígena; empero resulta que los entes territoriales indígenas están sujetos a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial (artículo 329), normatividad que hasta la fecha no se ha promulgado. Lo ideal es que esa ley que habrá de desarrollar las normas constitucionales pertinentes, eleve a la categoría de entes territoriales indígenas tales resguardos y que de una vez se delimiten territorios y competencias con los municipios. Por lo pronto los pueblos indígenas deben compartir algunas políticas y armonizar ciertos intereses con los “hermanitos menores”.<sup>740</sup>

El Tribunal rechaza las pretensiones de los peticionarios de amparo de los derechos fundamentales del pueblo indígena arhuaco, pues en su criterio lo correcto era esperar la decisión que tomaría el Consejo de Estado al tramitar la apelación del proceso de Nulidad de la ordenanza 037, instaurado por el señor Bonivento Arroyo, líder de dicha comunidad.

Para la Corte Constitucional el objetivo de la revisión de la sentencia de tutela tuvo dos motivos, el primero, esclarecer si como lo afirmó el Tribunal los resguardos indígenas son diferentes a territorios indígenas y por lo tanto clarificar el alcance constitucional de los términos territorio indígena, resguardo, ámbito territorial, población indígena y participación democrática. El segundo punto, que no es relevante para nuestro análisis, fue en torno a la subsidiaridad de la acción de tutela.

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 7.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte realizó una explicación alrededor de las dimensiones que encierra el establecimiento por el constituyente de entidades territoriales y la relación que tienen dichas entidades con los pueblos indígenas. Sostuvo la Corte que en el Título XII de la carta política, se estipuló la existencia de las entidades territoriales en la que estaría dividido el país, ubicándose en el artículo 286, tres fundamentales: El departamento, los municipios y los territorios indígenas, agrega: “La característica es que esas entidades territoriales gozan de cierta autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; y tienen derechos, como por ejemplo gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y participar en las rentas nacionales” (artículo 287).<sup>741</sup>

La dificultad que observa la Corte en cuanto a las entidades territoriales indígenas, es que el artículo 329 de la Constitución orienta, que su constitución se hará con sujeción a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, ley que hasta el día de hoy no ha sido aprobada por el Congreso de la República. Recuerda la corporación la decisión emitida ante este problema de vacío legislativo y la existencia de los pueblos indígenas.

Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza, no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (artículo 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (artículo 7).

De tal manera se deduce entonces que los territorios indígenas, si bien no han sido reglamentados, imperativamente deben ser respetados, pues está de por medio el respeto a la diversidad étnica y cultural del país que es un principio fundamental del ordenamiento.

<sup>741</sup> *Ibidem*, p. 10.

Aclarado lo anterior, la Corte realiza una explicación del Resguardo, unidad de propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas como ámbito territorial. Después de recordar valoraciones históricas jurídicas realizadas en la sentencia T-188 de 1993 acerca del significado del resguardo en la historia del país, llega a la conclusión:

La Carta de 1991 viene a constitucionalizar los resguardos. Es así como en el mencionado Título “De la organización territorial” los ubica al lado de los territorios indígenas, al decir: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable” (artículo 329), de lo cual se deduce a primera vista que son más que simplemente una tierra o propiedad raíz; aunque la misma Constitución al ubicarlos dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, en el artículo 63 habla de “tierras de resguardo”, con la característica de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no sólo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una entidad territorial.<sup>742</sup>

Para la Corte lo más importante es considerar que la propiedad colectiva ejercida sobre los territorios indígenas reviste una importancia trascendental para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas. Reafirmando todo lo planteado acerca de este tema en la Sentencias T-188 de 1993, ratificando con esto el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios. Lo anterior, en concepto de la corporación, “permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de “ámbito territorial”, que aparece en el artículo 246 de la Constitución que autoriza la existencia de la jurisdicción indígena en el ámbito territorial”.<sup>743</sup>

<sup>742</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>743</sup> *Ibidem*, p. 15.

Lo principal en este análisis es que el constituyente mantiene la idea del respeto al espacio considerado como ámbito territorial de los pueblos indígenas que indiscutiblemente incluye al Resguardo.

Finaliza la Corte la disertación sobre estos temas exponiendo su punto de vista, en torno a la relación de los conceptos ámbito territorial y población, reflexión que, en nuestra opinión, va dirigida a reiterar bajo nuevas perspectivas las hipótesis planteadas en la Sentencia, que se ha convertido en el referente sobre los contenidos del derecho a la propiedad colectiva de la tierra por los pueblos indígenas: la Sentencia T-188 de 1993.

Finalmente la decisión fue la de no conceder la tutela por vía de revisión, porque existen otras vías judiciales: la acción popular y la contencioso-administrativa. Queda en esta forma parcialmente reformada la sentencia objeto de revisión.<sup>744</sup>

#### *D. El derecho de consulta de los pueblos indígenas en la Corte Constitucional*

El derecho de consulta ha sido referente de discusión jurídica y política en Colombia desde el momento de la proclamación de la Constitución de 1991, pues está relacionado con todos los derechos que se le han otorgado a los pueblos indígenas. Cualquier medida que planeen elaborar o ejecutar las entidades gubernamentales de un Estado que se haya acogido al Convenio 169, tendrá que tener en cuenta lo prescrito en dicho instrumento en su artículo 6 que dice: al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan.
- c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recur-

<sup>744</sup> *Ibidem*, p. 20.

sos necesarios para este fin. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En el caso colombiano existen dos dimensiones jurídicas en torno a este tema. La primera, el mandato que existe en el artículo 93 constitucional que dice: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”, la Ley 21 de 1991, como conocemos, aprobó el Convenio mencionado, produciendo que todo lo estipulado en él es parte de nuestro ordenamiento jurídico. Lo segundo, la misma carta política de 1991 fue prolija en la ubicación de principios y derechos específicos para respetar las particularidades socio-culturales de los pueblos indígenas.

