

CAPÍTULO PRIMERO
MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL: SISTEMA INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS, ESTADO-NACIÓN Y PUEBLOS
INDÍGENAS EN COLOMBIA

| | |
|--|----|
| I. Anotaciones preliminares: el problema sociojurídico . . . | 1 |
| II. El sistema internacional de los derechos humanos y los movimientos sociales internacionales como factores que moldean el sistema jurídico colombiano | 19 |
| III. Marco teórico-conceptual | 30 |
| 1. Dimensiones del proceso de globalización: las luchas de los pueblos indígenas y el sistema internacional de los derechos humanos | 30 |
| 2. Estado-nación | 42 |
| 3. Pluralismo jurídico | 48 |
| 4. La Constitución colombiana de 1991 y la transnacionalización del derecho | 57 |
| 5. La Corte Constitucional y los pueblos indígenas de Colombia | 67 |
| IV. Los referentes normativos internacionales y nacionales objeto de reflexión y la organización del informe de investigación | 70 |

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL: SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, ESTADO-NACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

I. ANOTACIONES PRELIMINARES: EL PROBLEMA SOCIOJURÍDICO

Nuestros derechos son nacidos aquí mismo, de la tierra y de la comunidad. Por eso ahora hemos abierto los ojos, estamos en este pensamiento de lucha: proclamar nuestro derecho a toda nuestra gente y a toda América y al mundo entero. Para que se sepa, para que se respete.

Manifiesto Guambiano, 1980

Según Boaventura de Sousa “El Estado-nación ha sido la dimensión espacio-temporal del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países centrales del sistema mundial”,¹³ y se puede decir que, asumiendo diferentes contextos y enfrentando retos propios también lo ha sido de los países periféricos como Colombia. Agrega el autor que la jerarquía de la entidad, en relación con el derecho, sólo fue lograda debido a que la teoría política liberal clásica se abstraigo de dos dimensiones de las sociedades contemporáneas: la dimensión internacional y la dimensión local. El Estado debía tener *un* solo derecho. El Sistema Internacional fue

¹³ Sousa Santos, Boaventura de, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia-Instituto Alternativo de Servicios Legales y Profesionales-ILSA, 2002, p. 19.

observado durante todo el siglo XIX y parte del XX como una prolongación de los intereses de los Estados-nación. De allí que el derecho de este tiempo se haya denominado indistintamente derecho internacional o derecho interestatal. La existencia del sistema internacional sociológicamente presuponía, y aún hoy presupone pero de forma relativizada por los procesos de globalización que están ocurriendo, la “existencia de una pluralidad de Estados independientes o soberanos”.¹⁴

Las realidades sociológico-antropológicas de la dimensión infra-estatal jurídica, lo local, están representadas por el sinnúmero de estructuras sociales y culturales que fueron invisibilizadas por los proyectos que implementaron los países hoy existentes para erigir Estado-nación en los territorios donde han ejercido su soberanía. Es el mundo comunitario complejo y polimorfo que se desarrollaba con dinámicas propias en etapas anteriores a la implementación de procesos modernizadores, para imponer instituciones políticas, económicas y jurídicas que reflejaran el modelo capitalista de sociedad. En los antecedentes de la conformación del Estado moderno, en el contexto europeo, lo local era representado por el conjunto de espacios autónomos que existían en la Alta Edad Media, poseedores de su propia estructura jurídica y política y conectados éstos por intereses coyunturales. Precisamente con estas estructuras se enfrentaron las fuerzas sociales que representaban la modernidad jurídica, política y económica. Su propósito era establecer instituciones que reflejaran dinámicas generales, en extensiones territoriales macros de sociedad.¹⁵

El Estado moderno, que posteriormente se concibió como Estado-nación desde el siglo XIX, por sus mismas características mantiene relaciones de naturaleza diferente con la dimensión local e internacional. En relación con la dimensión local, una de las principales estrategias es la des-estructuración de las relaciones jurídico-políticas y culturales que re-

¹⁴ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Águila, 1967, p. 9.

¹⁵ Una descripción del occidente medieval nos puede ayudar a imaginarnos las *localidades* que existían en ese momento histórico: “En él conviven, por un lado, una serie de reinos y principados escasamente cohesionados políticamente, integrados por feudos y ciudades. Los territorios feudales eminentemente rurales, se hallan bajo el gobierno de señores, que imponen tributos y administración de justicia y que por encima de todo son guerreros, pero guerreros privados. Los reinos no son unidades de poder. La coerción pública carece de un único vértice, se encuentra dispersa en multitud de centros. El feudal ante todo se representa a sí mismo...”. Gabriel, José Antonio de, “La formación del Estado moderno”, en Águila, Rafael del (ed.), *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 1997, p. 37.

presenta. El Estado moderno se propone centralizar el poder político de la sociedad en un territorio determinado, ejercer el poder de ser la fuente de producción de las normas que rijan las relaciones intersubjetivas de los habitantes de dicho territorio, es decir, crear, en términos weberianos, una estructura que ejerza el *monopolio de la fuerza legítima*.¹⁶ La eliminación de las relaciones socioculturales y económicas que representen la tradición y su sustitución por una estructura política-jurídica e institucional que reflejen espacios-tiempos territorialmente modernos es una de sus más importantes prioridades.

Mientras lo local, entendido como el complejo mundo comunitario representante de relaciones económicas, políticas, jurídicas y culturales no modernas, premodernas, es la dimensión a desaparecer, a desestructurar, imponiendo la lógica institucional moderna; la dimensión internacional es el nivel a desarrollar y promover. La sociedad de naciones se convierte en un imperativo. De allí que la dimensión local se estatuye como la contra-hegemónica y la dimensión nacional e internacional en las dimensiones hegemónicas.

Aunque la dimensión local de los Estados-nación es receptáculo de complejas estructuras que en los últimos doscientos años se han opuesto a desaparecer, en este trabajo nos centraremos en los procesos comunitarios de tipo jurídico-político representados por los pueblos indígenas¹⁷ en Colom-

¹⁶ Weber, Max, "capítulo IX", *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

¹⁷ La designación como pueblos indígenas de realidades sociales específicas, sobre todo existentes en el continente americano, no es un acuerdo generalizado entre las organizaciones internacionales y los Estados. A la misma realidad se le denomina poblaciones indígenas, comunidades indígenas, personas consideradas indígenas, minorías étnicas, etcétera. En este trabajo se empleará el término pueblos indígenas, pues en las propuestas de declaraciones de derechos indígenas que se discuten en la Organización de Naciones Unidas (ONU) y en la Organización de Estados Americanos (OEA), se emplea esta denominación. La variedad de formas para designar en documentos jurídicos realidades conocidas en las ciencias sociales como indígenas se debe a que se teme a las implicaciones jurídicas y políticas que devengan de tal decisión, como afirma Rodolfo Stavenhagen: "El que los grupos étnicos reciban el nombre de comunidades, naciones, nacionalidades, pueblos, minorías, tribus o etnias es un asunto de convencionalismo, sin embargo puede tener una gran trascendencia jurídica y política", *Conflictos étnicos y Estado nacional*, Siglo XXI, México, 2000, p. 11. En la tradición científica norteamericana la situación es similar, en el ensayo presentado por James Hopkins en el texto *Constitución y derecho indígenas*, coordinado por Jorge Alberto González Galván, que recoge las ponencias del Seminario Internacional Constitución y Derechos Indígenas, realizado en marzo de 2001,

bia. Evaluaremos su conexión y dinámica con el sistema jurídico colombiano y procesos internacionales globales que tienen relación con el sistema internacional de derechos humanos y nuevas formas de organización y presión sociopolítica surgidas en dicho contexto.

Los pueblos indígenas son las sociedades que de alguna forma reflejan objetivamente la relación entre el espacio-tiempo local y el espacio-tiempo del Estado-nación. Según informaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) existen actualmente 192 Estados-nación como integrantes del sistema internacional pero los pueblos indígenas suman varios miles, constituidos por casi 300 millones de personas.¹⁸ En sólo el continente americano la Organización de Estados Americanos calcula que existen 400 pueblos indígenas, sumando alrededor de 40 millones de individuos en un

titulado *Constitutional Aspects of Aboriginal Economic Development: Taxation and Aboriginal Governase in Canada* afirma: “I use ‘aboriginal’, ‘first nation’, ‘indian’, ‘indigenous’ and ‘native’ interchangeably and with equal respect to refer to the indigenous people, including the Ekimo, Inuit, and Metis people of North America. I also capitalize aboriginal in reference to their distinct identity as a people, which by all accounts is capitalized for other cultural and racial groups”. p. 36. Incluso cuando se emplea el término *Pueblo*, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se consideró pertinente la aclaración del contenido del concepto 3. La utilización del término *Pueblos*, en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”, artículo primero. En el proceso de redacción de la Declaración de derechos de los pueblos indígenas, en lo que se refiere al idioma inglés, se ha presentado el conflicto respecto de la letra ‘S’, lo describe Robert B. Porter, profesor de derecho en la Universidad de Kansas: “There is no consensus on the term ‘indigenous people’ at the working group on the Draft Declaration (WGDD). Some States can accept the use of the term ‘indigenous people’. Some states can accept the use the term ‘indigenous peoples’ depending consideration of the issue in the context of the discussion on the right of self-determination. Other states cannot accept the use of the term ‘indigenous peoples’, in part because of the implication this term may have in international law including respect to self-determination and individual and collective rights. Some delegation have suggested other terms in the declaration, such as, ‘indigenous individual’, ‘persons belong indigenous group’, ‘indigenous populations’ ‘individuals in community with others’ or ‘Persons belonging to indigenous peoples’. In addition, the terms used in individual’s articles may vary depending on the context. Some delegations have suggested that if the term ‘indigenous peoples’ is used in the draft declaration, we should also refer to the article 1.3 of ILO 169”. En *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 2002, p. 40.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Leafle núm. 1 Indigenous Peoples and the United Nations System: An Overview*, p. 4, <http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/index.htm>, consulta realizada el 16 de agosto de 2004.

sistema interamericano constituido por 34 Estados nacionales.¹⁹ En Colombia existen actualmente 81 pueblos indígenas ubicados por toda la geografía nacional.

Sin embargo, el sistema de Estados-nación se encargó de no reflejar hasta casi las últimas décadas del siglo XX, ni en sus sistemas jurídicos, ni en el orden internacional constituido por ellos, las sociedades indígenas. Su pretensión en todo momento en el orden interno, fue des-estructurar los procesos colectivos de los que eran portadores, homogenizar sus poblaciones locales como sujetos individuales, merecedores de derechos fundamentales y articulados en tal condición a las relaciones económicas y políticas modernas por ellos promocionadas. En el orden internacional los únicos sujetos del derecho internacional público reconocidos fueron los Estados-nación mismos.

Como es lógico, la configuración como la prioritaria entidad centralizadora del espacio-tiempo del derecho las dos últimas centurias del Estado-nación posee características históricas concretas diferentes dependiendo del lugar que ocupe el país sujeto de reflexión en la jerarquía mundial. Diferente fue y es la constitución del Estado-nación como la estructura que pretendía monopolizar las dinámicas socioculturales y económicas en los países centrales, que la pretensión elaborada para cumplir este mismo papel en países periféricos, semiperiféricos o las consideradas áreas externas a esta estructura económica-política internacional.²⁰

De esta manera entendemos que la realidad sociojurídica y cultural Estado-nación no es un concepto universal, ni homogéneo. Es una forma de ordenamiento jurídico político que se produjo en Europa occidental durante un proceso que comprendió las cinco últimas centurias, producto de las

¹⁹ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en las Américas*, Reportes Especiales, <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Indice.htm>, consulta realizada el 17 de agosto de 2004.

²⁰ Hago uso de la jerarquización de las estructuras nacionales que realiza Immanuel Wallerstein en su texto *The Modern World System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World Economy in the Sixteenth Century*, Nueva York, Academia Press, 1974, donde plantea esta clasificación de los países, proponiendo al este de Europa y Latinoamérica como países periféricos en el sistema económico internacional. Esta misma categorización, abstrayéndose de la cuarta clase, es usada por Boaventura de Sousa Santos para desarrollar su propuesta metodológica y teórica que explica el fenómeno de la globalización del derecho en las dos últimas décadas del siglo XX, en el texto ya citado *La globalización del derecho*.

relaciones geopolíticas con el resto de países. Este paradigma institucional y político se ha difundido, globalizado, hacia diferentes áreas del mundo. La constitución del Estado moderno, unido a la categoría de nación desde el siglo XIX, ha tenido connotaciones diferentes en las disímiles regiones del mundo occidental; diferente parábola tiene en el continente africano, en Norteamérica y en América Latina. La asunción de la modernidad de estas regiones ha dependido de los papeles que desempeñen en la estructura mundial.²¹

Como estructura periférica en el sistema mundial Colombia se articuló a procesos sociopolíticos y jurídicos que se gestaban a inicios del siglo XIX en el mundo. Como receptáculo de la cultura hispánica por más de 300 años en el momento de la independencia se inscribió en una tradición jurídica específica, la romano-germánica, asumida por España y trasladada a las colonias latinoamericanas. En este nivel el referente de los fundadores intelectuales del nuevo espacio nacional fue hacer de la ley la fuente primera de las obligaciones jurídicas y políticas de los nuevos ciudadanos. El espacio-tiempo político, necesariamente debía hacerse coincidir con el espacio-tiempo del derecho. En ese sentido, el derecho legítimo necesariamente debía ser el derecho producido por los órganos autorizados para ello, es decir el derecho obsesivamente debía ser el derecho estatal. En términos weberianos la estrategia fue la de destruir todas las formas de legitimación tradicional, más propias de estructuras premo-

²¹ Aunque este punto no es central en esta investigación, sí es importante como referente de contextualización del problema. Boaventura de Sousa Santos expone que existen diferentes rutas, diferentes entradas a la modernidad: “Siguiendo a Therborn, distingo cuatro vías de entrada a la modernidad: la puerta europea, los nuevos mundos, la zona colonial y la modernización de cara a la modernidad como amenaza externa. La puerta europea es ‘la ruta pionera’, un proceso endógeno tanto en relación con el cambio como en relación con la resistencia a éste. Los nuevos mundos son la vía a través de la migración y el genocidio transcontinental, y a través de la independencia proclamada por los colonizadores de la mayor parte de Norteamérica, seguida pronto por los países meridional y central del hemisferio y por la de Australia, Nueva Zelanda y Hawai. La puerta de la zona colonial va desde África Noroccidental, a través del subcontinente indio, hasta el archipiélago de Asia Suroriental, donde la modernidad llegó por conquista, sujeción y apropiación. Por último la modernización inducida externamente es la puerta del cambio drástico, defensivo promovido por las elites locales que consideraron la modernidad como una amenaza extranjera, como en la restauración Meiji del Japón, en el Egipto de los comienzos del siglo XIX y más tarde en China, Irán y Tailandia”. Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, pp. 73 y 74.

dernas y de la dimensión local, e instituir formas de legitimación racional o legal que se concretan en el hecho de existir y actuar fundamentado en reglas preconstituidas.

Lo anterior produjo como resultado la ocultación, invisibilización y destrucción sistemática de las heterogéneas expresiones jurídico-políticas y culturales existentes en el país. El fundamento con que se concibió la estructura institucional improntó el destino de los pueblos indígenas y las diferentes expresiones comunitarias y regionales que existían. Su destino, al menos el destino trazado por las elites políticas, fue el de desaparecer y asumirse como ciudadanos. Para el caso colombiano el derecho no se adaptó a la realidad social, sino que se convirtió en un instrumento creador de una realidad deseada.

En Colombia, tomando los anteriores parámetros desde el primer momento de las iniciativas independentistas frente a la corona española, los dirigentes de dichos procesos se propusieron la tarea de elaborar los referentes jurídicos y políticos para instituir una estructura estatal que constituyera el espacio-tiempo nacional promovido por la teoría política liberal posicionada en dicho momento histórico.

La estrategia implementada fue la de producir referentes constitucionales donde se establecieran las reglas nacionales para el ejercicio del poder político que debían seguir tanto los órganos y los empleados del Estado como los ciudadanos instituidos como tales por el referente constitucional. De tal forma que, como un ritual inicial de los nuevos momentos políticos que se vivían, fueron elaborados numerosos documentos con cualidades constitucionales como: el Acta del Cabildo Extraordinario de Santa Fe, del 20 de julio de 1810, el Acta de la Constitución del estado libre e independiente del Socorro del 15 de agosto de 1810, la Constitución de Cundinamarca del 30 de marzo de 1811, el Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada el 27 de noviembre de 1811, la Constitución de la República de Tunja del 9 de diciembre de 1811, la Constitución del estado de Antioquia el 21 de marzo de 1812, la Constitución del estado de Cartagena de Indias del 15 de julio de 1812 y la Constitución de la República de Mariquita de junio de 1815, entre otros.²²

²² Sociológicamente la vocación de establecer marcos constitucionales no refleja un proceso de modernidad política. David Bushnell, nos describe la real situación que contextualizó estas iniciativas “Sin duda alguna, ninguna otra región de América españo-

La idea de establecer referentes jurídicos y políticos para contemporizar los ritmos institucionales del país a las tendencias generales mundiales se convirtió en una obsesión para los líderes de la República después de la definitiva independencia de los españoles en 1819. Durante el siglo XIX se expidió la Constitución de Cúcuta 1821, la Constitución del Congreso Admirable de 1830, la Constitución de la Nueva Granada en 1832, la Constitución de 1843, la Constitución de la Confederación Granadina de 1853, la Constitución de 1858, la Constitución de Río Negro de 1863 y finalmente la Constitución de 1886, la cual tuvo numerosas reformas durante el siglo XX.

En todos estos documentos se señala los límites de los poderes del Estado, relacionados específicamente con la protección de la propiedad y las libertades de los ciudadanos. Se promueve la ley como la expresión de la voluntad general y como la síntesis de gobierno constitucional. Se especifica las estructuras de las ramas del poder público, ejecutiva, legislativa y judicial, como una realización de la idea —siguiendo a John Locke— *que los poderes estén en manos diferentes*. Se ubica un proceso de conformación del poder a través del sufragio, siguiendo la filosofía: un ciudadano, un voto. Por supuesto el sujeto ciudadano es identificado con el varón, con determinada renta, con habilidades para leer y escribir, donde el 95% de los habitantes durante el siglo XIX y parte del XX eran analfabetos.

Los pueblos indígenas no fueron considerados como sujetos de derechos para las Constituciones; se estableció una política legislativa que le daba instrumentos al Estado para desestructurar sus sociedades y elegirlos en potenciales ciudadanos y propietarios. El estatus de indígena era transitorio para los nuevos miembros del Estado-nación colombiano, su destino era hacerlos ciudadanos y sujetos con derechos individuales.²³

la enfrentaba tantas dificultades (tanto obstáculos de transporte y comunicación por kilómetro cuadrado) como la Nueva Granada, con una población esparcida en núcleos aislados en las cordilleras andinas, para no mencionar los asentamientos en la costa. De esta manera la separación geográfica vino a reforzar todas las diferencias socioeconómicas básicas que existían entre las grandes regiones: el resultado fue un agudo regionalismo que complicó enormemente los primeros intentos de organización política. En realidad, no solamente se demostró que las diferentes provincias eran incapaces de unirse, sino que algunas empezaron a desmembrarse internamente...”, Bushnell, David, *Colombia una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*, Bogotá, Planeta, 1997, p. 65.

²³ En un estudio realizado sobre la legislación indígena en la década de los cincuenta por Antonio García, realizaba un balance del significado de esta normatividad para los

La teoría que construyó el paradigma institucional moderno los siglos XVIII y XIX asoció su visión de Estado con la categoría nación, de esta forma la proposición completa fue la de constituir Estados-nación. La misma soberanía en la declaración francesa se ubicó como originaria de la nación. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella y los pueblos que en las revoluciones burguesas comenzaron a verse depositarios de la soberanía del Estado fueron poco a poco viéndose a sí mismos como naciones pertenecientes cada una a un Estado particular.²⁴

Siguiendo el modelo, el objetivo fue entonces implementar una propuesta de Estado monocultural que se impuso autoritariamente y que invisibilizó, o trató de integrar o asimilar a las diferentes expresiones socioculturales y jurídicas de la sociedad a una promocionada institucionalmente como representativa del colectivo comprendido dentro de la estructura Estado-nación.²⁵ La pretensión fue entonces constituir políticamente

pueblos indígenas “No obstante las grandes experiencias económicas que se basan en el principio de la cooperación —no sólo en países socialistas sino en Estados Unidos, en su sistema de administración planeada en el Valle de Tennessee— el Estado liberal se mantiene atado al prejuicio de que la liberación económica, el progreso, la incorporación del indio a la vida de la nación, son el producto espontáneo del arrasamiento de las formas comunales de propiedad. Basta transformar al indio en propietario y someterlo a las leyes comunes, para que automáticamente quede realizada su incorporación ciudadana. 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”. García, Antonio, *Legislación indígena de Colombia: introducción crítica y recopilación*, México, Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano, 1952, p. 11.

