

SEGUNDA PARTE
Los derechos indígenas
en Colombia: textos
y jurisprudencia constitucionales

La Carta Política y el reconocimiento formal de los derechos indígenas

3

El 27 de diciembre de 1967, dieciocho indígenas cuiva, entre ellos ocho niños, fueron asesinados a traición por blancos que los invitaron a una fiesta. El juez encargado del proceso debió liberar a los culpables, al aceptar el punto de vista de la defensa, según la cual la “caza de indios” se consideraba en la región, desde hacía mucho tiempo, una práctica normal.¹

Veinticuatro años después llegó la nueva Constitución Política, y con ella, un panorama distinto: “por primera vez en la historia de Colombia, los indígenas tenían un puesto legítimo en una Asamblea que tenía

¹ Éste fue conocido como el caso La Rubiera, en el departamento de Arauca. Los hechos son narrados de la siguiente manera por el Proyecto Nunca Más: “En esa ocasión, los colonos de la región vieron a algunos de estos cerca de sus viviendas, sintieron temor y decidieron deshacerse de ellos; pensaron en asesinarlos en un lugar cerca de un río, pero pensaron que algunos de ellos podrían escapar. Para evitarlo, idearon otra estrategia criminal, que consistía en reunirlos a todos en una vivienda de la finca *La Rubiera* y darles muerte allí. Fue así como los invitaron a una comida en dicha finca y lograron que llegaran 18 en total. Cuando los invitados se sentaron a la mesa, los asesinos, que se encontraban ocultos, salieron ante una señal acordada, y a tiros y machetazos dieron muerte a 16 de ellos; los otros 2 lograron escapar. Los asesinos, después de perpetrado el crimen, amarraron los cadáveres de los indígenas a las colas de los caballos, los llevaron a un lugar cercano, les rociaron gasolina y les prendieron fuego. Entre tanto los que lograron escapar, después de varios días de largas caminatas, llegaron hasta las autoridades y denunciaron el crimen”. Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z7/ZonaSiete01.html>

como misión fijar las normas que iban a regir la vida económica, social y política de la nación” (Gros 1993, 9). De ser considerados como animales, salvajes y menores de edad, de ser invisibles e inexistentes en la Constitución de 1886, los pueblos indígenas pasaron a ser *sujeto de derecho*, con derechos constitucionales específicos. Al decir del líder caucano Jesús Piñacué, “del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas”.

¿Qué explica esta irrupción de los indígenas en el escenario político nacional? Varios factores, entre ellos, la conjunción de la movilización de los pueblos indígenas con las oportunidades políticas. El movimiento indígena estaba en pleno auge cuando comenzó a agitarse en el país la Asamblea Nacional Constituyente. Tenía ya logros importantes en recuperación de tierras, abolición de formas serviles de trabajo (el terraje), constitución de organizaciones regionales y experiencias educativas y de gestión económica.

También se preparaba la conmemoración en 1992 de los quinientos años de la llegada de los europeos al continente americano, lo cual atrajo la atención de la opinión pública internacional sobre la situación de los pueblos indígenas. Era un momento especialmente favorable para los indígenas que coincidía con la época de la Asamblea Nacional Constituyente (1991).

La misma Constituyente fue escenario excepcional de apertura democrática. El movimiento indígena colombiano encontró allí condiciones favorables para el reconocimiento de sus derechos. Tuvo tres representantes en la Asamblea: dos por elección popular, Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, y uno, Alfonso Peña Chepe, como resultado de los acuerdos para la desmovilización del movimiento Quintín Lame.²

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS RECONOCIDOS

La Constitución Política de Colombia contiene un catálogo bastante amplio de derechos de los pueblos indígenas. Es uno de los primeros textos constitucionales que reconoce en forma explícita los derechos colectivos

² El Movimiento Indígena Quintín Lame surge en los años setenta como “expresión desesperada de la represión sufrida por las comunidades indígenas, fundamentalmente en el Cauca, y agudizada a partir de la década de los setenta” (palabras del movimiento, diciembre de 1984). Aparece públicamente en 1984 y a inicios de los noventa se desmoviliza e incorpora a la vida política legal, con las negociaciones de paz que se dan al comenzar el proceso constituyente.

(específicamente en el capítulo 3 del título II y de manera más dispersa en los artículos 246, 321, 329, 330, 55t y 56t).

La Carta proclamó un Estado multicultural como principio constitucional. En ese nuevo Estado, además de los derechos individuales (derechos básicos de todo ciudadano de una república democrática), los pueblos indígenas y sus integrantes tienen derechos colectivos específicos. Con esa especificidad se busca garantizar su existencia como comunidades diferentes al resto de los ciudadanos.

Los derechos conquistados por los pueblos indígenas y plasmados en la Constitución Política colombiana se pueden clasificar en varios temas: territorio, autonomía, diversidad étnica y cultural y participación política.