A la Corte Constitucional le ha correspondido a través de su función de revisión, resolver los problemas políticos y jurídicos en los cuales se han enfrentado los pueblos indígenas colombianos, cuando han exigido la aplicación consecuente del derecho de consulta. Analizaremos varias sentencias que nos mostrarán, como en el acápite anterior, los actores económicos y políticos nacionales e internacionales, con los que han tenido que conflictuar para hacer respetar este derecho fundamental. Las sentencias que han establecido la visión de la Corte referentes a este tema son: Sentencia T-405 de 1993, Sentencia T-257 de 1993 y la Sentencia C-652 de 1998.

*a.* Sentencia T-405 de 1993: comunidades indígenas del Medio Amazonas vs. Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de Estados Unidos

Las comunidades indígenas del Medio Amazonas integrada por los pueblos indígenas Huitoto, Muinane, Andoque, Nonuya y Yacuma interpusieron acción de tutela ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, departamento del Caquetá, contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de Estados Unidos, debido a que consideraron que dichos organismo violaron sus derechos a ser consultados para realizar proyectos dentro de su territorio. Además, “según las autoridades indígenas del Medio Amazonas, fuera del daño en la carretera y la pista del aeropuerto,

se han violado los derechos de la comunidad indígena sobre su territorio y particularmente su soberanía”.<sup>745</sup>

Los hechos que presentaron las comunidades ante el juez fueron los siguientes: en septiembre de 1992 arribaron al territorio indígena miembros del ejército de Estados Unidos a ejecutar trabajos en el aeropuerto de Araracuara, ubicado en predios del Resguardo de Monochoa. El objetivo de sus actividades era la instalación de un radar para coordinar operaciones del Departamento Antidrogas de Estados Unidos (DEA). Esta actividad, según informaciones obtenidas por los líderes indígenas, estaba supervisada por las fuerzas militares de Colombia.

Según les fue informado a las autoridades indígenas, la presencia de los soldados norteamericanos y la instalación del radar formaba parte de un programa del gobierno nacional, a través del ministerio de defensa para el reforzamiento de la presencia institucional del Estado en las regiones del sur del país. El citado ministerio les informó a las autoridades indígenas que la presencia de los militares estadounidenses en el resguardo duraría seis meses, “los cuales ya se han cumplido: se instalaron allí en septiembre de 1992 y a marzo de 1993 aún permanecen en la zona. Desde el inicio de esos trabajos, ha estado permanentemente un grupo de 25 a 60 militares norteamericanos”.<sup>746</sup>

Las actividades de la misión militar habían ocupado una extensión aproximada de 1,000 metros cuadrados del resguardo indígena y había implicado el uso intensivo de dicho espacio, parte del aeropuerto y de la carretera que de éste conduce a la población de Araracuara. Narraron las autoridades indígenas al juez civil del circuito: “Cuando los indígenas solicitaron a los militares estadounidenses que repararan los daños causados, argumentaron que debían entenderse con la Corporación Araracuara y no con la comunidad indígena, lo que a su juicio constituye una violación a las normas constitucionales y legales”.<sup>747</sup>

La Corporación Araracuara dirigió una carta el 27 de enero de 1993 a la misión militar de Estados Unidos, manifestándoles: “la zona de Araracuara por disposición legal, corresponde a resguardos indígenas. Por lo tanto la propiedad y el derecho de uso de la misma están a cargo de las

<sup>745</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-405 de 1993, p. 3.

<sup>746</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>747</sup> *Idem*.

comunidades asentadas en la región”. Advierten los indígenas en su petición de protección, que existen dos hechos importantes señalados en la misiva mencionada, que le pueden servir a la autoridad judicial para evaluar la constitucionalidad de la presencia del grupo de soldados estadounidenses en su territorio: “1o. Según se desprende de la carta del gerente general de la Corporación Aracuara al señor Gerald Duvall de la Embajada de Estados Unidos (septiembre de 1992), los primeros pasos de esta intervención militar los realizó la Embajada sin conocimiento previo del Ministerio de Defensa, y 2o. La Organización Nacional Indígena de Colombia solicitó al Consejo de Estado información acerca de si de acuerdo con el artículo 237-2 de la Constitución nacional el gobierno escuchó su concepto antes de autorizar la prolongada presencia de tropas de Estados Unidos en el Resguardo de Monochoa, a lo cual por oficio de febrero 5 de 1993, su presidente señaló no haber recibido ninguna solicitud en ese sentido”.<sup>748</sup>

El último hecho expuesto por los indígenas consistió en que el comandante de las Fuerza Aérea Colombiana anunció, a través de un diario de circulación nacional, *El Espectador*, que se iniciaría, en poco tiempo, la construcción de las bases aéreas en Tres Esquinas y Araracuara, lo cual produjo gran temor entre los pueblos indígenas del área. Finalmente le plantean al juez que a pesar de todas las amenazas “conservan la esperanza de que el tiempo de existencia de sus resguardos (1961 a 1988), les da alguna garantía para reconstruir sus pueblos y preservar la Amazonia para las generaciones futuras”.

En el caso, como se observa, se presentan las tres dimensiones con las cuales los pueblos indígenas han tenido que interactuar en el último siglo. La local, donde desarrollan sus actividades cotidianas y es el espacio de asentamiento de sus proyectos de vida; el nivel nacional donde los indígenas han tenido que dialogar y enfrentar las iniciativas institucionales del Estado-nación y el nivel geopolítico internacional o global, donde los pueblos indígenas han interactuado con intereses económicos, como en el caso evaluado en la Tutela T-567 de 1992: Parcialidad indígena de La Paila vs. Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora) o geopolíticos, como es este caso.