²⁴ Stavenhagen, Rodolfo, *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México, 2001, p. 45.

²⁵ El mismo Stavenhagen concluye diciendo: “El único problema de este modelo ideal de organización política fue que, al fin de cuentas sólo unas cuantas ‘naciones’ pudieron conformar sus ‘Estados nacionales’ por medio de la unificación política: Francia, Alemania, Italia, y, hasta cierto punto, Inglaterra y España. Otros lo lograron separándose de entidades mayores a veces mediante violencia o guerra abierta: Noruega, Bélgica y Polonia. La mayoría de pueblos de Europa siguieron siendo ‘naciones sin Estado’ subordinadas a imperios multinacionales —como el zarista, el austrohúngaro y el otomano— que no se dividieron sino hasta terminada la Segunda Guerra Mundial. Al mismo tiempo, los principales Estados de Europa, habían ido construyendo en otros continentes sus propios imperios multinacionales donde no regía ‘el principio de la nacionalidad’, y que a su

un Estado, que controlara el territorio y los procesos jurídicos-políticos y económicos que se sucedían a su interior y una nación de ciudadanos con rituales, mitos y expresiones de identidad iguales.

En 1886 se inició formalmente en Colombia el llamado proceso de Regeneración que promulgó una Constitución. El objetivo concreto fue establecer una institucionalidad que cumpliera con los propósitos mencionados anteriormente, los cuales habían sido aplazados por las numerosas guerras civiles y los enfrentamientos de todo tipo, que se habían sucedido entre los diferentes grupos organizados en partidos y ejércitos. Rafael Núñez conformó el denominado Partido Nacional, impuso la Constitución mencionada, “expulsó” algunas ideas liberales nocivas para el orden social colombiano e impuso la oficialidad de la religión católica, como parte de los valores fundamentales heredados por los colombianos de la tradición hispánica. La Regeneración se propuso crear condiciones para que la institucionalidad estatal fuese efectiva y unificara procesos jurídicos, políticos, económicos y sociales en el país.²⁶

Así las cosas, el amplio mosaico cultural colombiano fue reinvisibleado por el proyecto de nación colombiana promovido por la institucionalidad estatal, la Regeneración establecida desde 1886 representó el triunfo tem-

vez sólo se desmembrarían después de la Segunda Guerra Mundial... Después del Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial, la Liga de las Naciones se preocupó por establecer un ‘régimen de protección de las minorías’ en Europa, pero en términos generales el sistema no tuvo éxito”. *Ibidem*, p. 46.

²⁶ El significado de la Constitución de 1886 para la formación del “Estado-nación” colombiano lo presentan algunos historiadores del país como el punto culminante donde se constituyeron condiciones para su real estructuración: “El proyecto de unificación nacional y de centralización del poder político, que comprendía la nueva configuración del Estado colombiano, quedó plasmado formalmente en la Constitución de 1886 y tuvo un desarrollo normativo posterior que vinieron a darle una nueva institucionalidad al país. Este proceso se dio a partir de la Constitución y desde ésta, y se tradujo en un ordenamiento jurídico hermenéutico que creó un “espacio legal”, indispensable para el ejercicio del poder político, que se orientó básicamente a imponer su legitimidad a todo el conjunto de la nación y a unificar la economía. La centralización del poder político no solamente se definió desde la Constitución sino que se tradujo además en la nacionalización de las distintas legislaciones, en la supremacía de la nación sobre los departamentos y en otras medidas que tuvieron a dos instituciones como instrumentos de su imposición: la iglesia católica y las fuerzas armadas. Estas dos instituciones, que quizá eran las únicas que tenían verdadero alcance nacional, le sirvieron al poder central para extender y reproducir su dominio a todo el territorio colombiano”. Bell, Gustavo, “Consolidación del Estado nacional en Colombia: 1886-1900”, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Bogotá, núm. 1, vol. XXI, 1984.

poral de una definición militante de unidad nacional. Todos los colombianos debían de ser sujetos individuales, con derechos y obligaciones, todos tendrían que aportar a la unidad nacional. El mundo comunitario de los 81 pueblos indígenas y el numeroso colectivo afrocolombiano fue entendido como expresiones de atraso en el desarrollo económico y social. Los espacios tradicionalmente habitados por ellos se concibieron como baldíos que había que integrar al proceso económico y social de país.

Las pretensiones fueron crear condiciones para derrotar todos los elementos que le producían distorsiones al proyecto de unidad nacional. El regionalismo, que conducía a la desarticulación del país puesto que convocaba permanentemente a pensar en pequeña escala, sería derrotado con el centralismo constitucionalizando²⁷ las culturas indígenas dispersas, empecinadas en mantener su identidad, su cosmogonía pagana y su independencia de los procesos que se promovían desde el Estado; se asimilarían a los procesos civilizatorios a través del convenio de misiones. Frente a la comunidad afrocolombiana debía procurarse políticas que los conectarán a los procesos de civilización que los integrara a la dinámica nacional. Adicionalmente, para rescatar la más propia de las tradiciones, la fe católica, se declaró oficial dicha religión,²⁸ el pasado colonial fue reivindicado y valorado positivamente, y se otorgó un papel especial a esta religión, dándole estatus de núcleo y pilar del mantenimiento del orden social de la nación. Se firmó con dicho propósito el Concordato.²⁹

²⁷ El líder promotor de la reorganización del país en ese momento histórico, Rafael Núñez, al instalar la Constituyente de 1886 expresó ese objetivo: “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. En lugar de un sufragio vertiginoso y fraudulento, deberá establecerse la elección reflexiva y auténtica; y llamándose, en fin, en auxilio de la cultura social los sentimientos religiosos, el sistema de educación deberá tener por principio primero la divina enseñanza cristiana, por ser ella el *Alma Mater* de la civilización del mundo. Si aspiramos a ser libres, es preciso que comencemos por ser justos. El campo de acción de cada individuo tiene, por tanto, límite obligado en el campo de acción de los otros y en el interés procomunal”. 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.

²⁸ “La tolerancia religiosa no excluye el reconocimiento del hecho evidente del predominio de las creencias católicas en el pueblo colombiano. Toda acción del gobierno que pretenda contradecir ese hecho elemental, encallará necesariamente, como ha encallado, en efecto, entre nosotros y en todos los países de condiciones semejantes”. *Idem*.

²⁹ En 1887 se firmó el Concordato con la Santa Sede, a través del cual la iglesia recuperó su independencia, se le atribuyeron prerrogativas en el campo de la educación, los

Con la implementación de las anteriores concepciones se inició en el país una época constitucional y política que concluye en 1991 con el establecimiento de la nueva Constitución.¹⁸ Aunque la carta constitucional elaborada en 1886 fue reformada en sucesivas oportunidades, 1910, 1936, 1945, 1968 y 1986, para adecuarla a los cambios en el paradigma liberal, la concepción de conformar un Estado-nación a través de estrategias jurídico-políticas y culturales que produjeran una identidad colombiana no varió. Los pueblos indígenas no existían en tanto sociedades, en tanto sujetos colectivos, existían comunidades salvajes o semisalvajes o sujetos individuales portadores de una concepción primitiva del mundo, que debían ser integrados por medio de misiones a la sociedad colombiana. Cuando mejor fueron considerados se les asimiló a la categoría de campesinos.

Ni siquiera en 1936, momento en el cual se produce un proceso de reforma constitucional que recepcionó importantes instituciones de protección social que replantearon las funciones del Estado en Europa y Estados Unidos, fue cambiada la perspectiva que consideraba los pueblos indígenas como sujetos de tratamiento especial por el ordenamiento. La reforma de 1936 para muchos científicos sociales colombianos significó el arribo jurídico y político de la modernidad a la institucionalidad del país. A través de ella fue establecida la función social de la propiedad, se crearon leyes para proteger a los sectores obreros y campesinos, estableciéndolos como sujetos de derechos. Para los primeros se instituyó un Código del Trabajo y para los segundos una Ley de Reforma Agraria; además de ser acondicionadas todas las instituciones estatales a las corrientes constitucionales y políticas que prevalecían en coyuntura histórica. Es importante anotar que antes de la designación de los obreros y campesinos como sujetos de derechos específicos, se habían posicionado como sujetos sociales a través de una profunda movilización política y social en las primeras décadas del siglo XX.

registros civiles de las personas se pusieron bajo su cuidado, los nombramientos de los altos prelados se debían hacer con el consentimiento del presidente de la República. Teniendo este referente jurídico en 1902 se firmó el primer convenio de misiones que estipulaba amplias prerrogativas en el orden judicial y administrativo a la iglesia en los territorios donde ejercían la tutela de los pueblos indígenas.

³⁰ Salomón Kalmanovitz sostiene: "La Constitución de 1886 sobrevivió hasta 1991. El país adquirió una forma republicana de gobernar con un contenido conservador que derivaba la soberanía de la nación unificada por el catolicismo". Kalmanovits, Salomón y López, Enrique, *Instituciones y desarrollo agrícola en Colombia a principios del siglo XX*, Bogotá, Banco de la República, 1997, p. 7.

En la Constituyente de 1991 se estableció una diferente visión del Estado en torno a la sociedad colombiana. El ciudadano abstracto ya no fue el pivote fundamentador del constitucionalismo; mujeres, niños, minusválidos, comunidades negras y pueblos indígenas, fueron concebidos como sujetos particulares de derechos. La nueva Constitución ubica como principio que nuestra nación es pluriétnica y pluricultural. Los pueblos indígenas, en particular, por primera vez en la historia del país fueron visibles para el discurso constitucional convirtiéndose en sujetos de derechos. Podemos decir que el espacio-tiempo jurídico-político local de los pueblos indígenas fue reconocido por la dimensión estatal-nacional.

Los pueblos indígenas alcanzaron en esta Constitución un alto nivel de reconocimiento. Más de dos decenas de disposiciones constitucionales les otorgaron garantías como individuos y como colectivos. Lo trascendente es que hubo un replanteamiento de la concepción del ordenamiento jurídico en tanto sujeto de derechos y obligaciones; de la idea de comunidades semisalvajes y salvajes, se pasó a su reconocimiento como estructuras socioculturales poseedoras de identidades que debían ser respetadas. La nueva concepción la expresó la Corte Constitucional en uno de sus primeros pronunciamientos:

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”. 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 ten-

gan 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).³¹

Como se comentó en la parte introductoria de este trabajo, el estatus jurídico y político alcanzado por los 81 pueblos indígenas, adicionado al conjunto de derechos reconocidos, ha sorprendido a analistas del tema. Para algunos esta situación no es concordante con la fuerza social y política que han tenido estas realidades sociales en la historia del país, hasta el punto que Beatriz Eugenia Sánchez en su trabajo hace una sugerencia para encontrar las causas de dicha situación en el ámbito internacional, perspectiva que reafirma Catherine Walsh al explicar los cambios constitucionales a favor de las sociedades indígenas de Ecuador como un proceso de movilización social, contrastándolos con lo que los analistas, incluida la autora mencionada, observan en los casos de Perú, Venezuela y Colombia.

Si para muchos científicos sociales la fuerza social del movimiento indígena colombiano no poseía la contundencia para transformar el sistema jurídico-político y alcanzar los logros constitucionales descritos, el interrogante sociojurídico pertinente a resolver es entonces: ¿cómo arriba el ordenamiento jurídico-constitucional colombiano a este punto?, ¿qué elementos o qué factores de tipo político y jurídico intervinieron para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas?, ¿qué factores del orden nacional e internacional intervinieron para que se produjera el reconocimiento de la existencia del espacio-tiempo jurídico-político local de los pueblos indígenas en Colombia?

El replanteamiento jurídico-político no fue de una magnitud superficial. Lo concluido por la Asamblea Nacional Constituyente fue la transformación de la visión con que se constituyó la nación desde los momentos de la independencia de España. Durante casi dos centurias la institucionalidad jurídica-política fue fundamentada en el mono-culturalismo. La idea de nación fue sustentada en la existencia de una cultura colombiana, es decir el conjunto de rituales colectivos que les daba a los ciudadanos habitantes

³¹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-380 de 1993, p. 25.

de la república una identidad particular. Efemérides fundacionales de la nación, historias y símbolos colectivos fueron mostradas como prueba durante ese tiempo para darle legitimidad a la idea de unidad nacional. Las 81 culturas indígenas existentes, las diferencias regionales y las sociedades afrocolombianas fueron ignoradas y sometidas a procesos de asimilación.

El nuevo régimen jurídico 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, como se señaló, alcanzan las dos decenas. En nuestra consideración, el fundamento de estos derechos descansa sobre el principio 7 de la nueva carta política, pues se prescribe: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.³² La Corte Constitucional asumió la siguiente perspectiva en torno a los contenidos del artículo:

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan sus lenguas, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.³³

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 perspectiva de la sociedad y de la nación.³⁴

³² Constitución Política de Colombia de 1991, Base de Datos Política de las Américas, <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html>, consulta realizada el 22 de abril de 2003.

³³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-380 de 1993, p. 21.

³⁴ 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

La nueva carta política le otorgó a los pueblos indígenas derechos políticos, económicos y sociales, como también estableció parámetros para que fueran asumidos por el ordenamiento jurídico dos específicos derechos de estas sociedades: el derecho al territorio y el derecho a la autonomía que, como veremos en el desarrollo de la investigación, no han dejado de producir tensiones en su implementación por los preconceptos que existen en el orden jurídico internacional y en los de los Estados-nación en relación con ellos.³⁵

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 Estados-nación que limitaban con él en las primera décadas del siglo XIX, al convenir límites con otras unidades políticas estatales se rompieron abruptamente las relaciones que milenariamente habían conformado las sociedades indígenas. Los dos artículos siguientes les otorgan a los pueblos indígenas el derecho de ser

proclamar el carácter multiétnico y pluricultural de la nación colombiana, pues diferentes propuestas, desde diferentes perspectivas políticas, como se describió arriba, lo sugerían. En concepto de este líder indígena: “Honorable 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*, núm. 19, Bogotá, lunes 11 de marzo de 1991, p. 12.

³⁵ 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 que existe aun, 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 (capítulo tercero). La situación mexicana frente a estas dimensiones de los derechos de los pueblos indígenas es descrita en el año 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”, *La Jornada*, domingo 18 de marzo de 2001. <http://www.jornada.unam.mx/2001/mar01/010318/mas-otras.html>, consulta realizada el 23 de octubre de 2004.

parte del Congreso de la República en tanto colectivos; estableciendo circunscripciones especiales.³⁶

En cuanto a los derechos sociales, económicos y culturales, la Asamblea Nacional Constituyente recogió un sinnúmero de iniciativas de los delegados indígenas y no indígenas que desarrollan el principio que se había aprobado, reconociendo 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,³⁷ el artículo 10 que reconoce que las lenguas indígenas son oficiales en sus territorios,³⁸ el artículo 68 que plantea que los pueblos indígenas tienen derecho a recibir una educación que respete su identidad cultural,³⁹ el artículo 70 que reconoce la igualdad de

³⁶ 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 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 representantes. Bases de Datos Políticos de las Américas, Constitución Política de Colombia en 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 24 de octubre de 2004.

³⁷ Artículo 80. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación. *Idem*.

³⁸ 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*.

³⁹ Artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará

todas las culturas,⁴⁰ artículo 72 que plantea que la ley reglamentará el derecho que tienen los pueblos indígenas a los yacimientos arqueológicos,⁴¹ el artículo 356 que homologa los resguardos indígenas a la categoría de municipios para efectos de las transferencias que la nación debe realizar anualmente a las entidades territoriales.⁴²

Los derechos territoriales y de autonomía establecidos son: el artículo 63 que declara la imprescriptibilidad y la no enajenabilidad de las tierras indígenas,⁴³ el artículo 246 que establece la jurisdicción especial indígena,⁴⁴ los

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. *Idem*.

⁴⁰ 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*.

⁴¹ 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*.

⁴² 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". *Idem*.

⁴³ 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. *Idem*.

⁴⁴ 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*.

artículos 286 y 287 que establecen la existencia de entidades territoriales indígenas en el país y sus funciones.⁴⁵

El problema sociojurídico a resolver lo podemos sintetizar entonces de la siguiente forma: ¿el reconocimiento de los derechos específicos que se le hizo en Colombia a los pueblos indígenas en la Constitución de 1991 y que ha venido haciendo la Corte Constitucional fue y es el resultado de la combinación de procesos globales jurídico-políticos que se presentaban y se presentan en el escenario internacional y de dinámicas político-jurídicas nacionales que se unieron a las expresiones de resistencia que habían desarrollado estas sociedades en las últimas décadas del siglo XX?

II. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS MOVIMIENTOS SOCIALES INTERNACIONALES COMO FACTORES QUE MOLDEAN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Estructurar una explicación en torno a los procesos sociojurídicos y políticos que concluyeron con el reconocimiento en la Constitución de 1991 de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos y su posterior desarrollo por parte de la Corte Constitucional, indiscutiblemente es una empresa intelectual interesante por varias razones: en primer lugar porque evidentemente su *fuerza social*, su capacidad en términos demográficos y políticos, no nos indica que pudieran haber tenido la contundencia para realizar una presión suficiente y necesaria para el logro de estos propósitos. Los datos nos informan que los pueblos indígenas colombianos constituyen menos del 2% de la población, localizados por toda la geografía nacional.

En segundo lugar, si bien son sociedades con una alta capacidad de organización, hasta los finales de la década de los ochenta sólo habían logrado realizar una difusión nacional e internacional de su situación, mas no obligar al Estado a establecer instituciones a su favor como las que

⁴⁵ 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. *Idem*.

surgieron con la constituyente de 1991, su capacidad de presionar el sistema político de ninguna forma tenía el estatus de los gremios económicos, las organizaciones obreras o las asociaciones campesinas.⁴⁶

En tercer lugar porque el replanteamiento del ordenamiento jurídico colombiano se dio a pesar de lo anterior, lo que obliga al investigador a buscar las razones de esta nueva realidad en dimensiones que no tienen nada que ver con la lógica de los cambios sociojurídicos enmarcados en el Estado-nación, se necesita entonces observar el contexto internacional en que se desarrolló la Asamblea Nacional Constituyente.

En nuestro concepto al buscar una explicación de esta nueva realidad sociojurídica en relación con los pueblos indígenas, no se debe infravalorar el proceso de resistencia que han vivido éstos para preservar sus identidades y detener los procesos de destrucción y asimilación cultural que se han implementado en el periodo de construcción del Estado-nación colombiano, y más la calificación de esta resistencia en las décadas de los setenta y ochenta donde estas realidades demostraron una gran capacidad de movilización social y política. La resistencia de los pueblos indígenas a las políticas de homogenización cultural y de articulación a dinámicas económicas capitalistas de los habitantes del territorio colombiano, indiscutiblemente ha permitido que en los finales del siglo y hoy, existan dichas sociedades y tengan la capacidad de hacer reivindicaciones para que les sean reconocidos derechos específicos.

Además el cambio en el escenario político-jurídico para los pueblos indígenas a partir de la Constitución de 1991 es evidente, de vivir procesos de resistencia, pasaron a construir procesos de exigencia para que se hicieran realidad los derechos contemplados en el nuevo ordenamiento constitucional. De estar a la defensiva haciendo uso de discursos políticos y a veces hasta morales, pasaron a la ofensiva con elementos jurídico-constitucionales expresos que fundamentan sus peticiones.

Así las cosas, el cambio referido no posee una explicación suficiente en los procesos sociopolíticos vividos al interior del Estado-nación. Necesariamente debemos atender las sugerencias de los investigadores citados anteriormente y explorar procesos que han venido sucediendo en la dimensión internacional, y que en las últimas tres décadas “han sufrido una dramática intensificación, que va desde la globalización de sistemas pro-

⁴⁶ La situación la podremos observar en la primera parte del capítulo cuarto.

ductivos y transacciones financieras, pasa por la diseminación de información e imágenes a través de los medios de comunicación masivos y las tecnologías de la comunicación, hasta el desplazamiento masivo de personas, como turistas, trabajadores emigrantes o refugiados. La gama y alcance extraordinarios de estas interacciones transnacionales han llevado a algunos autores a ver en ellas una separación cualitativa de formas previas de relaciones mundiales, un nuevo fenómeno llamado ‘globalización’, ‘formación global’ o ‘cultura global’,⁴⁷ polimorfo proceso que ha impactado en todos los órdenes a las sociedades actuales, máxime si tienen en el orden mundial una posición periférica como es el caso colombiano”.