Territorio

Los representantes indígenas llevaron en 1991 a la Asamblea Nacional Constituyente la propuesta de elevar a precepto constitucional el concepto de “resguardo” con los atributos de *inembargable*, *imprescriptible* e *inalienable*. La iniciativa se aceptó y se consagró en el artículo 63. También se dictan otras disposiciones constitucionales, en las que se incluye la elevación de los territorios indígenas al estatuto de entidades territoriales (art. 286). Tal disposición busca asegurar la protección de las tierras, de las formas de propiedad solidarias y asociativas (art. 329) y de los recursos naturales de estos territorios (art. 330). En razón de lo anterior, los indígenas comienzan a participar de los ingresos corrientes de la nación, ya que los resguardos pasan a ser entidades (autónomas) de derecho público (art. 357).

La Entidad Territorial Indígena (ETI) no es un resguardo más grande: es una entidad político-administrativa nueva, destinada a garantizar autonomía y a promover la relación entre los indígenas, la sociedad nacional y la sociedad global, en un marco de respeto mutuo y sin detrimento de su identidad, su cultura, su conocimiento y su patrimonio.

Según Héctor Mondragón, la noción de ETI debe verse con amplitud, no en forma restrictiva. Una Entidad Territorial es aquella donde los pueblos indígenas desarrollan sus planes de vida y su cosmovisión. Por eso, no debe entenderse como el resultado de determinados procedimientos para su formalización, “lo cual reduciría el gobierno autónomo que reconoce el artículo 287 sólo a los territorios que progresivamente cumplan unos determinados requisitos y trámites” (Mondragón 2005, 17).

En algunas zonas urbanas, incluso en Bogotá, la situación de los desplazados es especialmente dramática. En Valledupar, el alcalde de la ciudad informó al Relator Especial que los indígenas desplazados acusan altos índices de desnutrición y que incluso se señalan casos de mortalidad infantil por hambre. El municipio carece de recursos para atender todas las necesidades de la población indígena desplazada. Las mujeres cabeza de familia y los niños sufren las peores consecuencias de los desplazamientos involuntarios, muchas se dedican a la mendicidad y los niños con frecuencia viven en la calle. Sin registros confiables es difícil canalizar adecuadamente la ayuda humanitaria.

Autonomía

Muchos artículos de la Carta Política reconocen de manera directa el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas de Colombia. Igual como ocurre con los territorios indígenas, que se elevaron a la categoría de entidades territoriales (art. 286), en este caso se habla de *autonomía administrativa, presupuestal y de diseño de sus planes de desarrollo* (art. 287). Se reconoce también la competencia de las autoridades tradicionales para velar por la aplicación de las disposiciones legales sobre los usos del suelo, diseñar las políticas de desarrollo comunal, percibir y distribuir sus recursos, colaborar en el mantenimiento del orden público y representar a los territorios ante el gobierno (art. 330).

Otro avance importante referido a la autonomía se relaciona con el reconocimiento del derecho de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política y a las leyes (art. 246). La creación de esta jurisdicción es uno de los componentes más importantes de la nueva Constitución en cuanto a los derechos indígenas, ya que sin pluralismo jurídico no se puede hablar de derechos humanos indígenas.

Diversidad étnica y cultural

La Constitución Política de Colombia reconoce la multiétnicidad y pluriculturalidad de la nación (art. 7), principio del que se deriva el de la igualdad y dignidad de todas las culturas (art. 70). Lo anterior debe reflejarse en todas las acciones del Estado en territorios indígenas. Con ellas se debe propender por la conservación cultural de los pueblos originarios, respetando sus tiempos y espacios (art. 7). Por estas razones la Ley 21 de 1991, que ratifica el Convenio 169 de la OIT de 1989, establece que cualquier acción que se vaya a realizar en estos territorios debe consultarse y acordarse con las comunidades indígenas que los habitan.

La amplia normativa jurídica constitucional que reconoce y ampara los derechos indígenas en Colombia plasma sus derechos a la diversidad étnica y cultural, al respeto a sus lenguajes (en el artículo 10 se reconocen oficialmente las lenguas indígenas en sus respectivas tierras), a una educación acorde con las lenguas de tales pueblos que afirme su identidad cultural, y a sus patrimonios culturales (art. 68).

Es importante destacar que la promoción de la etnoeducación debe basarse en la afirmación de la identidad, en un mandato ligado con el principio de respeto y protección a la diversidad cultural. En ese marco, la Constitución Nacional plantea que la “enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.³ No obstante, tal norma debe también analizarse desde un punto de vista no restrictivo: en muchas regiones del país hay pueblos indígenas con variadas influencias lingüísticas y por ello, hablar de educación bilingüe resulta limitado, dada la complejidad de las trayectorias lingüísticas.