Las peticiones de los pueblos indígenas que impetraron la acción de tutela fueron las siguientes: “1o. Declarar que los pueblos indígenas Huitoto,

<sup>748</sup> *Ibidem*, p. 3.

Muinane, Andoque, Nonuya y Yucuna del Medio Amazonas tienen derecho a vivir en paz y a existir según sus modelos de vida, en igualdad y dignidad con las demás culturas que conviven en el país. 2o. Ordenar la suspensión inmediata de la presencia de las fuerzas militares de Estados Unidos en el Resguardo de Monochoa, así como el funcionamiento del radar instalado sin la consulta constitucionalmente prevista y en violación del derecho a la integridad de sus comunidades. 3o. Que el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de Estados Unidos indemnicen a las comunidades por los daños materiales e inmateriales ocasionados y arreglen las vías antes de retirarse del sector”.<sup>749</sup>

La decisión del juez primero del Circuito de Florencia consistió en realizar un análisis sobre la improcedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos como el patrimonio público, el espacio público, la seguridad, la salubridad, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica, e indicar, que la acción pertinente en este caso es la acción popular estipulada en el artículo 88 de la carta política.

En torno a la petición de ordenar la suspensión inmediata de la presencia del contingente militar estadounidense en el territorio de resguardo y por consiguiente la suspensión del radar allí ubicado, en los análisis el juez no observó en los hechos narrados una evidente amenaza contra los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, “lo que sí se observa es la CARENCIA (mayúscula en el texto) de procedimientos constitucionales de índole administrativa para la permanencia de la misión de Estados Unidos en el Resguardo Monochoa y la instalación del radar [nada menos, el comentario es mío], sin que ello implique en sano criterio que se esté atentando contra ningún derecho fundamental de los aborígenes, sino que por estos antecedentes más bien se ha creado hostilidad, desconfianza e incomodidad para sus habitantes”.<sup>750</sup>

En los análisis elaborados para resolver las peticiones de los indígenas, el juez mencionado, expone: “Aunque los resguardos indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables, ello no es óbice para que el Estado en uso de su soberanía pacte convenios y tratados internacionales con los demás entes gubernamentales y fije estrategias en aras de cumplir con su cometido, como son las de mantener el orden público, vigilar el narcotráfico

<sup>749</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>750</sup> *Ibidem*, p. 6.

y proteger a todos los residentes en el suelo patrio, acudiendo a los mecanismos técnico y científico pertinentes, lógicamente sin afectar a ningún ciudadano”.<sup>751</sup> La evaluación que se hace es que la presencia del radar, la actividad del contingente militar y los planes de la base militar, no afectan ningún derecho fundamental de los pueblos indígenas autores de la petición.

El juez sólo observa que es posible amparar los perjuicios que se están produciendo por la presencia y actividad de los militares a la carretera y los sitios usados en el aeropuerto, como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues la acción pertinente en el caso concreto es la acción popular, “por ende se dispondrá que el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de Estados Unidos con base de operaciones en el Resguardo Monochoa hagan el restablecimiento del derecho, procediendo a reparar los daños antelativamente en cita”.<sup>752</sup>

La Corte Constitucional asume el caso para ejercer sobre él la función de revisión. Metodológicamente, organizó el análisis del caso en los siguientes temas: el primero, la definición y precisión de los contenidos de la acción de tutela y las otras acciones contempladas en el Título II de la Constitución, por presentarse en el fallo consideraciones del juez sobre esta temática; la ubicación de los derechos indígenas en la Constitución, elemento relevante para nuestro análisis, consideró la corporación que el caso ameritaba una reflexión en torno a la dialéctica entre interés general e interés particular y por último, relacionado con la reparación de perjuicios causados a los pueblos indígenas, reflexionó sobre el medio ambiente y la amenaza de éste en el caso y las medidas que le ordenaría a las autoridades públicas comprometidas en este asunto, respecto de la reparación de daños.

La Corte realiza un análisis histórico jurídico de los derechos de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos que han existido en el país. Afirmó: “Los primeros episodios que caracterizaron el proceso interactivo de las relaciones del Estado colombiano con las comunidades indígenas tuvo mucho que ver con el diseño generalizado de unas políticas de aniquilamiento y reduccionismo en lo militar y social, como también en la implementación de unos ejercicios o prácticas en beneficio de intereses de personas diferentes al Estado, dentro de una sociedad que ya perfilaba su

<sup>751</sup> *Idem.*

<sup>752</sup> *Ibidem*, p. 7.

carácter racista y dominante”.<sup>753</sup> Para la corporación, en la medida en que se fue estableciendo el imperio español, fue paulatinamente imponiéndose restricciones a la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus territorios y riquezas.