La comprensión en torno al problema de la globalización ha detectado que la dimensión internacional se transformó esencialmente en las últimas décadas del siglo XX, de ser el espacio-tiempo de prolongación de los intereses de los Estados-nación, pasó a ser el espacio depositario de procesos económicos, políticos, culturales y jurídicos, que modifican y reconstruyen las estructuras de las dimensiones nacionales y locales. Se produce entonces un hecho interesante con este nuevo fenómeno, de ser la dimensión Estado-nación el centro configurador de la realidad internacional por mucho tiempo, la realidad internacional entendida como escenario del proceso de globalización, se transforma a través de múltiples procesos en configuradora de la dimensión nacional y local.

El impacto de la globalización es descrito por importantes científicos sociales. Así para Anthony Giddens, el fenómeno es concebido como “la intensificación” de las relaciones sociales en el ámbito mundial, que vincula localidades distantes de tal manera que los acontecimientos locales son modelados por eventos que tienen lugar a muchas millas de distancia y viceversa.⁴⁸ Otro autor, Mike Featherstone, observa el fenómeno como el desenvolvimiento de un proceso histórico siempre en crecimiento, proceso de varias etapas en su desarrollo, designando la presente como la fase V, denominada de *incertidumbre*, cita Boaventura su descripción de la globalización:

Inclusión del tercer mundo y aumento de la conciencia global en los últimos años de los sesenta. Alunizaje. Acentuación de los valores “posmate-

⁴⁷ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, p. 37.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 38.

rialistas”. Fin de la guerra fría y proliferación de las armas nucleares. El número de instituciones y movimientos aumenta considerablemente. Las sociedades enfrentan de manera creciente problemas de multiculturalismo y polietnicidad. Las concepciones de los individuos se vuelven más complejas por consideraciones de género, de étnica y raza. Derechos civiles. Sistema internacional más fluido-fin de la polaridad. Preocupación por la humanidad como una comunidad de especie bastante mejorada. Interés en una sociedad civil mundial y en la ciudadanía mundial. Consolidación del sistema de comunicación global.⁴⁹

Así entendida la globalización, no puede reducirse sólo a procesos económicos y de comunicación. El fenómeno indiscutiblemente involucra también procesos sociales, culturales, políticos y jurídicos. Coincidimos entonces con Boaventura cuando plantea: “En todo caso un vistazo a los estudios sobre el proceso de globalización muestra que nos encontramos frente a un fenómeno polifacético con dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y jurídicas combinadas de las maneras más complejas”.⁵⁰

Parte del proceso globalización y que no se enmarca en referentes políticos y económicos, es el surgimiento de movimientos de presión al sistema internacional “de Estados-nación subordinados, las regiones, las clases, los grupos sociales se organicen transnacionalmente en defensa de intereses comunes y usen en su provecho las posibilidades para la interacción transnacional creadas por el sistema mundial”,⁵¹ que trabajan permanentemente para posicionar valores, principios y derechos en los instrumentos internacionales de derechos humanos que no reflejen solamente los intereses de los sectores hegemónicos del proceso global, es decir los Estados centrales y las empresas transnacionales.

Para el caso de los pueblos indígenas, desde la década de los setenta se han posicionado un conjunto de organizaciones de derechos humanos, que han ubicado enfoques alternativos al discurso de los derechos humanos que sólo concebía sujetos individuales. Incluso desde este periodo organizaciones indígenas de naturaleza internacional, se han erigido como voceras de las reivindicaciones indígenas y han recibido el estatus de orga-

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibidem*, p. 39.

⁵¹ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, p. 58.

nizaciones consultivas de la ONU, éstas son Aboriginal and Torres Strait Islander Commission; Asociación Kunas Unidos por Nabguana; Four Directions Council; Grand Council of the Crees (Québec); Indian Council of South America; Indian Law Resource Centre; Indigenous World Association; International Indian Treaty Council; International Organization of Indigenous Resource Development; Inuit Circumpolar Conference; National Aboriginal and Islander Legal Services Secretariat; National Indian Youth Council; Saami Council; Sejekto Cultural Association of Costa Rica; Yachay Wasi y World Council of Indigenous Peoples.

Los movimientos de presión internacional mencionados son un conjunto de procesos que se han desarrollado con pretensiones de replantear los proyectos de globalización de los Estados centrales y las corporaciones transnacionales. Éstos están constituidos por “los diálogos y las organizaciones sur-sur, las organizaciones laborales mundiales (la Federación Mundial de Sindicatos del Libre Comercio); la filantropía transnacional norte-sur; las redes internacionales de servicios jurídicos alternativos; las organizaciones de derechos humanos; las ONG con agendas transformativas; los movimientos literarios y artísticos en la periferia del sistema mundial, que buscan valores culturales alternativos, no imperialistas, etcétera”.⁵²

La expresión de la globalización anteriormente descrita es denominada por Boaventura, como *Cosmopolitanismo*, que puede ser definida como el conjunto de redes sociopolíticas que se van estructurando en el ámbito internacional para proponer enfoques diferentes de globalización a la que se viene imponiendo con criterios eminentemente económicos y jurídicos desde la década de los setenta. Son expresiones contra-hegemónicas, que en determinado momento logran posicionar derechos, valores y principios, al hacer uso de una variedad de estrategias, incluso, como lo veremos en el desarrollo de la presentación de la investigación, logrando detener decisiones perjudiciales a los pueblos indígenas por parte de los Estados-nación y empresas transnacionales. Estas coaliciones cosmopolitas no tienen una naturaleza social, cultural y política precisas, “más bien son variopintas en su composición de clases y están formadas a lo largo de líneas que no corresponden a clases, tales como la etnia, el género o la nacionalidad”.⁵³

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibidem*, p. 60.

De esta forma la potencia social de los pueblos indígenas que habitan en Colombia debe verse desde otras perspectivas. Si nos atenemos a observar las características sociopolíticas que tenían y tienen para presionar el sistema político del Estado-nación colombiano, indiscutiblemente concluimos que son asombrosos los logros obtenidos en la Asamblea Nacional Constituyente, pero si articulamos su presencia en dicho organismo y sus reivindicaciones al movimiento cosmopolita internacional anteriormente descrito, que se había estructurado en las décadas de los setenta y los ochenta para que el sistema internacional de los derechos humanos y los Estados-nación mismos replantearan sus visiones en torno a los pueblos indígenas, indiscutiblemente se produce una imagen del proceso más diáfana.

El Estado-nación colombiano, en la coyuntura de la Constituyente de 1991, no sólo tuvo presiones nacionales, también fue presionado por los estándares que en los escenarios internacionales de derechos humanos se habían establecido y las acciones realizadas por los movimientos sociales globales y los pueblos indígenas de todo el mundo.

En los procesos vividos en el sistema internacional de los derechos humanos en las últimas tres décadas, se pueden observar la existencia de estas nuevas fuerzas sociales y políticas cosmopolitas. Después de décadas de acercarse al tema a través del discurso genérico de derechos humanos, la Organización de Naciones Unidas (ONU)⁵⁴ aprobó en 1971 la realización de un estudio sobre los pueblos indígenas, por medio de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías, la cual depende de la Comisión Permanente de Derechos Humanos. Los responsables del informe concluyeron su trabajo presentándolo en el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que fue constituido en 1981.⁵⁵ El

⁵⁴ Según Stavenhagen, conocedor de la historia de los derechos humanos en el siglo XX, el problema se planteó, pero como un tema al margen: “Desde que se dieron en la ONU los primeros pasos para la redacción de la Declaración Universal, hubo quienes pidieron atención especial para grupos minoritarios, culturalmente diferenciados. Algunos delegados de Europa oriental (entonces bajo régimen comunista) propusieron que la Declaración y luego los pactos, incluyeran dispositivos para la protección de los derechos humanos para las minorías étnicas”. Stavenhagen, Rodolfo, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997, p. 360.

⁵⁵ El estudio sobre el problema de la discriminación de las poblaciones indígenas fue publicado en forma consolidada en cinco volúmenes, como documento E/CN.4 / bub.2 / '986/7 y Add 1 a 4. Las conclusiones, propuestas y recomendaciones se publicaron por

Grupo de Trabajo desde el mencionado año se ha constituido en el centro de reunión internacional de organizaciones indígenas y no indígenas que trabajan para el replanteamiento del sistema internacional de los derechos humanos sobre pueblos indígenas. Haciendo uso de este espacio se elaboró la propuesta de Declaración de Derechos de los pueblos indígenas, y actualmente está pendiente su discusión definitiva por parte de la Asamblea General.

El posicionamiento del tema indígena, como un tema autónomo en el sistema internacional de los derechos humanos, se produjo en un contexto donde diferentes ONGs internacionales y organizaciones indígenas nacionales realizaron numerosas acciones y eventos para presionar que el sistema internacional y los Estados-nación percibieran de forma diferente a los pueblos indígenas, por vía de ejemplo podemos mencionar las declaraciones de Barbados I y Barbado II, donde se hacían planteamientos a favor de la autodeterminación; en 1977 se realizó la conferencia sobre la situación de los indígenas, que produjo la declaración de principios para la defensa de las naciones indígenas del hemisferio occidental.⁵⁶ En el Cuarto Tribunal Russell,⁵⁷ que se realizó en Rotterdam en 1980, se presentaron casos que tenían relación con negación de derechos a comunidades indígenas.

La conformación del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en la ONU, como se planteó arriba, se ha convertido en el escenario de encuentro de cientos de organizaciones nacionales e internacionales, potenciando la actividad de las organizaciones indígenas y produciendo un

separado. Éste fue elaborado por el grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, establecido por el Consejo Económico y Social según resolución 1982/34 del 7 de mayo de 1982, órgano subsidiario de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, que se reúne anualmente en Ginebra, usualmente durante la última semana de julio.

⁵⁶ Organizaciones no gubernamentales organizaron la Conferencia Sobre la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas en 1977, en el desarrollo de sus sesiones las organizaciones indígenas hicieron circular un borrador de declaración sobre los principios para la defensa de las naciones y los pueblos indígenas del hemisferio occidental. Este documento fue reproducido por la ONU. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/476/Add.5.

⁵⁷ Autoridades de varios pueblos indígenas presentaron sus casos frente a este jurado internacional que dedicó su atención a los derechos de los pueblos indígenas de las Américas. El tribunal afirmó su derecho moral a “exigir que los gobiernos y las organizaciones internacionales cumplan con las normas ampliamente aceptadas con relación a los derechos humanos en general, así como, los derechos particulares de los pueblos indígenas de las Américas”.

nuevo escenario o cualificando el que se venía constituyendo. La interlocución y la coordinación del movimiento indígena con las nuevas formas de presión global se han intensificado lo que ha propiciado un nuevo escenario para la denuncia y la exigencia de derechos de los pueblos indígenas. Podemos concluir que:

lo que en realidad es nuevo en la prominencia de la cuestión indígena es el surgimiento de una coalición trasformativa, transnacional, compuesta por ONGs indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial hacia la violación de los derechos históricos de los indígenas y presionando tanto a las organizaciones internacionales como a los Estados nacionales para que condenen las violaciones, detengan la destrucción y tomen medidas activas para corregir (empezar a corregir) tal injusticia histórica masiva. Este esfuerzo transnacional encaja dentro del proceso de globalización que he llamado cosmopolitanismo.⁵⁸

Es importante destacar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) paralelamente a la Organización de las Naciones Unidas, se pronunció sobre el tema de derechos de los pueblos indígenas y su relación con los Estados nacionales, por medio de Convenio 107 de 1957, convenio que fue cuestionado por las organizaciones indígenas nacionales y los grupos globales de presión por poseer una naturaleza etnocéntrica y asimilacionista durante las siguientes décadas a su aprobación. Estas mismas organizaciones iniciaron acciones para que la organización internacional replanteara el instrumento, propósito logrado en 1989 cuando fue aprobado el Convenio 169, que plantea una perspectiva más sensible a las realidades indígenas eliminando el etnocentrismo y asimilacionismo con que fue elaborado el anterior instrumento.⁵⁹

⁵⁸ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, p. 152.

⁵⁹ Información de la OIT hasta el mes de julio de 2004 señala que son 17 Estados los que han ratificado el Convenio núm. 169 de 1989: Noruega (19-08-90), México (05-09-90), Colombia (07-08-90), Bolivia (11-12-91), Costa Rica (02-04-93), Paraguay (10-08-93), Perú (02-02-94), Honduras (28-03-95), Dinamarca (22-02-96), Guatemala (05-06-96), Países Bajos (02-02-98), Fiji (03-03-98), Ecuador (15-05-98), Argentina (03-07-00), Brasil (25-07-2002), Dominica (25-02-2002) y Venezuela (22-05-2002). El convenio 169 estipula en su artículo 38, numeral 2, que el instrumento: "Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el director general". Organización Internacional del Trabajo, Ratificaciones del Convenio

Se puede concluir que el Sistema Internacional de los Derechos Humanos que inició su configuración desde 1948, ha vivido un proceso de transformación de sus visiones en torno a los sujetos de derechos el cual ha posibilitado el paulatino posicionamiento de los pueblos indígenas como sujeto de derechos autónomos en este sistema y la intensificación de su tratamiento en las tres últimas décadas del siglo XX. A esto han contribuido la emergencia de nuevos estados después del proceso de descolonización vivido en las décadas de los cincuenta y sesenta, los movimientos de liberación nacional, los movimientos antirracistas, los nuevos paradigmas de las ciencias sociales y por supuesto la presión del conjunto de estructuras organizativas, fundamentalmente ONG, que conforma el movimiento cosmopolita descrito anteriormente.⁶⁰

Un escenario donde se ha desarrollado también el tema de los pueblos indígenas es el Sistema Interamericano de derechos Humanos. Desde los inicios de la década de los setenta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le ha correspondido examinar peticiones que organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos le han presentado para su evaluación a la luz de la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que no contienen alusiones expresas a derechos indígenas, y otros instrumentos internacionales del sistema o aplicables al sistema regional. A través de las decisiones de la Comisión Interamericana se ha abierto paulatinamente un horizonte jurídico para explicar las realidades indígenas de forma diferente haciendo a un lado el paradigma individualista de derechos humanos que ha caracterizado este sistema.

La influencia del movimiento cosmopolita y los nuevos parámetros aprobados por el sistema internacional de los derechos humanos para abordar los derechos indígenas lo podemos corroborar cuando observamos las conclusiones a que han llegado los Estados de América Latina al abordar reformas a sus Constituciones en las dos últimas décadas, a través de sus órganos legislativos, o por medio de constituyentes. Podemos notar que sin presiones contundentes a estos sistemas políticos por parte de los pue-

169 de 1989, Base de Datos de las Normas Internacionales del Trabajo, Ilolex, página web de la OIT, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>, consulta realizada el 30 de julio de 2004.

⁶⁰ En el segundo capítulo se observa la transformación vivida en este escenario respecto de los pueblos indígenas durante todo el siglo XX.

blos indígenas, con las debidas excepciones como el caso ecuatoriano y boliviano, les fue otorgado un estatus jurídico constitucional, reconociéndoles ser portadores de derechos específicos como colectivos.⁶¹

La característica de los parámetros actuales constitucionales de los Estados de América Latina es que expresan que sus naciones poseen una naturaleza pluriétnica y multicultural; que en el fondo es un reconocimiento de que las vías tomadas para la construcción de los Estados-nación en épocas anteriores no reflejaron la realidad sociocultural de sus territorios.

Todo lo anterior generó que los pueblos indígenas en cada estado, asumieran una nueva etapa de lucha por sus reivindicaciones políticas y sociales. Emergió una fase, política y jurídica, donde se presentan condiciones favorables para el avance de su reconocimiento como estructuras sociales particulares de los países donde están asentados, y de precisión de los contenidos de los derechos reconocidos.

Se concibe entonces que lo que configura el nuevo contexto en que los pueblos indígenas de Colombia se desenvuelven es una acumulación de procesos jurídicos y políticos que se producen simultánea y paralelamente en el orden nacional e internacional; que son complementarios y contradictorios, que se recrean recíprocamente, que son resultado de la movilización social de estas sociedades y del movimiento cosmopolita-global descrito, además de elaboraciones de organismos internacionales que trabajan el tema de derechos humanos.

Efectivamente el momento de la Constituyente lo concebimos como una coyuntura histórico-política donde se produjo una conjugación de procesos internacionales de orden jurídico y político con procesos nacio-

⁶¹ En un trabajo relativamente reciente sobre este tema se sostiene: “Coherentes con la necesidad de respetar y promover los derechos y las características de los pueblos indígenas y personas indígenas, los gobiernos de muchos países, singularmente los de América Latina, realizan esfuerzos por adecuar sus leyes internas a los avances contenidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de los indígenas. En este contexto se ubican las reformas constitucionales de Panamá, 1971; Brasil, 1988; Colombia, 1991; El Salvador, 1992; Guatemala, 1992; México, 1992; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Argentina, 1994; Bolivia, 1994; Ecuador, 1994; en dichas reformas se incluyen elementos distintivos de la diversidad étnica, con la idea central de fortalecer el reconocimiento positivo de los derechos específicos relativos a la identidad, tenencia de la tierra, lengua indígena, educación, procuración y administración de justicia y valoración de las culturas, confirmando el carácter multiétnico y pluricultural de los Estados latinoamericanos”. Guerra González, Gisela, *Derechos de los pueblos indígenas: legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, p. 13.

nales que permitió la revalorización jurídica constitucional de los pueblos indígenas como sujetos de derecho. Las acciones realizadas por el movimiento indígena nacional encontraron un punto de contacto con las presiones internacionales para que Colombia estableciera un orden institucional conveniente a los nuevos procesos globales, de ese modo al adecuar la institucionalidad a estos requerimientos se tuvieron que asimilar valores, principios, derechos específicos para los pueblos indígenas que si bien no tenían una relación directa con las pretensiones principales de los actores políticos que presionaban el cambio, primordialmente económicas, estaban ahí en el contexto internacional y hubo que acogerlos.

Los derechos indígenas hoy ubicados en la Constitución de 1991 y desarrollados por la Corte Constitucional, son un resultado de una dinámica compleja entre el orden nacional y el internacional que en las últimas décadas ha alcanzado una relación intensa, rompiendo el paradigma establecido en los primeros momentos de surgimiento del orden jurídico y político internacional, que consistía que en dicha dimensión se ubicaban intereses y visiones convenientes para los Estados-nación, y sobre todo para los que tenían un posicionamiento geopolítico de potencia.

Por último es importante señalar que no observamos la ubicación de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema jurídico-político colombiano en 1991 como una conclusión que armoniza la dialéctica entre la dimensión local (entendida como la realidad indígena en este trabajo), la nacional e internacional. Indiscutiblemente, que los Estados-nación replanteen la visión que tenían sobre la forma como concebían la realidad sociocultural donde se desenvuelve es un hecho sociojurídico trascendente, pero esta decisión no elimina las relaciones conflictivas que estas tres dimensiones poseen, lo que hace es ubicarlas en otro contexto, donde continúan interactuando. De allí que cada derecho reconocido significa una tensión en su aplicación.

El espacio-tiempo indígena posee fundamentos diferentes para sus reivindicaciones. La nueva fase busca encontrar la eficacia de los preceptos constitucionales favorables logrados. En el nuevo contexto intervienen y conflictúan permanentemente con el mismo ahínco los pueblos indígenas, los órganos del Estado-nación, los intereses económicos y políticos transnacionales, el movimiento cosmopolita-global y el sistema internacional de los derechos humanos.

El Estado-nación colombiano se ha convertido en sí mismo en escenario de conflictos jurídicos donde se destacan los múltiples intereses y acto-

res que la globalización produce cuando el tema de los derechos de los pueblos indígenas es abordado. Efectivamente, insertándose al ámbito internacional económico el Estado colombiano ha propiciado la presencia de organizaciones transnacionales, con sus proyectos de todas las naturalezas en el espacio-tiempo de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas han reaccionado para defender sus intereses y han acudido a las diferentes instancias del aparato judicial nacional e internacional apoyándose en los derechos que les han sido reconocidos. Para fortalecer sus demandas de justicia han hecho sinergias con un numeroso grupo de actores globales, que va desde organizaciones internacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, personalidades políticas, intelectuales, grupos de investigación, entre otros.

El nuevo escenario podrá ser captado en todas sus connotaciones en los diferentes casos que evaluaremos en este informe de investigación.

III. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Los conceptos desde los cuales analizaremos el problema sociojurídico planteado pertenecen a diferentes autores y marcos teóricos. La búsqueda de una explicación a los interrogantes en torno al surgimiento de los derechos indígenas ubicados en la Constitución de 1991 y su desarrollo por parte de la Corte Constitucional consideramos, no nos permite inscribirnos unilateralmente a un enfoque teórico específico de las ciencias sociales y jurídicas. La complejidad de los fenómenos actuales, el resquebrajamiento de los horizontes tiempo-espaciales del Estado-nación producto del proceso de globalización que vivimos, no autorizan para un enfoque restringido y unilateral del problema.