Durante todo el periodo posterior a la independencia, se continuó con las políticas de desconocimiento de los pueblos indígenas. La Ley 89 de 1889 fue un intento, con las limitaciones ideológicas y políticas de la época, de detener el exterminio a que se vieron sometidas estas colectividades. Una función similar cumplió el territorio indígena en la época colonial, en análisis de la Corte Constitucional, “Por Cédula Real se creó lo que desde épocas coloniales se ha conocido en nuestra historia como Resguardos, que a su turno se erigió como una fórmula del colonialismo español tendiente a frenar el desalojo, el despojo y el exterminio a que estaban condenadas las comunidades indígenas”.<sup>754</sup>

En la perspectiva de la Corte, el trato dado por el Estado colombiano a los pueblos indígenas fue evaluado por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, concluyendo en el reconocimiento de la naturaleza multiétnica y pluricultural de la nación y los diferentes derechos específicos para los pueblos indígenas, ubicados en la carta política. Uno de ellos el derecho de propiedad colectiva que, desde su punto de vista, “reviste una esencial importancia para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en numerosos convenios internacionales aprobados por el Congreso de la República, como la Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas, aprobado en 1989 por la Conferencia General de la OIT, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de su religiosidad”.<sup>755</sup>

En la sentencia se hace una reflexión alrededor de la naturaleza jurídica de los resguardos indígenas, advirtiendo que ateniéndose a lo preceptuado por la Constitución, los territorios indígenas son de tres tipos: resguardos ordinarios (artículo 329), resguardos con rango de municipio (artículo 357) y las entidades territoriales indígenas, las ETIS (artículo 287). Estas últi-

<sup>753</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>754</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>755</sup> *Ibidem*, p. 14.

mas no habían sido reglamentadas por el legislador en ese momento, tampoco lo han sido hasta ahora. En cambio frente al resguardo existía, dijo la Corte, una definición legal ubicada en el artículo 2 del Decreto 2001 de 1988, dicha institución es definida como “una institución legal y socio-política de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna, por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales”. Se concluyen el análisis que los resguardos no son una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra.

Consecuentemente con este análisis, se aborda el derecho que tienen los pueblos indígenas a la protección de la diversidad étnica y cultural, estipulada en los artículos 7 y 70, este último es el que establece el precepto que afirma la igualdad de todas las culturas existentes en el país. La obligación de proteger la diversidad cultural, no sólo la encuentra la Corte en el ordenamiento constitucional colombiano, sino en los compromisos adquiridos por Colombia en el orden internacional, se señaló: “Por su parte, el artículo 4o. del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas, ordena adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. Subsecuentemente se expone la existencia del derecho de consulta que tienen los pueblos indígenas según el mencionado convenio, decisión expuesta también en parágrafo del artículo 330 de la Constitución.

Los derechos de los pueblos indígenas y específicamente el derecho fundamental a la propiedad colectiva no estaban en discusión en el caso analizado. Éstos presentaban una definición precisa, tanto en el ordenamiento constitucional como en los compromisos internacionales referentes a los derechos humanos, específicamente el Convenio 169 de 1989, asimilado al ordenamiento jurídico y político a través de la Ley 21 de 1991.

El conflicto que se presenta, en la perspectiva de la corporación, es en cuanto la prevalencia del interés general como postulado básico de nuestro sistema jurídico y el conflicto entre dos intereses de carácter general. En su criterio se trata de balancear cuál interés colectivo se impone cuando existe una iniciativa del Estado colombiano, a través de sus instituciones competentes, en este caso el Ministerio de Defensa Nacional, de tomar medidas para el aseguramiento de la soberanía nacional y la realización de acciones que garanticen que la lucha contra formas de delincuencia orga-

nizada como el narcotráfico y el interés colectivo de los pueblos indígenas de garantizar la integridad de su territorio y ejercer otros derechos de carácter fundamental. “Desde un punto de vista material, se trata de un conflicto entre el interés del Estado colombiano en relación con el control del tráfico aéreo de los narcotraficantes por el área del Amazonas y bajo Caquetá, y el interés de la comunidad indígena del Medio Amazonas en relación con los derechos de propiedad y culturales afectados por la instalación del radar dentro del Resguardo Monochoa, y concretamente, a juicio de éstos, en terrenos sagrados”.<sup>756</sup>

Del acervo probatorio recogido por la Corte para resolver el caso, todo indicó que las pretensiones del Estado poseían una mayor jerarquía que las pretensiones de los pueblos indígenas, que impetraron la acción de tutela. En su conclusión afirmó: “Mientras que su interés se funda en el derecho de propiedad y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés de todo el pueblo colombiano y en concreto del Estado está respaldado y fundamentado en el derecho a la soberanía nacional y en la necesaria conservación del orden público y la garantía fundamental de la seguridad de los habitantes del territorio colombiano en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”.

Se reitera en la decisión que aunque el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra es un derecho fundamental respaldado por el Convenio 169 de 1989, de ninguna manera es un derecho absoluto, pues ninguno lo es en el ejercicio de la interpretación constitucional. Lo que prima es que Colombia está concebida como una República unitaria, en la que el Estado debe cumplir una serie de obligaciones y atender unos fines impuestos por el ordenamiento.

Por lo tanto, si se piensa en el caso concreto de la instalación de un radar para el control de aeronaves del narcotráfico —elemento por demás perturbador del orden público y grave amenaza de la integridad nacional— como medida de protección de la seguridad de los colombianos, ella debe respaldarse por la comunidad, pues está dirigida al beneficio de todos. Por lo tanto, no obstante el lugar de su ubicación representa para la comunidad indígena territorio sagrado, no puede pensarse, dado que su ubicación estratégica es esencial para el control que a través de él se ejerce, que vulnere derechos fundamentales que deban ser amparados a través de la acción de

<sup>756</sup> *Ibidem*, p. 17.

tutela. Nos rige, como así lo establece el artículo 1o. de la Constitución, un Estado que está organizado “en forma de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales”.<sup>757</sup>

La Corporación ratifica la idea expuesta por el juez primero civil de circuito de Florencia, que aunque se considere a los resguardos indígenas como inajenables, imprescriptibles e inembargables, esto no fundamenta la idea que el Estado en cumplimiento de la función de defender la soberanía, no pueda protocolizar convenios o tratados internacionales con otros Estados u organizaciones internacionales que propendan por la protección del territorio del país o para mantener el orden público.

Finalmente la Corte concluye que respecto a las apreciaciones que hacen las autoridades indígenas en cuanto a la amenaza que significa para los pueblos indígenas el funcionamiento de una base militar dentro de sus territorios, no existen fundamento para dicho temor, pues: “Con la presencia de las tropas militares, su actividad determinada y la permanencia del radar, no se demuestra perjuicio irremediable que se cause a la comunidad indígena, por lo que no se amerita de esta Corporación un pronunciamiento que sería absurdo, en el sentido de disponer el inmediato desplazamiento de la tropa y la suspensión del funcionamiento del radar, aplicándose la tutela como mecanismo transitorio”.

Para concluir la Corte realiza un análisis sobre los contenidos y significados del medio ambiente y la ecología en la Constitución de 1991, para ordenar las medidas que debían tomar las fuerzas militares y la misión militar estadounidense, para evitar prejuicios irremediables en estos aspectos a los territorios indígenas habitados por los pueblos indígenas protagonistas de la acción de tutela.

Para el analista de la Corte Constitucional, esta sentencia deja la sensación, que a pesar de toda la vocación expuesta por la corporación en las sentencias anteriormente analizadas, de hacer respetar la Constitución realizando una reflexión integral de la misma, este propósito choca en determinados momentos con poderes extranacionales y nacionales, que necesariamente la conduce a acomodar sus decisiones. En este caso la Corte no hace ejercicio de sistematicidad para analizar la constitucionalidad de la presencia de las unidades militares estadounidenses, en el territorio nacional según se deviene de las informaciones descritas en la carta del director

<sup>757</sup> *Ibidem*, p. 18.

de la Corporación Aracuara, ubicada en el expediente y reafirmadas, sin darles trascendencia, paradójicamente, por el juez que evaluó en un primer momento el caso.

*b. Sentencia T-257 de 1993: Asociación Evangélica Nuevas Tribus vs. División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y otros*

La Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia tenía como finalidad la difusión del evangelio entre los pueblos indígenas desde 1967. Para realizar tal actividad tramitó ante las entidades competentes las autorizaciones necesarias. Para el cumplimiento de sus propósitos, tramitó en 1988 ante el departamento administrativo de la Aeronáutica Civil, un permiso de operaciones en una pista de aterrizaje ubicada en Yapina (departamento del Vaupés), el permiso le fue otorgado por el lapso de tres años.

Vencido el periodo de la autorización para operar en la pista de aterrizaje, Víctor Velásquez Reyes, representante legal del grupo religioso, procedió a elevar petición para que les fuese renovada. La Aeronáutica les requirió documentación y les concedió en el mes de noviembre de 1991, un permiso provisional de 60 días mientras se hacía la evaluación de la petición.

En respuesta a una petición que realizó el representante legal de la organización religiosa, la encargada de asuntos jurídicos de la Aeronáutica civil le respondió que de conformidad con la Constitución de 1991, “la circulación en el territorio nacional se encuentra limitada por la propiedad privada. La porción de terreno ocupada por la pista Yapima es propiedad de la comunidad indígena que la habita, puesto que mediante Resolución del Incora, fue constituida en resguardo indígena, por lo que se hace necesario el consentimiento de dicha comunidad a fin de legitimar al interesado para obtener el respectivo permiso de operaciones”.<sup>758</sup>

La información se complementa con los pronunciamientos que la División de Asuntos Indígenas le envió a la oficina jurídica del Ministerio del Gobierno, dependencia que a su vez los remitió a la Aeronáutica Civil, para que fundamentara la negativa de otorgar el permiso al grupo evangélico para operar en la pista de aterrizaje de Yapima, pues según lo habían expresado las autoridades indígenas, en el mencionado aeródromo “estuvo

<sup>758</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-257 de 1993, p. 2.

operando hace un tiempo la Misión Nuevas Tribus, pero hoy la comunidad no desea que vuelva”.

La oficina jurídica de la Aeronáutica Civil, atendiendo las nuevas realidades constitucionales y los hechos dados a conocer por el Ministerio de gobierno el 19 de marzo de 1992, le envía una comunicación al señor Alan Fletcher de la Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia, exponiéndole la necesidad de obtener una autorización por parte de la autoridad pertinente de la comunidad indígena, para poder proceder a expedir la autorización de operaciones en la pista Yapita, con fundamento en los artículos 286 y 287 de la Constitución.

Por los anteriores hechos Víctor Velásquez Reyes presentó acción de tutela en contra de las entidades que intervinieron en la decisión debido a que: “La Aeronáutica Civil cada día exige un nuevo requisito y pone nuevas trabas para la renovación del permiso a la Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia. El accionante consideró que le estaban siendo conculcados los derechos de igualdad jurídica —discriminación por razones de nacionalidad y religión— (artículo 13), de difundir una religión (artículo 19), de petición (artículo 23) y libre circulación por el territorio nacional (artículo 24)”.