La reflexión en torno de cómo asumimos en la presente investigación el contenido de algunos conceptos y el significado de específicos procesos e instituciones nos permitirán tener un referente teórico amplio para elaborar una explicación al problema sociojurídico planteado. Los principales conceptos operativizados son los siguientes.

1. *Dimensiones del proceso de globalización: las luchas de los pueblos indígenas y el sistema internacional de los derechos humanos*

El consenso a que han llegado los científicos sociales en las últimas décadas en torno al tema de la globalización es que éste es un fenómeno

polifacético, que comprende fenómenos económicos, políticos, sociales, culturales y jurídicos, que tiene como jurisdicción a todos los humanos y los diferentes espacios-tiempos donde habitan, en términos de Zygmunt Barman “nos están ‘globalizando’ a todos, y ser ‘globalizado’, significa más o menos lo mismo para todos los que están sometidos a ese proceso”.⁶² Es indiscutiblemente el proceso que mantiene un replanteamiento constante de todas las prácticas y visiones con que se constituyó las relaciones sociales que se habían formado a lo largo del siglo XX.

Independiente de los enfoques con que se reflexione el fenómeno de la globalización, se tiene el referente que éste es un proceso económico propiciado por los países que ostentan los índices de desarrollo económico más altos, los denominados países centrales, las empresas transnacionales que ocupan un lugar protagónico en la economía mundial. Los principales rasgos del nuevo contexto son: “obtención de recursos alrededor del mundo, sistema de producción flexibles y costos de transporte bajos que permiten la producción de componentes industriales en la periferia y la exportación hacia el centro; surgiendo tres grandes bloques comerciales: Estados Unidos, basado en relaciones privilegiadas con Canadá, México y América Latina; Japón, basado en relaciones privilegiadas con los cuatro pequeños tigres y el resto de Asia Oriental; y Europa, Central y Oriental y África Septentrional”.⁶³

La situación ha generado transformaciones en las dinámicas económicas y políticas en los diferentes escenarios del sistema económico mundial. Los países que no cumplen el papel de conducir la iniciativa geopolítica y económica del mundo, vale decir, los países considerados periféricos y semiperiféricos, necesariamente han venido adaptando sus estructuras productivas y jurídico-políticas a estas nuevas realidades; de allí que han debido realizar reformas estructurales. Así desde la década de los ochenta se presenta toda una oleada de reformas en los sistemas jurídicos de los Estados mencionados para alcanzar los objetivos de romper con el proteccionismo económico imperante antes de los ochenta, adecuar los precios de sus economías a los precios establecidos en la economía mundial, la flexibilización de las relaciones laborales, que significa la reducción de

⁶² Barman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 7.

⁶³ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, p. 40.

salarios mediante la “desindicalización” de los trabajadores y la supresión de derechos laborales, la prescripción de la inviolabilidad de la propiedad privada, la desaparición del Estado como agente económico-productor, liberación de las empresas privadas de cualquier control impuesto por el Estado, sin importar cuánto daño social ello produzca, mayor apertura al comercio y a la inversión internacionales, eliminación de los controles de precios, reducción del gasto público en servicios sociales. La premisa implementada es que un mercado desregulado es la mejor forma de aumentar el crecimiento económico, que en definitiva nos beneficiará a todos.

El nuevo escenario económico mundial ha sido complementado por expresiones culturales, políticas y jurídicas. En lo cultural, se han presentado innovaciones en las comunicaciones que han revolucionado la construcción de identidades y de prácticas sociales, concibiéndose por algunos la formación de una cultura global o transnacional “o que su origen nacional es irrelevante en tanto circula a través del globo más o menos desprendida de las culturas nacionales”.⁶⁴ Qué sujeto se beneficia de este contexto, sus horizontes y perspectivas ha sido la preocupación de numerosos científicos sociales en las dos últimas décadas, siendo éste un campo de investigación rico en matices ideológicos y políticos.

Las expresiones políticas y jurídicas tienen también sus particularidades. En las primeras la globalización es un escenario donde se replantean los papeles desempeñados durante el último siglo por los Estados, las regiones, las clases, los empresarios, las empresas transnacionales y los movimientos comunitarios, además de surgir otros propios de la nueva realidad, como ONGs de todas las naturalezas o el llamado por los politólogos el tercer sector.

En el campo jurídico nuevos referentes son establecidos en el orden internacional, desde parámetros para regular el libre mercado internacional, como la Organización Mundial de Comercio, la Unión Europea y el tratado económico entre Estados Unidos, México y Canadá (NAFTA), hasta órdenes jurídicos internacionales que tienden a hacer imperativa la democracia y los derechos humanos, reflejados en los diferentes instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y sus diferentes organismos encargados de su control y aplicación.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 45.

Teniendo como referente la compleja situación descrita, se consideró pertinente tener un marco de conceptos concreto en torno a la globalización que nos permitiera explorar la respuesta al interrogante presentado en esta investigación. Decidimos acoger el presentado por Boaventura de Sousa Santos, para el cual la globalización es un proceso selectivo, dispar, cargado de tensiones y contradicciones, pero no anárquico, pues tiene vínculos directos con el orden instituido en el sistema mundial, recoge todas las diferencias existentes en dicho sistema y les asigna una función específica a los países periféricos y semiperiféricos. La globalización es entonces:

Un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo, y al hacerlo adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales. Una vez que un proceso de globalización es identificado, su significado y explicación plenos no pueden ser obtenidos sin considerar procesos adyacentes de relocalización que ocurren en conjunción y entrelazados con él.⁶⁵

El autor ubica tres ejemplos para fundamentar su noción de globalización. El primero, desde el punto de vista lingüístico, se refiere al posicionamiento del idioma inglés como *lingua franca*, lo que inmediatamente produjo la localización del francés que en un tiempo tuvo dichas pretensiones. El segundo, el posicionamiento de los actores de Hollywood como globales, produce la localización de los actores de la India o de México, como locales. El último se refiere a procesos económicos y sociales que se han vivido en las últimas décadas, como es el caso del aporte de los indígenas y campesinos cocaleros de Bolivia, Perú y Colombia a la economía mundial de la droga, pero permanecen “localizados” como siempre.

Concebida de la anterior manera la globalización se expresaría de cuatro formas fundamentales en la actualidad: 1) Localismo globalizado. 2) Globalismo localizado. 3) Cosmopolitanismo. 4) Herencia común de la humanidad. La primera es definida como “el proceso por medio del cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito”,⁶⁶ se ubican como ejemplos, la globalización de la comida rápida y la música popular norteamericana, o la adopción mundial de leyes de propiedad intelectual norteamericana sobre *software* para computadoras o la de una operación de una

⁶⁵ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 57.

empresa transnacional. La segunda “consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos”.⁶⁷ Acá se ubican todas las formas de condicionamiento a los países periféricos y semiperiféricos para que adapten sus estructuras socio-políticas, jurídicas a los nuevos procesos que se viven en el mundo en estas dimensiones. Las reformas o ajustes estructurales han sido los rituales que han realizado estos países para asumir los nuevos papeles en el sistema mundial. Con connotaciones particulares para cada caso podemos ubicar la imposición a los mencionados países de parámetros jurídico-políticos internacionales, por vía de ejemplo la exigencia de cumplimiento de estándares específicos en derechos humanos o de implementación del modelo democrático, entendido muchas veces como democracia electoral.

Uno de los agregados del modelo conceptual propuesto es que no ubica un concepto de globalización general que abarque indistintamente los Estados que constituyen el sistema mundial, al contrario hace la sugerencia permanente para que se tenga conciencia en el análisis de la posición que el Estado analizado ocupa en dicho sistema, para de esta manera detectar su articulación al proceso de globalización. De esta forma Colombia quedaría receptor de global-localizaciones, pues para el autor existe una especialización de los diferentes países en el contexto de la globalización: “Los países centrales se especializan en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos les es impuesta la alternativa de los globalismos localizados”.⁶⁸

La tercera forma de globalización, el cosmopolitanismo, la hemos definido en un apartado anterior (donde construimos una respuesta al origen de los derechos indígenas en el sistema jurídico colombiano desde la Constitución de 1991). Consideramos que hay que resaltar, para cumplir con la función de esta parte del capítulo, que esta expresión constituye la parte social del referente presentado por Boaventura, pues nos muestra que la globalización no sólo moldea una realidad, conveniente a los intereses de los actores hegemónicos, sino que las sociedades locales y nacionales reaccionan buscando posicionar sus intereses o replantear los modelos que se quieren imponer del fenómeno. “El cosmopolitanismo no es más

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

que el establecimiento de una red de luchas locales progresistas, con el fin de maximizar su potencial emancipador *in locu* a través de conexiones traslocales/locales”.⁶⁹

La cuarta y última forma de globalización, la herencia común de la humanidad, se refiere a procesos de posicionamiento de temas globales que han sido considerados por el consenso de naciones en los foros internacionales, excluyendo por supuesto a las que ejercen como superpotencias, esenciales para la supervivencia de la sociedad humana o para su desarrollo adecuado; es el caso de los recursos existentes en el océano, la protección de la capa de ozono, la producción de armas nucleares y el espacio exterior. Este es un escenario particular de globalización, aunque complementario con el cosmopolitanismo en criterio de Boaventura, pues buscan replantear el orden que intentan establecer los países centrales y las empresas transnacionales en las dimensiones económicas, sociales, políticas y jurídicas mundiales.

El anterior marco analítico de la globalización, correlacionado con el concepto de derecho aportado en el apartado anterior, nos permite ubicar este fenómeno como más amplio que un proceso económico, aunque, lo reiteramos, sabemos que la dimensión económica marca la tendencia determinante en tan complejo proceso. La globalización comprende entonces dinámicas de transnacionalización del campo jurídico que se desarrollan autónomamente y en relación continua con los cambios en los procesos materiales, culturales, sociales y políticos que se suceden, Boaventura sostiene: “Está lejos de mis intenciones afirmar que la transnacionalización de la producción y las relaciones comerciales no es un factor clave en los cambios recientes del campo jurídico. Sólo pretendo sostener que no cubre todo el espectro de las interacciones globales y concentrarse con exageración en ella puede llevar a menospreciar otros desarrollos igualmente importantes”.⁷⁰

Lo que observamos en las últimas dos décadas es procesos de reestructuración de los Estados-nación de los países periféricos y semiperiféricos para actualizar sus sistemas económicos, políticos y jurídicos de acuerdo con los requerimientos de los países centrales y las empresas transnacionales promotores de los nuevos paradigmas económicos y políticos. Todo lo an-

⁶⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁷⁰ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, p. 69.

terior apoyado por instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio, y la Organización Internacional del Trabajo, el sistema de Naciones Unidas, los organismos regionales como la Organización de Estados Americanos y la Unión Europea, de donde concluimos que los procesos más significativos de globalización jurídica devienen de los localismos globalizados y los globalismos localizados.

Los contextos de globalización del cosmopolitanismo y la herencia común de la humanidad tienen una dinámica dependiente de los anteriores, pues surgen como expresiones políticas, con propuestas jurídicas, que se oponen a las visiones que los actores principales de la globalización pretenden ubicar como rectoras del proceso. De esta forma observamos la red de organizaciones no gubernamentales y los nuevos movimientos sociales actuando en los escenarios que propicia la globalización, intentando detener proyectos o posicionar nuevos enfoques que reflejen intereses de sectores que sufren perjuicios por parte de la nueva dinámica económica o representando valores generales de la humanidad.

En el esquema analítico seguido se concluye que existen siete formas de trasnacionalización del campo jurídico: derecho estatal trasnacionalizado, derecho de la integración regional, *lex mercatoria*, derecho de la gente en movimiento, derecho infraestatal trasnacionalizado, derecho cosmopolita y *Jus Humanitis*.

El derecho estatal trasnacionalizado. Se refiere al proceso de cambios jurídicos sufridos por un Estado producto de presiones internacionales formales e informales, de otros Estados, agencias internacionales otros actores internacionales. Aquí ubicamos todos los procesos de ajustes estructurales realizados por los Estados para adaptarse a las nuevas visiones de la producción de los actores económicos de la globalización. El foco principal de globalización se concreta en localismos globalizados y globalismos localizados, sus principales artífices son las instituciones financieras internacionales, las empresas trasnacionales y los Estados centrales.

El derecho de integración regional. Este tipo de trasnacionalización del campo jurídico se ha producido en los últimos tiempos cuando un conjunto de Estados toma la decisión de replantear sus estructuras económicas y jurídicas con el objeto de conectarse y construir una unidad supranacional. El proceso referente de este análisis hasta el momento es la Unión Europea. El foco principal de globalización se ubica como globalismo

localizado y localismo globalizado, los principales actores son los Estados, los órganos supranacionales y en nuestra opinión también las empresas transnacionales.

La lex mercatoria. Son los esquemas que se van imponiendo como referente de obligaciones en el contexto de la globalización económica representado en contratos y acuerdos transnacionales, las formas de solución de conflictos en dicho contexto en términos de Boaventura: “la nueva ley mercatoria, como campo jurídico transnacional emergente, es un localismo globalizado, constituido por gruesas expectativas cognitivas y delgadas lealtades normativas reproducidas por la repetición rutinaria de un gran número de relaciones contractuales originalmente diseñadas por sociedades mercantiles transnacionales y por abogados, así como por bancos y organizaciones transnacionales dominadas por unas y por otros”.⁷¹ El foco principal de globalización es presentado como un localismo globalizado y globalismo localizado.

Derecho de la gente en movimiento. Consiste en los replanteamientos jurídicos que generan el movimiento migratorio que se produce por causas económicas y políticas (refugiados) en el mundo. Los actores que se ven relacionados son los Estados, las organizaciones internacionales y las ONGs de derechos humanos.

El derecho infraestatal transnacionalizado. Se centra fundamentalmente en la emergencia de los pueblos indígenas en el escenario jurídico transnacional, producto de las actividades económicas de las empresas transnacionales, autorizadas por los Estados en sus espacios tradicionales. Se ha producido todo un movimiento que plantea el reconocimiento de derechos colectivos específicos a los pueblos indígenas y medidas de protección por parte de los Estados y el sistema internacional.

El derecho cosmopolita. Se produce desde el momento en que el discurso de los derechos humanos es asumido como referente ético del sistema internacional en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano producida por la ONU en diciembre de 1948. Desde ese momento los Estados-nación, como actores principales del sistema internacional, generantes de la iniciativa, se han tenido que enfrentar a un movimiento social que exige el cumplimiento eficaz de los valores protectivos de los derechos humanos y la ampliación de la visión individualista de la primera

⁷¹ *Ibidem*, p. 107.

declaración. El conflicto ha evolucionado hasta el punto que a finales del siglo XX existe el sistema internacional de los derechos humanos que se ha convertido en un orden jurídico cosmopolita y que presiona a los Estados para que ajusten sus estructuras jurídico-políticas a unos estándares básicos que el consenso internacional ha configurado. Los actores fundamentales de este campo de transnacionalización del derecho son los Estados, las organizaciones internacionales de derechos humanos, las ONGs y movimientos sociales de todas las naturalezas.

El jus humanitis. Consiste en el proceso sociopolítico que configura un derecho que toma a la humanidad como sujeto a proteger y el globo terráqueo como campo de su jurisdicción. Este orden jurídico expresa la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales o culturales que, dada la extrema importancia de éstos para la sostenibilidad y la calidad de vida sobre la Tierra, debe ser considerada como propiedad global y manejada a favor de la humanidad, como un todo tanto presente como futura es el caso de los recursos existentes en el océano, la protección de la capa de ozono, la producción de armas nucleares y el espacio exterior. Se ubica en el tipo de globalización denominada patrimonio común de la humanidad, caracterizada arriba.

Los anteriores escenarios de transnacionalización jurídica no son concebidos como esclusas con dinámicas independientes, metodológicamente para su visualización se presentan separadamente pero mantienen una interconexión dinámica intensa, simultáneamente pueden existir en el mismo espacio que se tome como referente, por ejemplo, el derecho de integración regional mantiene una conexión estrecha con el derecho estatal transnacionalizado o *la lex mercatoria*, pues en su dinámica replantea las estructuras jurídicas estatales comprometidas en el proceso de construcción de unidades geopolíticas más complejas y acepta los parámetros globales de realización de transacciones.

Para nuestro caso, al tener como objetivo la elaboración de una explicación académica del nuevo contexto en que se desenvuelven los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, sugerimos conectar dicha realidad con procesos de transnacionalización jurídica que mantienen una continua dependencia como son el derecho infraestatal globalizado y el derecho cosmopolita representado en el sistema de derechos humanos.

Efectivamente, como observaremos en el desarrollo del informe de investigación, si bien los pueblos indígenas han estructurado un proceso de resistencia para que les sean respetados sus derechos colectivos y su exis-

tencia como estructuras socioculturales específicas en las dos últimas décadas, al punto de crear:

Una coalición transformativa, transnacional, compuesta por ONGs indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial hacia las violaciones de los derechos históricos de los indígenas y presionando tanto a las organizaciones como a los Estados nacionales para que condenen las violaciones, detengan la destrucción y tomen medidas activas para corregir (o empezar a corregir) tal injusticia histórica masiva.⁷²

Propiciando la transnacionalización de sus luchas al final del siglo XX, simultáneamente han estado vinculados a los debates para el establecimiento del sistema internacional de los derechos humanos iniciado con la conformación de las Naciones Unidas estableciendo estrategias y mecanismos de presión a los Estados, componentes sustantivos del sistema internacional, para el replanteamiento de las visiones etnocéntricas y eurocéntricas con que fue elaborada la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus instrumentos complementarios, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y un numeroso conjunto de instrumentos establecidos en las dos últimas décadas que tienden a abrirle espacio a la diferencia cultural en el discurso de los derechos humanos y por supuesto a los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas, como actores del sistema político y jurídico internacional, se posicionaron después de un largo proceso como tema importante en las agendas de las organizaciones internacionales que existieron y existen en el siglo XX. En los últimos treinta años el sistema de Naciones Unidas ha establecido directrices políticas para configurar los derechos de los pueblos indígenas y diseñar los órganos encargados de su realización. Durante dicho proceso cientos de sociedades “invisibilizadas” han aparecido para hacer escuchar su voz en los espacios internacionales y nacionales, exigiendo la definición de derechos y garantías para su cumplimiento. Su objetivo ha sido que les sea reconocido su derecho a desarrollar sus propias propuestas de sociedad y que se les reconozca su milenaria existencia.⁷³

⁷² *Ibidem*, p. 152.

⁷³ Existen actualmente en los cinco continentes cientos de grupos que pueden categorizarse como indígenas. Sólo en el continente americano se encuentran más de

El órgano al cual se encomendó la discusión de los problemas referentes a pueblos indígenas en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, la cual depende de la Comisión de Derechos Humanos.⁷⁴ En 1971 el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU autorizó la realización de un estudio sobre la discriminación de las poblaciones indígenas. Según Douglas Sanders, el tema hubiera podido ubicarse en otros campos de la organización internacional, como ejemplo, el de la descolonización o el de la autodeterminación, pero los serios conflictos internacionales y nacionales que sucedieron en el siglo XX en torno a estos conceptos, y los que potencialmente estimularía si se ubicaran las aspiraciones de los pueblos indígenas en estos campos, producirían prevenciones de intenso nivel político.⁷⁵

Las experiencias históricas de la primera mitad del siglo XX, donde numerosos grupos reivindicaron su derecho a existir como Estados independientes, originaron la decisión de hacer del tema étnico, en el que los pueblos indígenas ocupan un papel central, un punto marginal en las agendas internacionales de la segunda mitad del periodo. Los Estados, como actores centrales del sistema internacional, no propiciaban fácilmente escenarios donde se discutiera los problemas referentes a las diferencias culturales. De allí el hecho que Sanders conceptúa como una estratégica decisión el ubicar el problema indígena en la ONU como un tópico componente del campo de la discriminación y no del campo de la descolonización y la autodeterminación.⁷⁶

cuatrocientos. La Organización de Naciones Unidas (ONU) ha calculado que la población indígena en el mundo es de 300 millones.

⁷⁴ En 1999 el Consejo Económico y Social de la ONU toma la decisión de cambiar el nombre de la subcomisión denominándola Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

⁷⁵ “A strategic decision was taken in the mid- 1960 by Augusto Willemsen Diaz a lawyer from Guatemala on the staff of the United Nations Center for Human Rights in Geneva, to route a concern with indigenous peoples through the work underway on racial discrimination. As a result of his work, a 1970 interim report of a study on racial discrimination recommended a separate study on indigenous populations”. Sanders, Douglas, “The Legacy of Deskaheh: Indigenous Peoples as International Actors”, *Human Rights of Indigenous Peoples*, Nueva York, 1998, p. 75.