El caso fue tramitado en un primer momento ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en el nivel de apelación ante el Consejo de Estado. El primer órgano no concedió la tutela aduciendo que existían otros mecanismos, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se podrían ejercer en contra de las decisiones de las instituciones demandadas, además anotó:

el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, ante las varias solicitudes que la Asociación peticionaria de la tutela le ha formulado para que se le renueve el mencionado permiso de operación, se ha pronunciado en el sentido de señalar que cuando se reúnan los requisitos exigidos se lo otorgará, pues considera que aquella no ha reunido uno de ellos, esto es el de acreditar que es la propietaria de los terrenos en donde se encuentra ubicado el aeródromo o, en su lugar, su condición de explotador mediante auto jurídico o permiso proveniente de las personas que tengan la representación legal de las comunidades indígenas propietarias de los terrenos en donde está la mencionada pista, pues éstos hacen parte de reserva indígena, conforme a las Resoluciones 144 del 20 de diciembre de 1982 y 086 del 27

de julio del mismo año del Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora).<sup>759</sup>

El Consejo de Estado reafirmó la decisión de primer fallador, pero por razones distintas y acerca de un tema que era polémico en los primeros momentos de la vigencia de la nueva carta política, respecto de los sujetos portadores de derechos fundamentales. “Esta Corporación tiene sentado que la acción de tutela no puede ser incoada por las personas jurídicas, pues, en principio, ella se instituyó en la carta para la salvaguarda de los derechos fundamentales consagrados en favor de la persona humana”.<sup>760</sup>

La Corte Constitucional asumió para la revisión los criterios con que los jueces anteriores fundamentaron las decisiones anotadas. Los problemas jurídicos que resolvió se refirieron a la capacidad de las personas jurídicas de ser portadores de derechos fundamentales y en torno a la capacidad que tienen los pueblos indígenas, para restringir el derecho de locomoción en sus territorios; lo que conduce a la pregunta si los particulares necesitan autorización de las autoridades indígenas para poder hacer uso de sus espacios.

Ante el primer problema la Corte sienta una posición contraria a la del Consejo de Estado y sustenta jurídicamente, porque las personas jurídicas pueden en determinadas circunstancias ser sujetos de derechos fundamentales. El segundo problema, lo resuelve realizando un análisis sobre los conceptos de territorio indígena, la naturaleza de los resguardos y los contenidos del derecho de propiedad. Como se observará, los parámetros son nuevamente el orden constitucional y los convenios internacionales de derechos humanos.

Para resolver el problema jurídico se aclara que a la luz de la nueva carta política los territorios indígenas son: “en orden ascendente, de tres clases: resguardos ordinarios o simplemente resguardos (artículo 329), resguardos con rango de municipio para efectos fiscales (artículo 357) y las entidades territoriales indígenas (artículo 287)”.<sup>761</sup> Del ordenamiento constitucional se desprende, sostiene la Corte, que las entidades territoriales indígenas, como toda entidad territorial, gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. En su consideración respecto de los pue-

<sup>759</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>760</sup> *Idem*.

<sup>761</sup> *Ibidem*, p. 8.

blos indígenas el ejercicio de su autonomía es mayor a las consideraciones generales del autogobierno que expresa el artículo 287, el cual contiene las funciones de las entidades territoriales en general. La Constitución trae prerrogativas específicas, en materia de costumbres de gobierno, lengua, jurisdicción y elecciones, elementos consagrados en los artículos 330, 10, 246 y 171.

Se considera que adicionalmente el Resguardo, como forma de propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas, había sido definido por el artículo 2 del decreto 2001 de 1988 como: “Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales”. Advierte la Corte que la propiedad colectiva que surge de esta institución, es desarrollo o está amparada a la luz de la nueva Constitución por el Convenio 169 de 1989, en lo estipulado en sus artículos 13, 14, 16, 17, 18 y 19. Que garantiza la participación de los pueblos indígenas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras. Recuerda la corporación afirmando en la sentencia T-396 de 1992: “El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan”.<sup>762</sup>

Clarificadas las características y la naturaleza especial de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, se pasa al análisis de ésta con el derecho a la locomoción, unos motivos de la acción de tutela que esta en proceso de revisión. Recuerda la Corte que la propiedad es una de las limitaciones al derecho de locomoción.

La Constitución faculta al legislador para establecer limitaciones a la libertad de locomoción. Éstas pueden ser necesarias cuando el orden público se encuentre gravemente alterado. Igualmente pueden justificarse, entre otras, por razones de planeación rural o urbana, por motivos culturales o para proteger zonas de reserva natural. La misma Constitución prevé

<sup>762</sup> *Ibidem*, p. 9.

un tratamiento especial para el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (artículo 310). De la Constitución también se derivan obvias restricciones a esa libertad en la propiedad privada (artículo 58), y en los resguardos indígenas (artículos 319 y 330), ya que estas normas establecen que la propiedad de los resguardos es colectiva y no enajenable y facultan a los consejos indígenas para velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. Y en las zonas de reserva natural, como se deduce de la norma constitucional que protege el derecho al ambiente sano (artículo 79), con la preservación de las áreas de especial importancia ecológica.<sup>763</sup>

Complementa el análisis, una reflexión acerca de la autorización, que el derecho internacional de los derechos humanos, hace para que se pueda limitar el derecho a la locomoción. Específicamente se toman en cuenta las estipulaciones en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos”. Finalizó la Corte diciendo:

Concretando, para la Corte Constitucional, la propiedad que ejerce una comunidad indígena sobre un resguardo es una propiedad que se rige por el artículo 58 de la Constitución Política. Por lo tanto, la propiedad sobre un resguardo es un *derecho-deber*, así: a) Para el propietario —comunidad indígena—, es un *derecho* subjetivo que goza de las características consagradas en el artículo 669 del Código Civil, que establece: *El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno*. En particular se exige la necesidad de contar con el consentimiento del propietario (s) para circular en él. Social, b) Para los terceros, es un deber respetar la propiedad ajena (artículo 95.1) y no circular por ella sin el consentimiento del propietario. Así pues, la decisión de la Aeronáutica Civil de exigir el consentimiento de la comunidad —por conducto de su representante legal—, para la operación de la pista Yutica-Yapima, en su carácter de dueño, se fundamenta en las disposiciones constitucionales, legales y en los pactos internacionales.

Con la anterior decisión se respetó la voluntad de la comunidad indígena de no permitir la continuación de la labor evangelizadora de la Asocia-

<sup>763</sup> *Ibidem*, p. 9.

ción Evangélica Nuevas Tribus. En otros casos posteriormente las situaciones planteadas serán más complejas, pues se tratara de hacer respetar la voluntad de la comunidad cuando estén en juego grandes intereses económicos en la ejecución de megaproyectos en o cerca de territorios indígenas.

- c. Sentencia C-652 de 1998: pueblos indígenas Embera-Katio del Alto Sinu vs. el presidente de la República, los ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la empresa Multipropósito<sup>764</sup>

Como lo destacamos en el capítulo segundo, este caso fue presentado por la Central de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Medica Sindical de Colombia (Asmedadas), seccional Antioquia ante la Organización Internacional del Trabajo, por tipificar un caso de incumplimiento del Estado colombiano a las obligaciones contraídas con la ratificación del Convenio 169 de 1989.

Interesante destacar que a pesar del proceso de revisión a que sometió la Corte las decisiones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería y la Corte Suprema de Justicia, donde no encontraron violación alguna a los derechos fundamentales de participación (consulta), autogobierno o autonomía, entre otros en noviembre de 1998 definiendo la existencia de violación de esos derechos y reafirmando visiones en defensa de los pueblos indígenas expuestas en anterior jurisprudencia, los sindicatos anteriormente mencionados, en lógica coordinación con los pueblos indígenas, presentaron los hechos que se narrarán a continuación para que fueran evaluados por la OIT en noviembre de 1999. Lo que indica aun que el mencionado Tribunal estableció parámetros jurídicos para la solución de los conflictos planteados, las organizaciones indígenas vieron que la instancia internacional permaneció abierta para una evaluación más general de las decisiones que el Estado colombiano tomó en relación con el pueblo Embera-Katio.

<sup>764</sup> Es necesario aclarar que en el análisis de esta sentencia metodológicamente tomaremos como referencia los hechos que fundamentaron el análisis y las conclusiones de la Corte frente a los derechos de consulta, otros hechos y decisiones se analizarán en el siguiente acápite.

Narran los representantes del pueblo indígena: “Mediante Resoluciones núm. 27 (febrero 20 de 1989), núm. 142 (diciembre 18 de 1992) y núm. 167 (diciembre 14 de 1992), el gobierno nacional declaró de utilidad pública e interés social el territorio necesario para la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I bajo la administración de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca). El proyecto lo inició ISA en 1980, pasó a ser responsabilidad de Corelca en 1982, y en 1992 se creó para manejarlo la empresa Multipropósito Urrá (Cuaderno 1, folios 1-5)”.<sup>765</sup> Este proyecto, desde su momento de concepción, ha tenido un carácter estratégico para el gobierno nacional.

Los impactos ambientales proyectados y comprobados con la construcción del megaproyecto fueron la desviación del río Sinu y la inundación de partes considerables de los territorios del pueblo indígena. El pueblo Embera-Katio posee como parte de sus territorios tradicionales dos resguardos legalizados por el Instituto Para la Reforma Agraria (Incora): “El de Karagaví, que se encuentra a lo largo de los ríos Esmeralda y Sinú en la jurisdicción del municipio de Tierralta en el Departamento de Córdoba y del municipio Ituango en el Departamento de Antioquia; y el de Iwagadó, antigua Reserva Indígena de Río Verde, que colinda con el anterior y está situado a lo largo del río Verde en la jurisdicción del municipio de Tierralta, Departamento de Córdoba”.

En abril de 1993, el organismo encargado en ese momento, del medio ambiente, pues posteriormente se creó el Ministerio de Medio Ambiente, le otorgó licencia ambiental para realizar los trabajos de la primera etapa construcción de obras civiles y desviación del río Sinu a la empresa encargada de coordinar el megaproyecto. Todo, narran los indígenas, a pesar que no se había realizado el proceso de Consulta requerido por el Convenio 169 de 1989, aprobado por la Ley 21 de 1991 y el artículo 330 de la Constitución Política.

Con la asesoría de la Organización Nacional Indígena de Colombia los Embera-Katio suscribieron en noviembre de 1994 un acta de compromiso con la empresa Urrá, en la que se estipularon criterios y procesos para la realización de la consulta, para efectuar la segunda etapa del megaproyecto. La idea fue que el impacto que sufría y sufriría la comunidad por la obra,

<sup>765</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencias T-652 de 1998, p. 4.

fuese compensado con la financiación de un plan de etnodesarrollo que poseía varios programas.

En octubre de 1996 fue suscrito un nuevo convenio entre la comunidad indígena y la empresa Multipropósito Urrá, el Incora, el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, en que se comprometía la empresa encargada del megaproyecto a: “1) cumplir con los compromisos del Plan de Etnodesarrollo para 1996; 2) financiar el Plan de Etnodesarrollo hasta 2000; y 3) mejorar sus esfuerzos en el transporte de peces, al igual que revisar y reformular el proyecto de estanques piscícolas”.<sup>766</sup> Dos condiciones adicionales que ubicaron los representantes de los indígenas como condición previa a la inundación de los espacios que constituirían la represa, que no fueron del agrado de los interesados en la construcción de la obra, consistieron en que se les pagaran un monto de dinero por servicio ambiental, por el mantenimiento de los bosques y el pago de una participación en los ingresos por la generación eléctrica.