⁷⁶ En el desarrollo de este trabajo abordaremos los contextos en que se han configurado los derechos indígenas y problematizaremos esta idea ya en nuestro concepto, el enfoque de este autor al elaborar la explicación sobre las razones que permitieron la ubicación

En el siglo XX se establecen dinámicas que improntan el tema indígena y le generan características específicas en los contextos nacionales e internacionales. Es en este periodo donde se presentan los conflictos militares de más vastas dimensiones en la historia de la humanidad; aparece el nacionalismo como uno de los actores políticos fundamentales; se presenta la consolidación de los Estados nacionales de Estados Unidos y Europa; los problemas étnico-nacionales aparecen, desaparecen y reaparecen las preocupaciones internas e internacionales; se producen los procesos de descolonización del tercer mundo, donde el tema étnico-nacional es central, finiquitándose las estructuras de los viejos imperios; se consolidan nuevas formas de control que no tiene relación con la sujeción directa de los países.

Paradójicamente, el siglo XX, que inicia con la consolidación de procesos nacionales que remarcaban la diferencia étnica y el proyecto de Estado-nación, finaliza con la existencia de dinámicas que promueven dinámicas políticas y económicas globales estimulando la aparición de un escenario cultural y tecnológico donde existen procesos de integración del mundo que lo hace aparecer como una única unidad. Este proceso critica radicalmente los marcos culturales estrechos del Estado-nación, permitiendo y promoviendo la visibilidad de identidades que se consideraban asimiladas a procesos de identidad nacional.

Las décadas de los ochenta y los noventa se muestran como una síntesis de los procesos vividos en el ámbito étnico cultural durante el siglo. En un primer nivel, aparece un despertar de los sentimientos identitarios. Los conflictos acaecidos en el escenario de la ex Checoslovaquia, ex Yugoslavia y la ex Unión Soviética son paradigmáticos. En América Latina, los procesos de consolidación de naciones homogéneas y monoculturales son controvertidos por movimientos indígenas que exigen reconocimiento y espacio político propio. Los casos de los indígenas miskitos en Nicaragua (1986), el movimiento zapatista de México (1992) y las negociaciones de paz en Guatemala (1996) donde se incluyó como primer punto los derechos indígenas, el reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito cons-

de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, subestima los procesos políticos y sociales de presión que ejercieron estas sociedades por mucho tiempo para que este hecho se sucediera, además de la actividad de actores emergentes del escenario internacional como los movimientos de liberación nacional y las organizaciones no gubernamentales.

titucional en todos los países de América Latina, sólo reflejan el reposicionamiento del tema. Este proceso es caracterizado por Rodolfo Stavenhagen como el retorno de los indígenas,⁷⁷ que rompe con la pretensión de presentar los Estados-nacionales como portadores de proyectos nacionales homogéneos y consolidados, carentes de contradicciones étnico-culturales.

En el siguiente concepto se reflejarán los procesos, anotados pero en contextos nacionales.

2. *Estado-nación*

Durante el transcurso del siglo XX se presentan cambios de paradigma en las ciencias sociales y jurídicas-constitucionales con relación a la problemática étnico-cultural. La antropología y la sociología positivista⁷⁸ desde el siglo XIX y parte del siglo XX, elaboraron teorías que explicaban los procesos de construcción nacional como un fenómeno natural, que recogía la identidad de un específico pueblo, producida en un largo proceso de experiencia común. La nación fue concebida como una realidad objetiva, que sólo habría que describirla y explicarla. Marcos teóricos recientes sostienen que la designación de un colectivo como nación es un problema político, e incluso exponen que la identidad, en la cual se fundamenta el concepto de nación, puede concebirse como una invención recreada políticamente.

Por el contrario, la étnicidad (lengua, costumbres, historia, etcétera) y las naciones mismas no se consideran ya datos objetivos, el punto de partida de la investigación, sino complejas construcciones políticas y sociales cuya producción es preciso analizar. Esto es, se estudian como creaciones de las elites, partidos y movimientos políticos nacionalistas, que filtran, reelaboran, y deforman o incluso inventan la diferencia (subrayando lo compartido, atenuando las divisiones internas, agudizando las contraposiciones noso-

⁷⁷ Stavenhagen, *op. cit.*, nota 1.

⁷⁸ Héctor Díaz-Polanco describe la pretensión del positivismo: "...concibió los fenómenos sociales como sujetos a leyes, tales leyes a su vez, respondían a patrones parecidos a los que caracterizaban las leyes naturales, ello explica que el modelo de la 'física social' propuesta, fuera el de las ciencias naturales. Así pues, el objetivo del positivismo en cuanto ciencia de la sociedad era descubrir esas leyes invariables que rigen el progreso y la evolución sociales", *El evolucionismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 40.

tros/ellos) a partir de unas precondiciones étnicas, producto a su vez de la previa elaboración de intelectuales y movimientos culturales y políticos.⁷⁹

El posicionamiento de esta concepción en la práctica de los movimientos étnico-nacionales, se corrobora permanentemente en la justificación de los procesos de reconocimiento que promueven diferentes organizaciones indígenas en América Latina. Por vía de ejemplo, podemos citar la declaración de Blanca Chancoso, dirigente indígena del Ecuador, cuando explica la perspectiva que justifica la existencia del proceso de reconocimiento de derechos indígenas que se vive en dicho país:

Los estudiosos nos decían “nativos”, las tribus, los aborígenes. Los etnólogos, antropólogos han hablado de etnias. Entonces avanzamos en un proceso organizativo de posición política en los años 1979, 1981. Empezamos un debate interno y yo soy parte de esa iniciativa de debates de identidad con los compañeros, cuando vivían el proceso para ya formar la Conaie. Ahí nos reunimos con compañeros antropólogos, con compañeros lingüistas que nos apoyaban en investigaciones para ver qué concepción tenían. Discutimos un momento y les dijimos: “gracias, no nos convencen. Ustedes a pesar de estar cerca de nosotros, no nos convencen, gracias, déjenos”. Se quedaron sorprendidos. No les gustó eso, pero nosotros discutimos a fondo, cogimos los libros más posibles, diccionarios, de la cuestión académica, todo eso, los significados que ahí mismo decían. Volvimos a la pregunta: ¿Qué somos? Yo visto, hablo el idioma, trabajo la tierra, hago música, hago danza, tengo mis propias fiestas, la forma del alimento, es un alimento propio que hago yo mismo, no es lo mismo de la ciudad: la forma de trabajar la tierra, todo eso nos fue dando pautas y encontramos el término que se acercaba a ser lo más correcto. Fuimos desempolvando todo eso y dijimos todo lo que nosotros teníamos y aún ejercíamos y estaba vigente en nuestra convivencia, nos llevó a la conclusión de que éramos naciones.⁸⁰

Eric Hobsbawm, uno de los más importantes epígonos de la nueva perspectiva, nos recuerda que el desarrollo del nacionalismo fue una conse-

⁷⁹ Suárez M., Ramón, “Retos contemporáneos de la política (II): los nacionalismos”, *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 1997, p. 478.

⁸⁰ Dieterich, Heinz, *La cuarta vía al poder*, Bogotá, Ediciones desde Abajo, 2001, pp. 147 y 148.

cuencia del desarrollo político europeo; que los procesos de consolidación de las naciones se relacionan directamente con la política de democratización instaurada en las dos décadas finales del siglo XIX y la primera del siglo XX. La explotación y manipulación política de la identidad fue una práctica normal, la constatación “ontológica” de una lengua e historia “común” hizo parte del discurso político. La definición étnico-lingüística de las naciones fue instaurada y vista como un hecho natural. “En la actualidad estamos tan acostumbrados a una definición étnica-lingüística de las naciones que olvidamos que en esencia esa definición se inventa a finales del siglo XIX”.⁸¹

El nacionalismo lingüístico fue una creación de aquellos que escribían la lengua y no de quienes la hablaban. Las lenguas nacionales, que le producían el carácter natural a las estructuras definidas como naciones, fueron instituidas, pues se produjeron en un proceso de compilación y homogenización para su utilización literaria, a partir de un sinnúmero de dialectos locales y regionales.⁸²

En relación con las visiones jurídico-constitucionales el siglo XX es el periodo donde se presentan profundas transformaciones. Desde el surgimiento de la teoría liberal en los siglos XVII y XVIII hasta el siglo XX el constitucionalismo se estructuró abstrayéndose de la dimensión étnico-cultural de la sociedad. El propósito fue la elaboración de una teoría que garantizara que el uso del poder fuese controlado para garantizar al ciudadano, individualmente considerado, el disfrute de las libertades que se consideraron fundamentales. Uno de los primeros aportes del modelo liberal fue el constitucionalismo moderno que introdujo los temas centrales en las ciencias jurídica y política contemporáneas como son: declaraciones de derechos, separación de poderes, Estado de derecho, control del poder y ciudadano.

El constitucionalismo liberal fundamenta su estructura conceptual teniendo como referente la existencia de la persona individualmente considerada, quien es poseedora de derechos fundamentales. Estos derechos encuentran una justificación en el derecho natural. Los fundamentales son: el derecho a la vida, la libertad y la posesión de bienes. Estos derechos se deben entender como anteriores a la constitución de la sociedad y el Esta-

⁸¹ Hobsbawm, Eric, *La era del imperio 1875-1914*, México, Crítica, 2000, p. 156.

⁸² *Ibidem*, p. 157.

do y por tanto deben ser respetados por éste. La formación de la sociedad civil y el Estado se presenta como producto de un doble proceso, uno denominado “contrato social”, que no instituye la sociedad política, sino que une a las personas y conforma un poder constituyente, y otro que es mediante el cual delega ese poder constituyente a los que se entregan las personas fundamentados en una relación de confianza. Esta teoría es descrita en el clásico texto de John Locke, *El segundo tratado del gobierno civil* que se ha convertido en el manual para explicar la génesis de la obligación política liberal en el mundo moderno.

El Estado surgido del contrato social se origina producto del consentimiento de las personas en función de su ciudadanía para encontrar una institución que proteja sus derechos. Los poderes del Estado deberán ser limitados al cumplimiento de los fines protectivos que le otorga el contrato originario, así las cosas existen unos límites específicos del Estado que están expuestos en la ley (Estado de derecho), la división de poderes y el mismo recurso a la resistencia.

Esta teoría orienta la configuración del Estado moderno. Con sus principios ella generó una institucionalidad que se consolidó en Europa y sirve de referente para la configuración institucional de los países del continente americano. El constitucionalismo mantuvo procesos de desarrollo intelectual que produjeron el encuadramiento de las prácticas sociales que propendían por la homogeneidad. Se diseña e institucionaliza una propuesta de Estado mono-cultural, aséptico a toda expresión cultural, social, religiosa o sexual, que se impone autoritariamente y que invisibilizó, o trató de integrar o asimilar, las diferentes expresiones de la sociedad a una promocionada institucionalmente como representativa del colectivo comprendido dentro de la estructura Estado-nación. El ejemplo clásico y el referente a seguir lo dieron los revolucionarios franceses, quienes en una actitud más autoritaria que la monarquía derrocada impusieron como idioma oficial el francés, proscribiendo el resto de las lenguas por ser directas sustentadoras del régimen monárquico.

El constitucionalismo fue marcado en el siglo XIX por la consolidación de los procesos de Estados-nacionales. La nacionalidad se instituyó como un problema relevante en Europa. La configuración de los llamados Estados nacionales se convirtió en la estrategia fundamental. La apelación a la historia para legitimar y justificar la identidad de colectivos específicos se hizo frecuente. El conflicto entre las grandes naciones y las pequeñas naciones fue constante. Eric Hobsbawm expone que por primera vez hubo en

las instancias internacionales discusiones sobre la importancia de los Estados nacionales para el desarrollo de las sociedades y la calificación de no viables como Estados-nación, de algunas comunidades pequeñas sobre todo pueblos indígenas que exponían dichas pretensiones: “El argumento más simple de aquellos que identificaban los Estados-nación con el progreso era la negación del carácter de ‘naciones’ reales a los pueblos pequeños y atrasados y argüir que el progreso los debía reducir a meras idiosincrasias provinciales dentro de las naciones “reales” más grandes o incluso hacerlos desaparecer por asimilación a algún *Kulturvolk*”.⁸³

Los conflictos culturales se hicieron explícitos. Los proyectos de naciones homogéneas, que pretendían unir a sus ciudadanos con la etiqueta de francés, alemán, español, eran portadores de una realidad sociocultural heterogénea y tuvieron que establecer procesos jurídicos, políticos, culturales y militares que impusieran una estandarización de prácticas y rituales que permitiera exponer ante los otros pares una identidad.

El constitucionalismo moderno, en sus dos versiones fundacionales la norteamericana y la europea, construyó la idea del paradigma liberal-constitucional que promocionaba la monoculturalidad. La relación de las instituciones estatales y el poder político de cada Estado era con sujetos considerados ciudadanos que no poseían, o al menos se abstraía esta realidad, una dimensión cultural específica. El monoculturalismo fue promocionado sólo a través de decisiones que se consideraban las necesarias, tal como la institucionalización de un lenguaje oficial o rituales colectivos que generaban una identidad como nación.⁸⁴

⁸³ Hobsbawm, Eric, *La era del capital 1848-1875*, México, Crítica, 2000, p. 97.

⁸⁴ La teoría clásica liberal sostiene que el Estado debe, al igual que lo hace con la dimensión moral del individuo una posición de neutralidad frente a su dimensión cultural, negarse a respaldar estilos de vida o tomar interés activo en su reproducción social. Michael Walzer, por vía de ejemplo en su trabajo *Pluralismo y democracia*, sostiene que el Estado liberal es neutral respecto de la lengua, la historia, la literatura y el calendario que posean los diferentes grupos de la sociedad. Will Kymlicka en sus trabajos ha refutado la no objetividad de este punto de vista, asumiendo como ejemplo el paradigma de nación que toma Walter, Estados Unidos, demuestra la no neutralidad de éste en la dimensión cultural de sus ciudadanos “...pero esto es engañoso. Lo cierto es que el gobierno americano promueve de forma activa una lengua y una cultura comunes. Así es un requisito legal que los niños aprendan inglés e historia americana en las escuelas, constituye un requisito para los inmigrantes (hasta la edad de cincuenta años) aprender inglés e historia americana en las escuelas a fin de adquirir la ciudadanía estadounidense, el dominio del inglés es

De esta manera, el siglo XX se constituye en el escenario fundamental donde se desarrollan las contradicciones que se larvaron de la imposición del Estado-nación como el principal depositario de las dinámicas políticas, económicas de la sociedad. El Estado-nación se convierte en la burbuja monocultural que organiza y establece las prácticas societales del mundo contemporáneo. En específicos periodos se dio la conclusión que el propósito de establecer dinámicas únicas de las sociedades se había logrado. Los problemas étnico-culturales se subestimaron, considerándose supervivencias del pasado que se podían controlar con políticas públicas puntuales.

A principios del siglo el paradigma liberal y el paradigma comunista se establecieron como las principales propuestas de organización social y política. Ambas visiones, hijas del racionalismo del mundo moderno, propendieron por el establecimiento de Estados que promocionaban paradigmas culturales homogenizadores. Convenientemente, dependiendo sus intereses geopolíticos, elaboraron posturas favorables o desfavorables a la diferencia cultural. El tema indígena, el de las minorías, el de los grupos étnicos, no se consideró autónomo. Las reivindicaciones indígenas siempre se vieron como lamentos de dinámicas sociales en vías de extinción o asimilación.

A finales del siglo XX se presenta todo un replanteamiento de los fundamentos del constitucionalismo moderno.⁸⁵ El paradigma acerca de que

un requisito de hecho para todo candidato a un empleo en la administración pública, los trámites judiciales y otras actividades gubernamentales se desarrollan exclusivamente en inglés, por último, la legislación resultante, así como los formularios burocráticos habitualmente tan sólo están disponibles en inglés”. Kymlicka, Will, “Democracia y multiculturalismo: derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, *La democracia y sus textos*, compilado por Águila, Rafael del *et al.*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 416.

⁸⁵ James Tully, hace una descripción del proceso seguido para el replanteamiento del constitucionalismo moderno en el ámbito de su relación con la dimensión cultural de las sociedades. Sostiene que después de un periodo de autoritarismo cultural el constitucionalismo se desempeña en las postrimerías del siglo XX y en los principios del XXI en un mundo que patéticamente es diverso culturalmente. “La consecuencia de las Constituciones nacionales y liberales, que han sido las formas dominantes en los últimos trescientos años, es precisamente la resistencia y demandas de reconocimiento contemporáneos de aquellos miembros cuyas culturas han sido excluidas, asimiladas o exterminadas”. La idea central del autor es encontrar fundamentos filosóficos en las tres tradiciones liberales más importantes, la liberal clásica, la comunitarista y las nacionalistas para la fundación de un constitucionalismo contemporáneo que entienda la diferencia cultural. Concluye que es posible, pues en el legado liberal existen procesos intelectuales que permitan hacer realidad la estrategia. “No es muy extravagante sugerir por tanto que el fracaso mutuo de

el constitucionalismo elaboraba sus discursos alrededor de la categoría ciudadano, asexuada, sin origen social, cultural e ideológico se ha roto. Al discurso constitucional han entrado las mujeres,⁸⁶ los trabajadores, los niños, los deshabilitados, las razas, las minorías, los grupos de emigrantes y los pueblos indígenas, entre otros.

Los sistemas jurídicos nacionales se han insertado cada vez más en los entramados de las prácticas sociales donde operan y han entrado a recrear, reinventar y fortalecer los procesos sociales y culturales. La nación como un concepto homogenizador se ha difuminado en la práctica política de los Estados.

3. *Pluralismo jurídico*

La filosofía política y jurídica liberal desde sus momentos fundacionales ha establecido una relación directa entre instituciones políticas y derecho. Posteriormente con los procesos socioculturales acaecidos en el siglo XIX la relación se configuró como nación-Estado-derecho. Las teorías contractulistas representadas por John Locke, Tomas Hobbes, Juan Jacobo Rousseau enfocaron sus teorías para explicar el surgimiento del Estado moderno como la transición que existió entre un periodo del desarrollo sociopolítico de la humanidad de no ley, o al menos de normatividad privada en el caso de

reconocer y vivir con la diversidad cultural se debe al fracaso de la imaginación, fracaso en la capacidad de ver a las asociaciones humanas en formas que no están fijadas en estas dudosas imágenes”. *Strange Multiplicity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 8 y 201.

⁸⁶ La construcción de un marco de conceptos crítico a la teoría política liberal y sus fundamentos proviene de diferentes perspectivas. La crítica de Taylor y Kymlicka, que puede considerarse como una crítica desde la ciencia política, el derecho y la antropología y la crítica fundamentada en visiones filosóficas y morales, que por vía de ejemplo expone Iris Marion Young, teórica feminista. Esta investigadora pone en duda la postura de muchos liberales que plantean que no incluir a las mujeres en las instituciones y en las prácticas obedece a un incumplimiento de los proyectos liberales modernos. La autora plantea: “los ideales del liberalismo y la teoría del contrato, tales como la igualdad formal y la racionalidad universal están profundamente marcados por el sesgo masculino acerca de qué significa ser hermano y la naturaleza de la sociedad. Si la cultura moderna ha estado completamente dominada por el hombre, estos análisis sugieren que hay pocas esperanzas de que un buen lavado de estos ideales haga posible la inclusión de las mujeres”. Young, Iris Marion, “Imparcialidad y lo cívico-público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política”, *La democracia y sus textos*, Águila, Rafael del *et al.* (comps.), Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 446.

Locke, a uno donde se estatuyó el Estado y surgió el derecho como fuente ordenadora de las relaciones inter-subjetivas de los hombres y de éstos con el poder político.

Dos pensadores representantes de dos marcos de referencia que fundamentan sus reflexiones sociológicas desde ángulos epistémicos diferentes corroboran la tendencia moderna de estructurar la ecuación Estado-derecho. El primero es Max Weber (1864-1920), para el cual el ejercicio de poder político en el Estado moderno se fundamenta en que el derecho se transforma en su fuente de legitimidad principal. Para Weber, el mundo moderno, del que el Estado liberal es su producto político por excelencia, racionaliza a través de la legalidad las relaciones de los sujetos individuales y establece rituales específicos para que sea ejercido el poder político. El segundo es Carlos Marx (1818-1883), quien elabora su teoría sociológica exponiendo que las sociedades poseen dos componentes básicamente: el primero denominado la infraestructura, que contiene todos los procesos económicos y un segundo, la supraestructura, que es depositaria de la dimensión ideológica, ubicando en este segundo el derecho y el Estado como parte de la superestructura jurídica y política de la sociedad.

Una de las consecuencias de la identificación del derecho con el conjunto de instituciones que ejercen el monopolio del poder en un territorio determinado, fue que tanto la teoría política, como la jurídica, establecieron como única fuente del derecho el derecho del Estado. La decisión no fue de poca importancia sociológica. El proyecto de Estado liberal invisibilizó el plural mundo local, que fundamentaba las dimensiones políticas, económicas y jurídicas en el mundo premoderno. El ordenamiento jurídico fue uno de los componentes para establecer relaciones sociales y políticas concordantes con los procesos económicos capitalistas que se establecieron.

La parábola vivida para la formación del Estado moderno ha sido analizada y descrita por diferentes científicos sociales.⁸⁷ Los procesos políticos, económicos y jurídicos que constituyeron el paradigma de Estado

⁸⁷ Existe una abundante bibliografía al respecto. Para nuestro trabajo hemos tomado como referente las investigaciones realizadas por Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, México, FCE, 1999. Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 2002 y Gabriel, José Antonio de, "La formación del Estado moderno", en Águila, Rafael del (ed.), *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 1997.

moderno ocurrieron en Europa occidental y luego fueron difundidos paulatinamente a las diferentes regiones del mundo. Al continente americano llegaron a través de procesos de colonización que se sucedieron. Lo sociológicamente importante es que el ideario liberal de unir el poder del Estado y sistema jurídico se intentó hacerlo realidad, produciendo como consecuencia, sobre todo en América Latina, que los nuevos Estados concibieran que la única fuente de derecho legítima fuera la ley. Ignorando, de la misma manera que lo hicieron los Estados del occidente de Europa, el heterogéneo mundo comunitario que poseían.

Desde finales del siglo XIX numerosos filósofos, sociólogos y antropólogos han cuestionado el enfoque establecido por la teoría liberal en torno a la relación Estado-derecho en la sociedad moderna, planteando que tal concepción no corresponde a las reales dinámicas que se producen en las sociedades, pues a pesar del no reconocimiento por parte de la estructura estatal moderna de otras fuentes de derecho en la sociedad, diferentes al derecho estatal, éstas existen y tienen que ser estudiadas, además de ser reconocida su capacidad de establecer pautas para normativizar las relaciones sociales.

Como consecuencia de lo anterior se inició la formación en las ciencias sociales, desde el periodo mencionado, de una corriente de pensamiento que afirma que el derecho del Estado cumple un papel importante en la ordenación de las relaciones en la sociedad moderna, pero que esto no lo constituye sociológicamente en la única fuente de derecho; que de hecho existen otras fuentes que pueden ser más eficaces en determinados contextos, de lo cual deviene la necesidad de reconocer que se da en las sociedades una situación de pluralismo jurídico. Boaventura Sousa describe el hecho de la siguiente forma:

Surgió durante el cambio del siglo pasado al presente en la filosofía jurídica antipositivista, una reacción contra la reducción del derecho al derecho estatal, hecha por el movimiento codificador y desarrollada por el positivismo jurídico. Fue una reacción contra el centralismo o el exclusivismo estatal, fundada en un argumento según el cual el derecho estatal estaba, en realidad, lejos de ser exclusivo y en algunos casos incluso no era central en la ordenación normativa de la vida social. Si se mira la vida sociojurídica en las sociedades europeas de la época del movimiento codificador, se hace claro que la reducción del derecho al derecho estatal, era, antes que todo, el resultado de un credo político y que la realidad empírica estaba al lado de los “pluralistas jurídicos. Sin embargo, con la consolidación y expansión

del Estado constitucional liberal, y con la conversión de las hipótesis jurídicas positivistas en tesis hegemónicas (de sentido común) sobre el derecho, el centralismo o exclusivismo jurídico estatal desapareció como tal y pasó a ser el derecho *tout court*. Desde entonces los pluralistas jurídicos debieron llevar la carga de la prueba al definir el derecho como algo diferente al derecho estatal.⁸⁸

Las tesis del pluralismo jurídico, durante todo el siglo XX se fueron posicionando en las ciencias sociales y desde la década de los sesenta se convirtieron en un tópico normal.⁸⁹ Incluso se puede plantear que fueron admitidas como nuevos horizontes para la investigación y como una perspectiva política para enfrentar problemas de gobernabilidad de los Estados. Al consolidarse la sociología jurídica y la antropología jurídica como disciplinas fue abierto un espacio entre sus temas de reflexión.

Elemento a destacar es que la constitución del pluralismo jurídico como un enfoque de reflexión de los problemas sociojurídicos y antropológico-jurídicos se produjo a lo largo del periodo histórico donde el Estado-nación se constituyó como el actor principal de la dinámica de las sociedades modernas. Los investigadores que realizaron trabajos siguiendo los criterios epistémicos del pluralismo jurídico, se dedicaron a cuestionar la fragilidad del principio que establecía que el derecho del Estado era el único productor de legalidades en la sociedad y a mostrar situaciones que pedían el replanteamiento de tal posición. Estudios sobre la producción de legalidades en comunidades agrarias, pueblos indígenas y situaciones de regulaciones en contextos urbanos se mostraron como el principal producto.

Pero la perspectiva del pluralismo jurídico en las tres últimas décadas se ha visto enfrentada a nuevas realidades sociológicas pues el Estado-na-

⁸⁸ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, p. 24.

⁸⁹ Boaventura de Sousa Santos hace un registro de los trabajos que se realizaron desde la antropología y la sociología en este periodo: Nader, Laura, *Law in Culture and Society*, Chicago, Aldine, 1969; Hooker, M., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Law*, Oxford, Clarendon Press, 1975; Moore, Sally, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Londres, Routledge, Kegan Paul, 1978; Galanter, Marc, "Justice in many rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law", *Journal of Legal Pluralism*, núm. 19, 1981, y Macaulay, Stewart, *Private Government*, University of Wisconsin-Madison, 1983, en el proyecto *Disputes Processing Research Program Paper*, núm. 6; entre otros nombrados en la bibliografía de su texto *La globalización del derecho*, *ibidem*, p. 187.

ción, espacio-tiempo privilegiado en sus análisis, ha sido desafiado por dinámicas sociojurídicas que han surgido desde los espacios-tiempo supra-estatales, que por cierto no fueron tenidos en cuenta con frecuencia al momento de elaborar sus críticas al monismo jurídico que deseaba imponer el Estado-nación, pues no se habían desarrollado.

Efectivamente en la última parte del siglo XX hemos asistido a la generación de procesos internacionales, globales, desconocidos por su dinámica y fuerza en otros tiempos, lo que ha puesto en evidencia que “el campo jurídico en las sociedades contemporáneas y el mismo sistema mundial, como un todo es un paisaje más rico y complejo que aquel que ha asumido la teoría liberal”.⁹⁰ e incluso, podemos agregar, que se ha producido en los periodos donde la perspectiva jurídica de esta doctrina es la hegemónica, el campo jurídico actual “es una constelación de legalidades (e ilegalidades) que operan en espacios tiempos locales, nacionales y transnacionales”.⁹¹

Los desafíos más contundentes han venido del impacto que han tenido los procesos surgidos de las dinámicas inter-estatales, transnacionales o globales. El pluralismo jurídico se ha encontrado con nuevos escenarios a interpretar, pues las dimensiones locales, nacionales e internacionales han transformado sus prácticas y se lanzan a la configuración de nuevas realidades económicas, políticas y jurídicas: “El Estado y el sistema inter-estatal como campos jurídicos complejos en los que interactúan, se funden y colisionan las relaciones estatales y no estatales, locales y transnacionales, en combinaciones dinámicas e incluso volátiles”.⁹² Aquí se ubica el ejemplo de lo que sucede cuando los Estados deciden con una legislación interrumpir o transformar sus políticas de seguridad social, en favor del ciudadano y constituir un conjunto de redes de seguridad y bienestar en favor de las empresas y el capital transnacional.

Las dinámicas que se han desatado en el sistema internacional moderno, de tipo económico, político, cultural y jurídico han abierto diferentes y nuevos paisajes sociojurídicos. El primero que podemos mencionar es el que se está produciendo con el Estado-nación mismo. En el periodo anterior el escenario jurídico del Estado se consideraba monolítico, se concebía como un sistema coherente, con una lógica interna captable, pero como

⁹⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Idem*.

lo describe Boaventura Sousa, esto ha variado de manera fundamental, pues los procesos transnacionales acaecidos han resquebrajado dicho comportamiento del Estado y descentrado su papel en las sociedades, pero además, “existe una tendencia concurrente hacia la heterogeneidad interna aun mayor de la acción estatal. No sólo se trata de que diferentes sectores se estén desarrollando con ritmos diferentes y en ocasiones en direcciones opuestas, sino de que hay disyuntivas e inconsistencias en la acción estatal y esto llega hasta un punto que no se puede distinguir un patrón coherente de acción estatal”.⁹³

El segundo paisaje sociojurídico lo podemos ubicar en dinámicas políticas que replantean abiertamente las dimensiones de los espacios local, nacional y transnacional producidas por los fenómenos de integración de Estados-nación en diferentes espacios del planeta, pero que se muestran de forma patética en la integración europea. ¿Qué es local?, ¿qué es nacional?, y ¿qué es transnacional? en dicho fenómeno, “como en la Unión Europea, el espacio y el tiempo nacionales, que eran antes el espacio y el tiempo de la acción estatal, pueden ser gradualmente recodificados como local o infraestatal y, cuando son vistos desde el espacio y el tiempo transnacionales hegemónicos —desde Bruselas, Estrasburgo o Luxemburgo— pueden asumir características que están asociadas generalmente con el espacio-tiempo locales, tales como el particularismo, el regionalismo o la clausura de los discursos y prácticas del pueblo”. Dinámica que en diferentes dimensiones se puede observar en el continente americano en los acuerdos de libre comercio, donde los grupos de países se consideran política, económicamente y jurídicamente de forma diferente si se observan desde Washington, Ciudad de México o Buenos Aires.

Otro paisaje sociojurídico está compuesto por las diferentes expresiones de dinámicas globales que remoldean el sistema interestatal, que había sido creado hasta la década de los setenta, creando un conjunto de interconexiones y dependencias nuevas por parte de los Estados-nación, en dependencia, claro está, de su posición en la estructura geopolítica mundial en tanto países centrales, periféricos y semiperiféricos. El objetivo de este proceso ha sido fundamentalmente económico, pero indiscutiblemente, ha desatado diferentes procesos globales hegemónicos y contra-hegemónicos que intentan posicionar sus perspectivas tanto en el ámbito glo-

⁹³ *Ibidem*, p. 31.

bal, en el sistema internacional de derechos humanos, como en el ámbito nacional, en los sistemas jurídicos de los Estados-nación que ya no son tan monolíticos, coherentes y sistemáticos como se les concebía en la etapa anterior a todo este proceso. Se concibe este paisaje de la siguiente manera:

Al contrario de lo que sucedió en tiempos pasados, la fuerza directriz detrás de la transformación del Estado y de su legalidad es la intensificación de las prácticas transnacionales y las interacciones globales. Bajo esas presiones, las funciones reguladoras del Estado-nación pasan a ser derivadas, es decir pasan a depender de los imperativos de la globalización de la económica tal como son formulados por las organizaciones internacionales (el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, etcétera) o por las propias empresas multinacionales de los Estados hegemónicos, en defensa de los intereses de éstas sobre todo de las norteamericanas.⁹⁴

Teniendo en cuenta todo lo anterior, al concebir nuestra investigación como una iniciativa que trata de aportar al conocimiento del pluralismo jurídico, necesariamente debemos considerar todos los cambios anteriores y enmarcar la dialéctica de la dimensión internacional y la nacional en la configuración de los derechos indígenas de Colombia en los paisajes sociojurídicos descritos.

Queda una última consideración que hacer en esta parte. Si asumimos los procesos anteriores como parte integrante de los conceptos que orientan nuestra reflexión, una consecuencia lógica es detenernos a pensar qué concepto de derecho vamos a asumir en nuestro trabajo, siendo nodal dicha necesidad, puesto que el concepto “propuesto por la teoría liberal —la ecuación entre nación, Estado y derecho— elaborado sobre las bases del positivismo jurídico de los siglos XIX y XX es demasiado estrecho”,⁹⁵ para permitírnos explicar la dinámica de la configuración de los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país, pues como lo anotamos en el primer acápite, consideramos que en él han intervenido procesos globales que han presionado al sistema internacional de los derechos humanos, e indirecta y directamente al sistema jurídico colombiano para que sea reconocida la realidad sociojurídica de los pueblos indígenas del país.

⁹⁴ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 13, p. 32.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 2.

Acogeremos el concepto que nos propone Boaventura de Sousa Santos que concibe el derecho como “un conjunto de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de fuerza”,⁹⁶ definición que no enmarca el derecho en un espacio-tiempo específico y que posee tres elementos fundamentales: retórica, burocracia y violencia, que se veían contenidos de una u otra forma en la concepción tradicional del derecho, pero que teniendo como referente los paisajes sociojurídicos anotados arriba, nos permite tener un referente flexible para explicar las nuevas realidades. Los contenidos de los tres elementos mencionados los explica el autor de la siguiente manera:

La retórica es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión, o en la convicción por medio de la movilización del potencial argumentativo de las secuencias y mecanismos verbales no verbales aceptados. La burocracia es considerada aquí una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones fundada en las imposiciones autoritarias, realizadas mediante la movilización del potencial demostrativo y de los procedimientos regulados y los estándares normativos. Finalmente la violencia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la violencia física.⁹⁷

Los tres componentes de dicho concepto de derecho se mantienen en constante dinámica. De hecho, según este marco de referencia, los campos sociojurídicos se diferencian entre sí por disímiles relaciones que pueden constituir la retórica, la burocracia y la violencia o por la preponderancia que asuma uno de estos elementos en un espacio-tiempo específico. Imaginemos las diferentes articulaciones que se pueden presentar en los paisajes sociojurídicos locales, nacionales y transnacionales que hoy existen. Boaventura de Sousa Santos ubica tres tipos principales de articulación: la covariación, la combinación geopolítica y la interpretación estructural.

El primer tipo, “se refiere a la correlación entre los componentes estructurales de los diferentes campos jurídicos”,⁹⁸ y plantea que el hecho que la

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 21.

violencia haya aumentado lo mismo que la burocracia en los estados modernos, ha permitido el ocultamiento de la naturaleza violenta que éstos han adquirido para imponer sus decisiones. Otro ejemplo que se ubica de covariación es el campo internacional, donde se presentan configuraciones nuevas, pues éstas se caracterizan por bajos niveles de burocracia, pero en algunos casos se combinan con altos niveles de retórica y de violencia. En este campo podemos ubicar el campo jurídico de los derechos humanos estructurado en los últimos años, donde la dimensión de la retórica se posiciona como el elemento principal, los niveles de burocracia son bajos y los casos de uso de la violencia son excepcionales. El caso de las intervenciones humanitarias sirve como ejemplo.

El segundo tipo es denominado la combinación geopolítica, la cual es considerada como “una forma de articulación centrada en la distribución interna de la retórica, la burocracia y la violencia. Articulaciones diferentes generan formas diferentes de dominación política”.⁹⁹ Teniendo en cuenta este referente podemos detectar el componente dominante en un espacio-tiempo concreto o en una dimensión de las múltiples que posee el Estado, y concluir que las relaciones jurídicas y políticas establecidas se basan en adherencias voluntarias generadas de la persuasión o en procesos de imposición autoritaria de las decisiones. Desde este punto de vista, podemos evaluar cómo se vienen imponiendo las nuevas concepciones normativas que ha producido el sistema de los derechos humanos sobre los pueblos indígenas, pues la articulación jurídica que en este campo se presenta, ubica como componente dominante a la retórica, generándose una relación con los sistemas jurídicos nacionales, de persuasión y convencimiento sobre las nuevas visiones con que este campo sociojurídico concibe a los pueblos indígenas.

El tercer tipo es la denominada la interpenetración estructural, siendo el tipo más complejo de articulación entre la retórica, la burocracia y la violencia pues se centra la ubicación un componente dominante en uno dominado. “Su complejidad radica no sólo en que implica un análisis de múltiples procesos cualitativos, sino también en que es debatible inequívocamente sólo en largos periodos históricos”.¹⁰⁰ El autor ubica como el ejemplo concreto el proceso cómo la cultura oral y la escrita se han relacionado en los

⁹⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁰ *Idem*.

últimos 500 años. Plantea que del siglo XV al siglo XVIII en Europa se produjo una relación entre estas dos culturas, pues apareció la imprenta y comenzó a difundirse la cultura escrita, produciéndose el fenómeno de que escribíamos como hablábamos. Durante todo el periodo del siglo XIX la cultura escrita se impuso, pero posterior a las primeras décadas del siglo XX estuvieron la radio y los medios audiovisuales posicionando una etapa de oralidad secundaria, pero “esta reorientación de la cultura es diferente al periodo previo de la cultura oral, por cuanto las estructuras de esta cultura escrita permean y contaminan la nueva cultura oral. En otros términos hablamos como escribimos”.¹⁰¹

Así las cosas, poseemos una concepción en torno al significado del pluralismo jurídico y un concepto de derecho flexible, que nos permitirán interpretar la información que poseemos para resolver el interrogante sociojurídico planteado.

4. *La Constitución colombiana de 1991 y la transnacionalización del derecho*

En Colombia la Constituyente de 1991 fue convocada posterior a un debate político intenso. La Constitución vigente cumplía más de 100 años y numerosos sectores políticos proponían desde diferentes posiciones la necesidad de una reforma a los parámetros jurídicos y políticos en que actuaba el Estado y la sociedad colombiana.

Los hechos que fundamentaban las propuestas de reforma se pueden resumir de la siguiente forma.

En el plano nacional se vivía una profunda crisis política-institucional debido al evidente agotamiento de las formas de gobernabilidad construidas durante la década de los sesenta, en la que los partidos políticos tradicionales realizaron un acuerdo para alternar cada cuatro años la dirección del país y repartirse paritariamente los cargos públicos existentes en todas las instituciones. Fue el denominado Frente Nacional. Este acuerdo finaliza en 1974, pero la cultura política del Frente Nacional continuó dándole lógica al sistema político. Paralelamente se fueron desarrollando movimientos políticos amplios que exigían un replanteamiento del modelo político, además del fortalecimiento de numerosos grupos guerrilleros,

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 23.

portadores de todo tipo de propuestas, algunos de ellos en los finales de la década de los ochenta desarrollaban o habían firmado pactos de paz con el gobierno nacional y presionaban por nuevos referentes políticos-jurídicos para el país que interpretaran la nueva realidad.

En el orden internacional existía una urgente necesidad de rediseñar un modelo institucional que relacionara el Estado colombiano con las nuevas corrientes políticas y económicas que se habían posicionado en el mundo en esa coyuntura histórica. Como se conoce, el modelo del socialismo real competidor más fuerte de las propuestas democráticas de occidente desapareció y se inició un ciclo histórico donde el modelo democrático, con los nuevos contenidos elaborados durante la segunda mitad del siglo XX tomó protagonismo en la definición de los sistemas políticos.

Debatir el régimen político y jurídico colombiano, replantear algunos órganos que marcaron durante la segunda mitad del siglo XX el perfil institucional colombiano se convirtió en imperativo. El presidencialismo sempiterno, los modelos de democracia representativa, los mecanismos de participación de los ciudadanos en la elección de sus representantes y en la configuración del orden jurídico, los valores y principios en los que se sustentaba el régimen político y la ubicación de nuevas instituciones y órganos que contemporanizarán el modelo político debía ser repensado pues el contexto internacional y la misma sociedad se había transformado.

La misma convocatoria de la Asamblea Constituyente fue improntada por estas realidades. El gobierno nacional estableció toda una metodología para garantizar la participación de los ciudadanos, en universidades, asociaciones sindicales, organizaciones sociales y gremios, fueron establecidas mesas de trabajo donde se podían presentar propuestas para ser tenidas en cuenta. La composición de la Asamblea fue producto de una elección popular convocada el 9 de diciembre de 1990, convirtiéndose en la primera Asamblea Constituyente elegida por votación popular en la historia política. Las anteriores habían sido provenientes de guerras intestinas o golpes de Estado, empleando otros procedimientos en todo caso menos democráticos. La Constitución que en gran parte regía, la de 1886, fue el producto de los más excelsos pensadores políticos de la época, cuidadosamente escogidos por el presidente Núñez. Hasta el punto que el más ilustre de los delegados, Miguel Antonio Caro, fue ubicado

como representante de Panamá, a pesar de hasta entonces, como nunca después, conoció el mar.¹⁰²

La necesidad de rediseño del Estado se sustentaba en una necesidad económica, pues el nuevo modelo de gestión económica de los países que se difundió desde inicios de la década de los ochenta, replanteaba el papel del Estado en las economías nacionales. Se inició un proceso de reformas estructurales en los Estados-nación dirigidos a fortalecer la acción y determinación del mercado en los procesos productivos. En el caso de América Latina para algunos autores la década de los ochenta fue el escenario de retirada del Estado,¹⁰³ las reformas estructurales impuestas por los organismos internacionales, y la nueva dinámica global que se estructuraba, exigían que cesara la intervención directa del Estado en cuanto productor. Desde ese periodo asistimos en el escenario latinoamericano y mundial a los procesos de privatización y desregulación de la economía, que tienen la función de replantear las funciones económicas asumidas por el Estado durante el periodo anterior.