Plantearon los indígenas que, posteriormente a los mencionados acuerdos y propuestas, la empresa Urrá negó la posibilidad de contraer una obligación para conceder a la comunidad un porcentaje de sus ingresos y ha propuesto, el pago de un servicio ambiental que consistiría en el 1% fijado por la ley a todos los habitantes de la cuenca afectada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería y la Corte Suprema de Justicia que analizaron el caso, definieron que el derecho de consulta no había sido violado, el primero definió que respecto de “la 3) Violación al derecho de consulta. Sobre la insuficiente información para la consulta previa a la inundación, el Tribunal reafirmó las garantías provistas por el Ministerio del Medio Ambiente. Señaló que los requisitos de la licencia ambiental salvaguardan con amplitud los derechos de las comunidades indígenas”.<sup>767</sup> La conclusión fue avalada por la máxima autoridad de la justicia ordinaria.

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas asumió el caso y como medida provisional para proteger los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katio ordenó que “se suspendiera el llenado y funcionamiento del embalse hasta decidir sobre la procedencia del amparo judicial”. Adicionalmente ordenó la práctica de las pruebas que consideró pertinente concluyendo:

<sup>766</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>767</sup> *Ibidem*, p. 8.

Se pudo establecer que la Alcaldía de Tierralta no sólo ha intervenido indebidamente en asuntos propios de la autonomía del pueblo indígena, sino que ha incurrido en múltiples violaciones a la legislación vigente al omitir resolver oportunamente las peticiones de los Embera-Katio, al no diligenciar los expedientes administrativos como indica el Código Contencioso, al retener partidas y omitir injustificadamente la ejecución de otras, y al suspender la prestación de servicios públicos esenciales como el de salud y educación; también quedó establecido que la gobernación de Córdoba dejó de hacer los aportes a que se había comprometido para la prestación del servicio básico de salud, y que los programas del plan de etnodesarrollo sí se suspendieron desde finales del año 1997.<sup>768</sup>

Por lo anterior tomó la decisión amparar el derecho de consulta que reclamaban los Emberas como violado, fundamentándose en los hechos probados. En opinión de la Corte:

La supervivencia del pueblo Embera-Katio del Alto Sinú, su organización política y representación frente a las autoridades municipales, departamentales y nacionales, *el derecho que constitucionalmente le asiste de participar* (la cursiva es mía) en las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios tradicionales, el impacto de la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I, los efectos previsibles del llenado y funcionamiento de este proyecto, la mitigación y compensación del impacto y los efectos, así como *la participación* (la cursiva es mía) en los beneficios de la explotación del recurso hídrico, son todos asuntos referidos al territorio en el que se encuentra asentado ese pueblo.<sup>769</sup>

Recuerda que con el tema estudiado se relacionan otros derechos y principios que contiene la Constitución en torno a los derechos indígenas, que se verían afectados de no propiciar jurídicamente la protección del derecho de consulta, como es el principio de la diversidad étnica y cultural y el derecho fundamental de la propiedad colectiva para los pueblos indígenas, analizado en el acápite anterior. Recuerda la jurisprudencia elaborada en la sentencia T-188 de 1993: “El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional

<sup>768</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>769</sup> *Ibidem*, p. 12.

del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas”.

Retoma los análisis que elaboró cuando tuvo que decidir un caso similar, respecto de los indígenas uwas en 1997, en la sentencia de unificación SU-037, donde también se solicitó la protección del derecho de consulta de esta comunidad. En ese momento, la Corte advirtió, que la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por indígenas, origina fuertes impactos en su modo de vida. Necesariamente se tienen que buscar soluciones para que la explotación de estos recursos, en dichos territorios no violenten la protección recomendada por la carta política, a estas estructuras sociales: “Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena”, se recomienda en la mencionada sentencia.

Para lograr lo anterior el Constituyente ubicó el párrafo del artículo 330, que orienta que en todas las iniciativas que tenga el gobierno para explotar recursos naturales en espacios donde tenga su hábitat pueblos indígenas “el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Recuerda la Corporación que en la sentencia de 1997 sentó:

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (artículos 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.<sup>770</sup>

<sup>770</sup> *Ibidem*, p. 19.

Adicionalmente anota la Corte, que no es solamente la estructura jurídica nacional la que les exige a las autoridades administrativas propender las condiciones para en sus decisiones no sean afectados los pueblos indígenas, reitera:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (artículo 40-2), tiene un reforzamiento en el Convenio núm. 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, integran junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.<sup>771</sup>

Refuta la corporación la idea planteada por la empresa Multipropósito Urrá durante el proceso de tutela, respecto a que había tenido, desde la década de los ochenta, diferentes reuniones con miembros y autoridades de las comunidades para informar los planes del megaproyecto, y que esos actos configuraban el proceso de consulta requerido. La Corte reafirmó lo dicho en la sentencia SU-037 de 1997: “No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”.

Del análisis del caso concreto se concluyó que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental, que permitió la construcción de las obras civiles del megaproyecto se cumplió irregularmente, violando los derechos fundamentales de la comunidad Embera-Katio. Describe la corporación la calidad de las consecuencias de las decisiones de la administración al autorizar el proyecto de hidroeléctrica para las comunidades de la siguiente forma:

<sup>771</sup> *Ibidem*, p. 20.

Es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katio del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española. Tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan”.<sup>772</sup>

Como la situación no se reparaba ordenando la realización de la consulta de forma correcta, pues prácticamente las obras estaban culminadas y la fase dos sólo estaba suspendida en su ejecución, pues toda la infraestructura para su finalización estaba concluida, entonces la Corte ordenó una serie de medidas para que le fueran reparados los perjuicios a la comunidad y se les garantizara condiciones materiales concretas, para la garantía de supervivencia como sociedad.

<sup>772</sup> *Ibidem*, p. 30.