Así las cosas la convocatoria a la Asamblea Constituyente si bien puede enmarcarse en la idea expuesta por la constituyente Aída Abella en la primera sesión de este órgano: “Coronamos así una legítima aspiración de nuestro pueblo, que anhela abrir de par en par las puertas de progreso, la paz y las libertades reformando a fondo la Constitución de 1986 y poniendo a tono del próximo siglo XXI a nuestra patria”,¹⁰⁴ indiscutiblemente

¹⁰² Asamblea Constituyente, “Intervención del doctor Carlos Daniel Abello, Presidente de la Junta Preparatoria de la Asamblea Nacional Constituyente”, *Gaceta Constitucional*, núm. 1, Bogotá, miércoles 5 de febrero de 1991, p. 2.

¹⁰³ Couffignal, Georges, *El papel del Estado en un mundo globalizado: el caso de América Latina*, París, Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine, http://www.tau.ac.il/eial/XIII_1/, consulta realizada el 12 de julio de 2004.

¹⁰⁴ Asamblea Constituyente, “Intervención de la señora Aída Abella, Presidente de la Junta Preparatoria de la Asamblea Constituyente”, *Gaceta Constitucional*, núm. 1, Bogotá, miércoles 5 de febrero de 1991, p. 2. En el mismo evento el presidente de Colombia Cesar Gaviria Trujillo (1990-1994) expresó similar idea “No se trata solamente de las expectativas de millones de colombianos que hoy los contemplan con la esperanza que sus anhelos de renovación y de cambio institucional sabrán ser interpretados cabalmente. Su responsabilidad también es con el futuro de Colombia, con los hijos de nuestros hijos, con todos nuestros conciudadanos. Avanzando el siglo XXI, ellos querrán recordar con gratitud aquella Asamblea Constituyente de la cual surgió una Constitución que contribuyó a consolidar la paz, a cimentar un orden justo y a fortalecer una democracia abierta a la participación de todos los colombianos”, sin perder la perspectiva del proceso global en el cual estaba participando agregó: “Pero al reformar la Constitución es preciso tener pre-

estaba relacionada con los procesos globales que iniciaron su posicionamiento en la década mencionada.¹⁰⁵

Sustenta el anterior planteamiento que la iniciativa de reformar o crear nuevas Constituciones fue asumida por los países de América Latina en su conjunto. Así en los últimos 20 años se han replanteado los marcos constitucionales de Brasil en 1988, Ecuador 1998, Paraguay 1992, Perú 1993, Nicaragua 1987 y 1995, El Salvador 1983, Guatemala 1995, Panamá 1983 y 1994, República Dominicana 1994 y 2002, Uruguay 1996, Chile 1980 y 2000, México 2001 y Colombia 1991.¹⁰⁶

sente el horizonte del siglo XXI. Colombia necesita una Constitución para asumir un papel preponderante en el nuevo orden internacional que se está gestando, para la nueva era de las revoluciones tecnológicas que se suceden con pasmosa rapidez, para una económica que se está abriendo a un escenario mundial interdependiente. También debe preparar sus instituciones para una sociedad pluralista cada vez más compleja, para un ciudadano que quiere tener mayor participación en las decisiones para comprometerse con los cambios y no depender del paternalismo; para un Estado servidor que debe responder con dinamismo a las numerosas peticiones y grandes expectativas de la comunidad; para una nueva política en la cual el debate abierto de las ideas sea predominante”.

¹⁰⁵ Ya en 1986 se proponían en diferentes medios académicos la necesidad de ajustar la Constitución al nuevo momento histórico que vivía el país y las relaciones internacionales. El destacado constitucionalista colombiano Luis Carlos Sachica advertía en ese año la importancia que el contexto internacional tenía al concebirse replanteamientos en la carta política: “En tal revisión para el *aggiornamento*, tendrían prelación indiscutible los aspectos internacionales. La insularidad es hoy en día impracticable. Somos interdependientes y, aunque no le queramos, solidarios, por ser común el destino de la especie humana en el universo. Un sistema constitucional es incompleto cuando no regula sus relaciones con los demás sistemas estatales y con el ordenamiento jurídico mundial, porque son insoslayables los influjos foráneos, las conexiones, pertenencias, dependencias y rechazos de país a país, de bloque a bloque, en que dialécticamente se desenvuelve la política mundial. Los problemas generados por la inestabilidad y crisis de los mercados mundiales, los vaivenes del crédito internacional, los giros de las inversiones extranjeras, la atracción de los modelos de integración económica, la fuerza anarquizante de la guerrilla y del terrorismo internacionales, las presiones del multilateralismo y los enfrentamientos norte-sur, este-oeste, los sutiles engranajes del neocolonialismo, las nuevas modalidades de la intervención, las organizaciones militares de defensa internacional, el armamentismo rampante, la ecología, como nueva motivación política, por nombrarlo cotidiano, nos obligan a repensar nuestro país y su organización política en relación con el mundo y el momento presente”. Sachica, Luis Carlos, “¿Una Constitución de largo andar y lejano horizonte?”, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Bogotá, núm. 9, vol. XXIII, 1986.

¹⁰⁶ “La década de 1980 terminó con casi una decena de Constituciones adicionales para Latinoamérica, y la década de 1990 comenzó con cinco nuevas (Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, la República Dominicana en 1994 y Bolivia en 1995, además de una reforma constitucional en Argentina en 1994). Venezuela es el primer país de la región estrenando una nueva Constitución durante 2000. De hecho, ya no quedan

La Constituyente fue integrada por 70 representantes elegidos popularmente y delegados de movimientos insurgentes que estaban en ese momento negociando la paz con el gobierno nacional.¹⁰⁷ Su composición fue verdaderamente pluralista, fueron elegidos delegados de los dos partidos tradicionales, el Liberal y el Conservador; miembros de la Alianza Democrática M-19, partido político surgido de un proceso de paz con el movimiento insurgente M-19.¹⁰⁸ Fueron elegidos dos reconocidos líderes indígenas, Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry y posteriormente, se vinculó como delegado Alfonso Peña Chepe, líder indígena y comandante del grupo guerrillero indígena Quintín Lame con el cual el gobierno de César Gaviria formalizó un tratado de paz.¹⁰⁹

El debate en torno a la nueva Constitución siempre tuvo claro el nuevo contexto internacional en que se desarrollaba la sociedad colombiana, al

Constituciones centenarias en la región: la Constitución de Colombia de 1991 sustituyó la de 1886 y la Constitución argentina de 1853 ha sufrido grandes cambios fundamentales, especialmente a finales del siglo XX” Cordeiro, José Luis, *América Latina: Constituciones y Constituyentes*, Instituto de la Libre Empresa, ILE, <http://www.ileperu.org/index.html>, consulta realizada el 13 de julio de 2004.

¹⁰⁷ Indiscutiblemente la Asamblea poseyó una composición plural. La gran mayoría de propuestas políticas existentes en el país en ese momento tuvieron presencia en este órgano. Algunos autores discuten es su legitimidad, pues según informes de la Registraduría Nacional del Estado Civil, órgano que tiene la función de organizar los eventos electorales del país, en las elecciones se produjo una abstención del 73.94%.

¹⁰⁸ Para este momento la AD-M-19 era un partido político reconocido y no un movimiento en proceso de paz. Sus delegados fueron electos en la votación sucedida el 9 de diciembre de 1991.

¹⁰⁹ Durante la aprobación del reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente los días 5 y 6 de febrero de 1991 se propuso por parte de la delegada María Teresa Garcés Lloreda el acto constituyente núm. 1 por el cual se determinaba la composición de la Asamblea “Artículo único. La Asamblea Nacional Constituyente estará integrada por los setenta (70) constituyentes elegidos por votación popular y por dos representantes de los grupos guerrilleros que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del gobierno y ya estén desmovilizados, quienes serán designados formalmente por el presidente de la República y sus nombres comunicados a la Asamblea. Dichos representantes solamente podrán ejercer el derecho al voto a partir del 5 de marzo de 1991. El número anterior podrá aumentarse en la medida en que el proceso de pacificación de otras agrupaciones haya avanzado, según la valoración que de sus circunstancias efectuó el gobierno, previa consulta con la Asamblea Constituyente...”, de esta forma el gobierno nacional vinculó posteriormente a un representante de la organización insurgente indígena. Asamblea Nacional Constituyente, “Propuesta de María Teresa Garcés, Acto Constituyente núm. 1”, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 3, miércoles 6 de febrero de 1991, Imprenta Nacional, p. 3.

punto de presentarse afirmaciones durante las deliberaciones del órgano constituyente en estos términos: “Esta constituyente tiene por supuesto muchas metas políticas: la democratización de este país, un nuevo consenso social y político que nos permita un nuevo ordenamiento, unas nuevas reglas de juego dentro de las cuales podamos vivir de manera civilizada, pero también está ahí anotada la consigna de la internacionalización de la modernización de este país en cuanto pueda ajustar su ordenamiento jurídico a las nuevas realidades del mundo”,¹¹⁰ dos retos enfrentaron los delegatarios: el primero, construir un sistema político y jurídico legítimo que fundamentara la democracia en el país; el segundo, establecer un marco normativo que le permitiera al país vincularse con las dinámicas económicas del mundo global que se gestaba.

El primer reto por supuesto no encontró su inspiración sólo en los procesos nacionales, en esta dimensión el sistema internacional para ese momento había establecido parámetros normativos y axiológicos que eran imperativos cumplir por los países que se deseaban reivindicar como Estados democráticos. Las prescripciones internacionales establecían que las estructuras políticas y jurídicas de los países debían permitir la libertad de sus ciudadanos y la libre elección de sus representantes, las dictaduras y las formas encubiertas de no democracia eran cuestionadas por el sistema de Naciones Unidas, y los sistemas de integración regional (el europeo y el interamericano), movimientos internacionales y prominentes ONGs presionaban a gobiernos de todos los continentes que carecían de estructuras estatales democráticas para que permitiesen transiciones hacia ella.

Axiológicamente el sistema internacional desde la década de los setenta había asumido el discurso de los derechos humanos como su referente prioritario. Los derechos humanos se posicionan como los parámetros éticos mediante los cuales se debía evaluar las conductas de los países. Dos hechos presionan para que esto se hiciera realidad: el primero la decisión del gobierno estadounidense, el presidente Jimmy Carter, de ubicar el tema de los derechos humanos como parte de su agenda para las relaciones de dicha potencia con el resto del mundo y el segundo, la decisión de las dos superpotencias, Estados Unidos y Rusia, en la conferencia para la coope-

¹¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, Bogotá, núm. 94, martes 11 de junio de 1991, p. 10.

ración y la seguridad en Europa en 1975 en Helsinki, de ubicar el tema como parte de la agenda global.¹¹¹

Los derechos humanos fueron asumidos por los constituyentes colombianos como el núcleo axiológico de la Constitución de 1991, a través de ellos, y con ellos, la nueva estructura institucional del país encontraría la legitimidad perdida por el antiguo orden. De allí la decisión del constituyente de incorporar los derechos humanos directamente en el articulado de la Constitución dedicando todo el título II a este tema y a los mecanismos de protección de dichos derechos. Pero la dimensión global del fenómeno la podemos observar en los artículos 93 y 214.

Ambos reconocen que los derechos humanos son valores universales a los cuales está obligado el Estado colombiano, *ius cogens*. En el primer artículo se observa: “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. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En el artículo 214 se establece la prohibición que en estados de excepción declarados por el gobierno en momentos difíciles, se prohíbe la suspensión de los derechos fundamentales y sus garantías, prescribiendo en el numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.¹¹²

¹¹¹ Freeman, Michael, *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*, Cambridge, Blackwell Publisher, 2002, pp. 94 y 95.

¹¹² La decisión de la Constituyente de darle esta jerarquía de ordenamiento jurídico al derecho internacional de los derechos humanos, posteriormente produjo interrogantes en torno a la relación de éste con el principio que ubica a la Constitución como norma de normas o norma fundamental. La solución de los múltiples interrogantes le correspondió a la Corte Constitucional la cual en reiteradas sentencias ha recurrido a la teoría francesa del bloque de constitucionalidad, que en términos de la Corte Constitucional “está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, p. 1. Para observar el desarrollo de la tesis del bloque de constitucionalidad se pueden

La Corte Constitucional ha conceptualizado en torno a la relación entre derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos en los mandatos de la Constitución de 1991 y ha afirmado en uno de sus primeros fallos: “Surge una verdadera integración jurídica entre el derecho interno de los países en cuya cúpula se halla la Constitución Política y el derecho internacional cuando está presente su *ius cogens* dado que éste por representar valores superiores, inalienables e inenajenables del individuo como son los derechos humanos, se coloca por encima de la misma normación internacional que pudiera desconocerlos y al mismo *ius cogens* habrá de acomodarse la legislación interna de los países (artículo 93, CN)”.¹¹³

El segundo reto que enfrentaron los constituyentes de 1991 fue adaptar el sistema jurídico colombiano para que se conectara con los procesos económicos globales, que se estimulaban desde los países centrales, y las organizaciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y diferentes empresas transnacionales, que presionaban para el cumplimiento de lo que fue llamado el Consenso de Washington, que eran requerimientos para el replanteamiento económico a escala global y la redefinición del papel de los Estados en el sistema económico nacional e internacional. El ajuste estructural requerido por los actores económicos y políticos globales se había iniciado con reformas al sistema financiero y el propiciamiento de un marco jurídico para la apertura del país a iniciativas económicas durante el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990).

En este aspecto la Constitución de 1991 marca una diferencia con el anterior referente constitucional. Las relaciones internacionales en el orden económico fueron constitucionalizadas dedicándole el capítulo VIII del título VII que desarrolla las competencias de la rama ejecutiva del poder público. De la lectura de sus artículos se concluyen sus propósitos:

Artículo 224. Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá

tomar como referente las sentencias C-295 de 1993, C-179 de 1994, C-225 de 1995, C-327 de 1997 y C-191 de 1998.

¹¹³ Corte Constitucional, *op. cit.*, nota 12, p. 63.

enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado. Artículo 225. La Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, cuya composición será determinada por la ley, es cuerpo consultivo del presidente de la República. Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

La determinación fue propiciar un marco jurídico para el establecimiento de compromisos de orden económico por parte del Estado, con Estados y con otros entes del orden internacional. La idea indiscutiblemente fue romper los parámetros jurídicos rígidos protectores de una concepción de soberanía que obstaculizaba el nuevo circuito económico mundial que se proyectó establecer desde los años ochenta, para replantear la dinámica de reproducción económica. La concepción la complementa el numeral 16 del artículo 150 donde se establecen las funciones del Congreso de la República: “Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.

Como se conoce toda la década de los noventa fue prolija en realización de iniciativas integracionista que replantearon y replantean los órdenes jurídicos de Estados de América, por vía de ejemplo el Tratado de Libre Comercio realizado entre México, Estados Unidos y Canadá (NAFTA); el denominado Mercado Común del Sur (Mercosur), cuyos actores principales, Argentina, Brasil y Chile, convocan permanentemente más Estados; los llamados tratados bilaterales del libre comercio, el caso ejemplo es el de Chile y Estados Unidos. De hecho Colombia tiene actualmente convenios económicos con Estados Unidos y la Unión Europea fundamentados en dicha dinámica y en el marco jurídico analizado. La iniciativa de formalizar la discusión sobre el Tratado de Libre Comercio para las Américas es

resultado del nuevo escenario global económico, su discusión inició en 1992 en la primera Cumbre de las Américas.

Así las cosas, la Constitución de 1991 se convierte en el referente jurídico-político que contemporaniza al país con los procesos globales que se suceden en el mundo en las últimas décadas. Procesos que contienen una dimensión política, ubicada en la estipulación del paradigma de los derechos humanos como núcleo axiológico del sistema jurídico colombiano y una dimensión económica, objetivizada en el nuevo marco jurídico-económico propiciatorio de la interlocución del país con la economía global que se construye.

El sistema internacional de los derechos humanos se ha consolidado; su misión, con una autonomía relativa de las dinámicas económicas, es hacer que el discurso de los derechos humanos constituido hoy en referente axiológico global, se haga realidad. La presión de este sistema para que este paradigma logre niveles de eficacia en la actividad de las estructuras estatales es compleja y como lo observaremos, recurre a diferentes mecanismos desde sanciones morales, a través de resoluciones o reportes especiales o la coordinación de la opinión pública internacional, escenario donde las ONGs de derechos humanos realizan impactantes acciones.

Los Estados centrales y las organizaciones económicas transnacionales han instaurado dinámicas que replantean el orden económico internacional que se conoció hasta hace dos decenios. El replanteamiento del orden jurídico colombiano en 1991 tuvo entre muchos objetivos adaptar nuestra legislación a los intereses de tan determinantes actores económicos.

La Constitución de 1991 como producto sociopolítico no recoge los intereses de específicos actores internacionales o nacionales; en ella se conjugan las diferentes visiones que existen para explicar la sociedad, de allí que se encuentren disposiciones que recogen las percepciones de los sujetos que propician la globalización económica y los que propician la globalización de una axiología que ubique al hombre como portador de derechos fundamentales inalienables. En términos de la Corte Constitucional lo que se ha logrado es el replanteamiento de los conceptos de soberanía y la ubicación de diferentes visiones del proceso global que se vive en el ordenamiento jurídico colombiano:

1. La idea de la soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites imaginados por la teoría constitucional clásica. Así ha sido puesto en evidencia por hechos tan contundentes como la inter-

conexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de un catálogo axiológico ampliamente compartido por la comunidad internacional. En su lugar, se ha acogido una concepción más dinámica y flexible, de tal manera que se proteja lo esencial de la autonomía estatal, sin que de allí se derive un desconocimiento de principios y reglas de aceptación universal. 2. La Constitución de 1991, en concordancia con las nuevas exigencias de comunicación relación interestatales adoptó una serie de normas encaminadas a fortalecer la participación colombiana en el proceso de internacionalización económica, cultural y axiológica liderada por el derecho internacional.¹¹⁴

5. *La Corte Constitucional y los pueblos indígenas de Colombia*

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.¹¹⁵ 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”,¹¹⁶ independientemente que no existan desarrollos legales de sus preceptos. A la corporación es a la que le ha correspondido llenar de conteni-

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 112.

¹¹⁵ “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.

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, Bogotá, 1992, p. 18. Ministerio de Interior de Colombia, <http://www.mininteriorjusticia.gov.co/pagina1.asp?doc=44>, consulta realizada el 23 de junio de 2004.

do 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 declare ser un Estado social de derecho.¹¹⁷ Como observaremos en los casos que evaluaremos en el capítulo cuarto, esto ha contribuido significativamente 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 que 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.¹¹⁸ A la Corte le ha correspondido

¹¹⁷ “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 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.

¹¹⁸ 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 tiene 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

por vía revisión sentar las bases para la imposición de una nueva metodología de interpretación constitucional que ubique la idea de eficacia de los nuevos derechos, principios y valores que quiso instaurar el Constituyente de 1991.

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,¹¹⁹ donde declara inconstitucional las funciones de la iglesia en los territorios indígenas al plantear que ni el Estado ni la mencionada institución tienen potestades para intervenir en el gobierno indígena. Dice la Corte: “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 le abren las posibilidades de asumir la conciencia de su propia identidad y de ahí que se les conceda autodeterminación y autogobierno propios”.¹²⁰ 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 constituyen, 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

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.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ Corte Constitucional, *op. cit.*, nota 12, p. 15.

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 artículo 10 del artículo 241 que plantea que a la Corte le corresponde: “Decidir definitivamente sobre la 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, verbigracia la sentencia C-147 de 1994, donde 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 adecuadas para que el principio ubicado en el artículo 7 de la Constitución que prescribe que la nación colombiana es 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 el análisis que haremos en torno a la configuración de los derechos de los pueblos indígenas observaremos que esta institución ha desempeñado una función de creación del derecho en el complejo escenario jurídico en que se desenvuelve la sociedad colombiana. Sus decisiones muestran todos los actores socioeconómicos y políticos que convergen en los espacios-tiempos donde realizan sus proyectos de vida los pueblos indígenas de país: los países centrales, organizaciones religiosas transnacionales, organizaciones económicas transnacionales, el orden jurídico y los operadores del derecho del Estado-nación, intereses regionales políticos, económicos e ideológicos y el sistema internacional y regional de los derechos humanos.

IV. LOS REFERENTES NORMATIVOS INTERNACIONALES Y NACIONALES OBJETO DE REFLEXIÓN Y LA ORGANIZACIÓN DEL INFORME DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas de investigación se componen del análisis de documentos producidos por instituciones supra-nacionales pertenecientes al sistema internacional de los derechos humanos y las instituciones de gobierno de Colombia, donde se ha abordado la reflexión sobre los derechos humanos en general y los derechos específicos de los pueblos indígenas en particular.

En ambas instancias se dividirán los contextos en dos categorías fundamentales: la primera, los espacios donde se elaboraron y elaboran referentes normativos que tuvieron o tienen relación con la problemática jurídico-política indígena, en los que se ha establecido parámetros normativos teniendo como referente a los pueblos indígenas o a estructuras socioculturales que engloban la problemática indígena, como es el caso de instrumentos internacionales que tienen como referentes la no discriminación, la prohibición del racismo, a las minorías o a la cultura, es decir, espacios que en nuestro concepto cumplen labores de órganos legislativos, y la segunda, espacios que cumplen funciones de órganos judiciales, donde los pueblos indígenas han presentado sus peticiones con el fin de que se produzcan mandatos que hagan realidad los parámetros normativos donde se establecen derechos específicos para ellos.

Como sabemos, ubicar los dos contextos en el plano nacional es relativamente fácil, pues la tradición jurídico-política liberal ha establecido claramente la existencia de tres ramas del poder público, dos de las cuales son la rama legislativa y la rama judicial.

En el plano internacional la situación no es tan clara. Durante el siglo XX se constituyó lo que conocemos como sistema internacional. El primer órgano que realizó tal idea fue la Liga de las Naciones, que se disolvió a finales de la década de los treinta y el segundo fue la Organización de las Naciones Unidas, establecida en 1945, que desarrolló su estructura durante la segunda mitad del siglo XX y hoy es el centro orgánico de la actividad político-jurídica internacional.

Podemos decir que los órganos colegiados de la ONU, las conferencias especializadas y las reuniones de la Asamblea General para aprobar instrumentos de derechos humanos, se constituyen en espacios que han elaborado referentes normativos obligatorios, llenando específicos requisitos de legislación internacional. De todas maneras su formación y carácter imperativo, poseen una naturaleza diferente a la legislación aprobada por los órganos legitimados para ello dentro de la estructura jurídico-política de los Estados. En este sentido compartimos la aclaración que sobre este aspecto realiza de Alfred Verdross: “En el orden internacional no se conoce en principio órganos legislativos especiales y permanentes, encomendado a los Estados el crear dichos órganos de común acuerdo en cada caso particular. Este órgano está, pues, constituido por todos los órganos estatales

que cooperan en la celebración de un tratado. El legislador sólo surge para cumplir una tarea determinada y luego deja de ser”.¹²¹

La organización que en el ámbito internacional es considerada un órgano parcial de legislación internacional es la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, que realiza desde la constitución de la OIT, reuniones periódicas en materia de política social y cuyos mandatos se convierte en referentes centrales en la actividad de los Estados en esta materia.¹²² Efectivamente, los convenios que son aprobados por la conferencia anual de la OIT poseen una naturaleza especial pues en su formación intervienen delegados de los trabajadores, empleadores y los delegados de los Estados-nación.

Como se observará en el análisis de la dinámica de la formación de los derechos indígenas en el sistema internacional —capítulo dos de este informe de investigación—, la OIT ha sido el escenario central donde se ha debatido los derechos de los pueblos indígenas y las instancias que ha establecido los dos referentes normativos internacionales más importantes de estos derechos, el Convenio 107 de 1957 y el Convenio 189 de 1989.

Existe una legislación internacional de derechos humanos, producida en el contexto de las Naciones Unidas, que se ha constituido en los últimos cinco decenios, y en la que han participado en su elaboración los Estados, sujetos protagónicos del derecho internacional, organizaciones sociales, movimientos de liberación nacional, organizaciones no gubernamentales de todos los matices, autoridades de los pueblos indígenas y representantes de minorías nacionales.

Paralelamente a la estructura de Naciones Unidas se han consolidado sistemas regionales de derechos humanos en Europa, África y el continente americano, los cuales han establecido sus propios referentes normativos atendiendo a sus condiciones particulares de carácter histórico y político.

¹²¹ Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 14, p. 275.

¹²² La Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado de carácter internacional que surgió dentro del marco de la Sociedad de Naciones con la suscripción el 28 de junio de 1919 del Tratado de Paz de Versalles, en cuyo aparte núm. XIII se insertó un título que trata sobre la OIT, exactamente los artículos 328 a 427. En el año 1946 se celebró un acuerdo entre las Naciones Unidas y la OIT mediante el cual la ONU reconoce a la OIT como un organismo especializado competente para emprender la acción que considere apropiada de conformidad con su instrumento constitutivo básico para la formación de política social. Actualmente la casi totalidad de los Estados hacen parte de esta organización.

Es así como se ha constituido el sistema europeo de derechos humanos, que ha establecido específicos instrumentos atendiendo a sus preocupaciones regionales. La normativa referente fue la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales elaborada por el Consejo Europeo y ubicada para la firma a partir de 1950, desde ese momento hasta el presente se ha formado el sistema regional de derechos humanos europeo compuesto por particulares instrumentos que reflejan la realidad política de dicha región.¹²³

El sistema africano de derechos humanos se estableció a principios de la década de los ochenta, cuando fue elaborada la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos en 1981. El agregado regional que fue estipulado fue la ubicación de los pueblos como sujeto de derechos específicos atendiendo el mundo pluricultural existente en el continente y en los Estados que se formaron a partir del proceso de descolonización que se produjo en la década de los sesenta y setenta. En un principio se constituyó

¹²³ La lista de instrumentos complementarios a la convención es Protocolo núm. 2 de 6 de mayo de 1963, Protocolo núm. 3 de 6 de mayo de 1963, Protocolo núm. 5 de 20 de enero de 1966 y Protocolo núm. 8 de 19 de marzo de 1985, Protocolo a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo núm. 4 a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo núm. 6 a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, Protocolo núm. 7 a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo núm. 9 a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo núm. 10 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo núm. 11 a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sobre la reestructuración de los mecanismos de control de la Convención, Acuerdo Europeo sobre las Personas Participantes en Procedimientos ante la Comisión Europea y la Corte de Derechos Humanos, Acuerdo Europeo sobre las Personas Participantes en Procedimientos ante la Corte Europea de Derechos Humanos, Convención Europea sobre Prevención de la Tortura y Tratos y Penas Degradantes, Protocolo núm. 1 a la Convención Europea sobre Prevención de la Tortura y Tratos y Penas Degradantes, Protocolo núm. 2 a la Convención Europea sobre Prevención de la Tortura y Tratos y Penas Degradantes, Carta Social Europea, Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, Protocolo por el que se enmienda la Carta Social Europea, Protocolo adicional a la Carta Social Europea para la provisión de un sistema colectivo de quejas, Carta Social Europea (Revisada), Carta Europea sobre Lenguas Regionales y Minoritarias y Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales. En la página web de la Universidad de Zaragoza sobre derechos humanos, http://www.unizar.es/derechos_humanos/instrumentos.html#2, consulta realizada el 25 de junio de 2004.

una Comisión de Derechos Humanos que se convirtió en el centro de conciliación de diferentes situaciones de violación de derechos humanos entre los Estados y los denunciantes. Sólo desde 1998 fue formalmente establecida una Corte de Derechos Humanos. Este es el sistema regional de derechos humanos más reciente.

El sistema americano de derechos humanos es el más antiguo de los existentes, pues ha establecido legislación en estos aspectos desde el establecimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en abril de 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana.¹²⁴

Los referentes legislativos internacionales que tendremos en el presente trabajo serán los producidos por el sistema internacional de los derechos humanos y por el sistema interamericano de derechos humanos.

La segunda categoría de contextos donde se tratan en el ámbito internacional temas de derechos humanos relacionados con los pueblos indígenas que serán referentes de reflexión en nuestra investigación, son los llamados órganos que concebimos que realizan funciones judiciales, pues en ellos se han presentado peticiones de los pueblos indígenas para que se produzcan decisiones que conminen a los actores del sistema global actual, como son los Estados o las organizaciones transnacionales o situaciones que comprometen la actividad de ambos, para que ajusten sus actuaciones a los parámetros normativos que se han establecido a su favor en el sistema internacional de los derechos humanos.

En realidad estos son escenarios donde se han producido interesantes debates sobre los derechos de los pueblos indígenas, que ha generado una jurisprudencia que le ha dado fundamentos, jurídicos y políticos, a su lucha por que les sean reconocidos derechos como estructuras colectivas. Tres órganos judiciales fundamentalmente serán analizados.

El primero es el representado por la Organización Internacional del Trabajo. Se presentarán tres casos que muestran los procedimientos particulares que se siguen para evaluar el cumplimiento por parte de los Estados

¹²⁴ Posteriormente se han formalizado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (1969); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988) y durante la última década del siglo XX se estipuló la Convención relativa a la abolición de la pena de muerte la Convención Interamericana para prevenir la tortura, la Convención para prevenir la desaparición forzada y la que le otorga derechos civiles a la mujer. En la página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos <http://www.cidh.oas.org/Links.spanish.htm>, consulta realizada el 27 de junio de 2004.

de los compromisos emanados de la ratificación del Convenio 169 de 1989. Podremos observar cómo en el debate jurídico que realiza la OIT usando procedimientos especiales intervienen dinámicas de presión global que hacen que sus decisiones tengan una naturaleza imperativa especial. En este sentido, el caso de los Yanomamis del Brasil que se analiza en el respectivo apartado consideramos será paradigmático.

El segundo, representado por el Comité de Derechos Humanos, organismo creado por Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966 que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, el cual ha estudiado en las últimas décadas peticiones presentadas por los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas o miembros individuales de éstas. Se evaluarán los casos que se han presentado desde la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, en orden cronológico, para que el lector detecte la presencia de los pueblos indígenas en este escenario y los diferentes actores que intervienen en las peticiones de justicia. Los casos son: Sandra Lavelance vs. Canadá (1977), la sociedad tribal Mikmaq vs. Canadá (1980); Ivan Kitok vs. Suecia (1985), Lubicon Lake Band vs. Canadá (1984), Lansman *et al.* vs. Finlandia (1990); Jouni Lansman *et al.*, vs. Finlandia (1992), Miembro de la nación indígena wiradjuri vs. Australia, Apirana Mahika *et al.* miembros del pueblo Maorí vs. Nueva Zelanda (1993), Distrito de poseedores de rebaño de renos Rias/Hylling vs. Noruega (2000).

El último referente de análisis en este contexto será los casos estudiados por los órganos que tienen funciones judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos. En este campo evaluaremos los casos presentados por los pueblos indígenas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se mostrará que si bien legislativamente ha habido un marginamiento de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos, mediante decisiones de la CIDH y la COIDH, paulatinamente se ha constituido una sensibilidad de este sistema hacia la definición de derechos específicos para estas sociedades. En esta parte observaremos la evolución que ha tenido la Comisión de Derechos Humanos en su concepción de los derechos humanos de los pueblos indígenas desde la década de los setenta hasta la fecha. Los casos que se evaluarán son: los indígenas guahibos vs. Colombia (1970), la tribu indígena ache vs. paraguay (1974), yanomamis vs.

Brasil (1980), indígenas Miskitos vs. Nicaragua (1984), Severino Jul Musique y Leonel Coicue vs. Colombia (1987), Aloeboetoe vs. Surinam, presentado a la Comisión (1988), Nación Cherokee vs. Estados Unidos (1992), Masacre de Caloto vs. Colombia (1992), Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos (1993), Sebastián Santiz Gomes vs. México (1994), comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (1995), Masacre del Plan Sánchez vs. Guatemala (1996), Alberto Aucan Huilcaman y otros vs. Chile (1996), comunidades indígenas enxet y kaleyphapopyet-Riachito vs. Paraguay (1997), comunidades indígenas mayas vs. Belice (1998), comunidad yaxye axa del pueblo enxet-lengua vs. Paraguay (2000) y la organización Yabti Tasba Masraka Nanih Asia Takanka (Yatama) vs. Nicaragua (2001).

En relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos se estudiarán los dos únicos casos que hasta la fecha han sido decididos, y que tienen relación con los pueblos indígenas de aloeboetoe vs. Surinam (1993) y Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001).

El análisis de los instrumentos de derechos humanos y de los casos presentados por los pueblos indígenas en el sistema internacional e interamericano nos permitirá el cumplimiento de dos objetivos: el primero, acercarnos a las estructuras de derecho que se han venido conformado en el orden internacional, donde los elementos de nuestra noción de derecho, es decir, la retórica, la burocracia y la violencia, desempeñan diferentes papeles. Vemos que a nivel del sistema de derechos humanos de la ONU, la retórica ocupa un lugar privilegiado, produciendo opiniones legitimadas por la argumentación y los valores. La burocracia en este campo no ha crecido, y la función de la violencia como medio de imponer las decisiones tomadas no es reconocida. Aunque indiscutiblemente en este último aspecto han existido en la última década experiencias como las llamadas intervenciones humanitarias que indican que no se descarta la imposición de una visión sobre derechos humanos donde la violencia cumpla una función no marginal.

La estructura jurídica conformada por la OIT resulta especial. Se trata de un organismo de una naturaleza radicalmente diferente a las instancias propias de la ONU. El órgano legislativo y el órgano decisorio de controversias, que aquí asumimos metodológicamente como judicial, está conformado por delegados de los Estados, los empleadores y los trabajadores. Acá indiscutiblemente la retórica, la ritualidad política desempeña un papel fundamental frente a la burocracia y la violencia. Los *dientes* de la OIT son morales, pues es un foro internacional donde convergen casi la totalidad

de los Estados y mantienen contacto con sus actividades, organizaciones internacionales de todas las naturalezas, ONGs y organizaciones sociales.

La evaluación de los casos que los pueblos indígenas han presentado ante la CIDH nos permitirá captar cómo un organismo internacional que no posee instrumentos de coerción o complejas redes burocráticas, puede, con su gestión, romper paradigmas e imponer a través de la retórica nuevos enfoques en la interpretación de los derechos humanos. Efectivamente, la producción de instrumentos regionales que reconozcan las especificidades de los pueblos indígenas no es prolija en el sistema interamericano, pero los enfoques con que la CIDH ha analizado los casos presentados por los pueblos indígenas los han posicionado como sujetos de derechos específicos.

El segundo objetivo será observar cómo durante la formación de los principales instrumentos de derechos humanos en el sistema internacional, se producen presiones de nuevos sujetos que existen en este escenario —representados fundamentalmente por organizaciones no gubernamentales indígenas y no indígenas, personalidades jurídicas, organizaciones sociales— para que se ubiquen los pueblos indígenas como un sujeto autónomo en el discurso de los derechos humanos. En la presentación de los casos se destacará permanentemente quiénes son los peticionarios de justicia y el contexto en que desarrollan tal actividad. Ahí podremos ir evidenciando la presencia de ONGs que se han especializado en litigar ante estos espacios de justicia internacional, cuyo objetivo central es hacer realidad el discurso de los derechos humanos.

La presentación del informe de investigación contendrá el capítulo dedicado a las dinámicas sociojurídicas que han vivido los pueblos indígenas colombianos para el reconocimiento de derechos específicos. Históricamente dividiremos nuestro análisis en dos periodos, el primero, que comprende la etapa anterior a la Constitución de 1991, donde realizaremos la evaluación de la legislación producida por el Estado en torno a los pueblos indígenas y las acciones sociales y políticas realizadas por éstos. El propósito es mostrar cómo en el ámbito nacional, se reprodujo la visión jurídico-política que determinó las primeras decisiones del sistema internacional de los derechos humanos en torno a los pueblos indígenas, las cuales recomendaban someterlos a procesos civilizatorios. Con esto podremos describir la existencia de una concordancia entre la visión de los Estados y la visión del sistema internacional frente a las sociedades indígenas.

El segundo periodo lo establecemos después de la Constitución de 1991. Desde ese momento los pueblos indígenas se hicieron a referentes norma-

tivos constitucionales que les permitieron sustentar, con soportes jurídicos concretos, sus demandas de justicia. El nuevo marco normativo-axiológico de los derechos humanos y los derechos específicos reconocidos a los pueblos indígenas se convertirá en referente permanente.

El análisis de los casos sobre pueblos indígenas resueltos por la Corte Constitucional nos permitirá mostrar los nuevos paradigmas de interpretación constitucional implementados por esta corporación y el desarrollo que ésta ha realizado respecto del discurso de los derechos humanos.

Además de hacer evidentes las tensiones y solidaridades que atraviesan a los pueblos indígenas en el orden global. Tensiones, pues, producto del mundo global en el que se desempeñan tienen contacto con intereses transnacionales de todo tipo, como iglesias evangélicas, organización económicas transnacionales e intereses geopolíticos. Solidaridades, puesto que el mundo global ha creado redes sociales que hacen sinergias con los pueblos indígenas para alcanzar decisiones favorables por parte de los órganos de justicia nacional y transnacional.

La racionalización de la dinámica internacional y nacional en la formación de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, es imposible realizarla sin contextualizar históricamente dichos procesos y sin detectar su significado jurídico-político. Así las cosas, se hará la contextualización histórico-política de todas las instituciones que han participado en el debate en torno a los derechos de estas sociedades. Ubicar las características histórico-políticas del Estado-nación, en general y en el sistema interamericano en particular, los particulares procesos jurídicos vividos por el Estado-nación colombiano, respecto a los pueblos indígenas; caracterizar e interpretar las decisiones tomadas por los órganos internacionales en el contexto de la Liga de las Naciones y en la estructuración del sistema internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, nos permitirán horizontes iluminadores en la búsqueda de una explicación al surgimiento de los derechos indígenas en el sistema jurídico colombiano.

Consideramos pertinente hacer una aclaración. Aunque el tema de los pueblos indígenas en los contextos jurídico-políticos nacionales e internacionales mantiene una relación directa y conflictiva con el concepto y derecho de autodeterminación, en nuestro ejercicio de investigación no lo concebimos como un eje central, puesto que el objetivo prioritario de la investigación es encontrar una explicación a por qué los pueblos indígenas de Colombia tuvieron acceso a un numeroso grupo de derechos y por qué jurisprudencialmente, se han desarrollado sus contenidos con una calidad

sin precedentes en la historia sociojurídica colombiana. En este sentido, abordamos el desarrollo del significado que ha tenido y que tiene el derecho de la autodeterminación en la dinámica de formación internacional y nacional de los derechos indígenas. De hecho trataremos de resaltar la presencia del tema en los debates, y su influencia para que la discusión sobre los derechos de los pueblos indígenas asumiera determinada dirección, pero como se observa no representa un punto central en nuestra reflexión.¹²⁵

En el siguiente capítulo entonces, nos introduciremos en el proceso que ha vivido el sistema internacional de los derechos humanos durante todo el siglo XX para abrirle un espacio a los derechos de los pueblos indígenas. La dinámica vivida involucra a los Estados-nación, a los pueblos indígenas, a los instrumentos internacionales de derechos humanos, a los órganos especializados que tienen la misión de decidir peticiones para hacer eficaz el discurso de los derechos humanos, a los movimientos sociales de todas las naturalezas, a organizaciones no gubernamentales pro indígenas y dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos y empresas transnacionales.

¹²⁵ Además las organizaciones indígenas colombianas y sus líderes nunca han puesto el derecho de autodeterminación como sustento de sus reivindicaciones de derechos ante el Estado, esto se puede ver en la respuesta dada por el senador de la república Jesús Enrique Piñacue Achicue, miembro del pueblo indígena Páez, a la pregunta que sobre este aspecto se le formuló durante la entrevista realizada en el marco de la presente investigación: “Es posible el reconocimiento a los derechos indígenas sin el reconocimiento de la autodeterminación? Hasta ahora, en el caso colombiano va siendo posible en teoría, porque la idea es reconocer la presencia de estos pueblos en sus condiciones particulares. Cuando nos dicen: pueden administrar justicias, según sus usos y costumbres, según tradición. Está la soberanía jurisdiccional del Estado colombiano, cediendo una posibilidad muy importante para que nosotros la utilicemos. El hecho de que nos digan a nosotros que estamos en posibilidad de administrar los bienes del Estado de manera directa, es darnos un estatus en la organización política para poder interactuar y orientar la dirección que estamos proponiendo. El que nos digan a nosotros: ustedes tienen un idioma oficial y a la vez pueden tener un sistema de educación según sus criterios y aspiraciones, yo creo que es un paso que no conseguiríamos si nos fuéramos al extremo radical de disputarnos la soberanía, la autodeterminación, en tanto que con conceptos más elementales como la autonomía vamos más despacio. El problema está en que el Estado a la larga no cumple con esto que hemos conseguido, por esto toma mucha fuerza la idea de que con antecedentes como que el Estado reconoce ya en el caso nuestro, pero no hay voluntad para poner en práctica lo que se ha acordado hay un terreno muy abonado para plantear la discusión. De manera que ese es el ambiente que yo alcanzo a ver. Ahora los indígenas en este país no tienen un nivel de organización tal como para deliberar consigo mismo, un nivel de organización sólida”.