La lengua wayúu, por ejemplo, muestra variadas diferencias dialectales de acuerdo con la zona habitada (alta, media o baja Guajira). El pueblo yuko (ubicado actualmente en la serranía del Perijá) se divide también en variados grupos de dialectos, sin que una denominación global los agrupe. Así mismo, mientras algunos estudios relacionan la lengua de los chimila (sabana de San Ángel, departamento del Magdalena) con la familia lingüística chibcha, para otros es mucho más clara la influencia de la familia arawak. El pueblo puinave (departamentos de Meta y Vichada, circundantes del río Inírida) utiliza de manera cotidiana una lengua cer-

³ Según el artículo 10 de la Constitución Política, “el castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y los dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

cana a la de los makú, pero reconoce que sus antepasados hablaban norí, lengua que sigue siendo usada por algunos abuelos y que se hace presente en muchos de sus rituales.⁴

Participación política

La Constitución colombiana contempla la participación política de los indígenas en el ámbito nacional y reconoce modalidades especiales para el ejercicio de sus derechos políticos. El ejercicio de tales derechos tiene dos ámbitos puntuales de aplicación: el primero, relacionado con el autogobierno local. El segundo, el parlamento nacional, con la participación de representantes indígenas. El primer ámbito se deriva de las consideraciones arriba nombradas acerca de la autonomía territorial de los pueblos indígenas. El ejercicio de este derecho implica la posibilidad efectiva de autoinstituir autoridades con miras a autorregular la vida y el gobierno del propio pueblo. De manera correlativa, este derecho contiene el efectivo respeto y el reconocimiento de tales autoridades por parte del conjunto de los organismos del Estado, en procura de facilitar su labor y de no entorpecer sus funciones.

Esta noción de autonomía, autogobierno y autoinstitución de autoridades propias se recoge en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas. En el artículo 3 de dicho proyecto se plantea que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. A su vez, el artículo 4 enuncia:

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Aunque el sistema de las Naciones Unidas no ha aprobado este instrumento, es claro el avance fundamental del Proyecto de Declaración al considerar la vida política de la comunidad como un factor preponderante en la delineación de la autonomía del pueblo indígena. Esto no se había considerado en instrumentos tan importantes como el Convenio 169 de la OIT. Es desde esta perspectiva que deben leerse las estipulaciones hechas en la Carta Política, ya que otras interpretaciones pueden recortar el

4

Véase cdi.gob.mx/conadepi/iii/cletus/colombia.pdf

ámbito de la autonomía a terrenos que no tocan lo político, lo que cercena gravemente las posibilidades de los pueblos indígenas en la lucha permanente por su dignidad y la garantía de sus derechos.

En relación con el segundo ámbito, la Constitución Política establece dos cargos de senadores y hasta cinco de representantes al Congreso Nacional, reservados constitucionalmente para legisladores representantes de los indígenas (art. 171).

La Ley 21 de 1991 refuerza y complementa el marco de protección de los derechos indígenas plasmados en la Constitución. Reglamenta estos derechos y ratifica y hace ley nacional el Convenio 169 de la OIT sobre poblaciones (**pueblos?**) indígenas y tribales en países independientes. A este aparato normativo se suman varias leyes y decretos adicionales para la protección de dichos pueblos, pero que en la actualidad ya no tienden a protegerlos, sino a anular los derechos conquistados, como lo veremos más adelante.

Con la consagración de los derechos mencionados, la Constitución de 1991 marca una nueva fase en las relaciones de los pueblos indígenas (y de los demás grupos étnicos de Colombia) con el Estado colombiano, al consignar tres principios hasta entonces inéditos en la historia constitucional del país:

- El principio de reconocimiento y de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7).
- El reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70).
- El principio de la autonomía normativa y judicial de los pueblos indígenas (art. 246).

LA “DESILUSIÓN CONSTITUCIONALISTA” Y EL QUEHACER

Entre el reconocimiento formal y la violencia real

Pese al reconocimiento de país pluricultural y a los avances consagrados en la Constitución, los pueblos indígenas colombianos padecen hoy un etnocidio, están involucrados en un conflicto armado ajeno y son despojados de sus territorios por megaproyectos y transnacionales. Colombia está lejos de ser “un país en vía de integración étnica”:⁵ si bien tiene una

⁵ Naciones Unidas, Informe del señor Maurice Glèlè-Ahanhanzo, relator especial, encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo y

nación multicultural, no es un Estado pluricultural, el reconocimiento constitucional sigue siendo insuficiente.

Llámesese etnocidio –como lo dicen los indígenas colombianos–, o genocidio –como se le denomina en el derecho penal internacional–, hoy por hoy, en el alba del siglo XXI, los pueblos indígenas están en alto riesgo y deben enfrentar amenazas graves para defender su supervivencia como pueblo, sus derechos conquistados ya con tanta sangre, su integridad y autonomía política, cultural y territorial.

Estas amenazas provienen hoy por hoy del conflicto armado, de proyectos de transnacionales y del Estado colombiano. El primero implica:

- La no observación por parte de los actores armados de la declarada condición de los indígenas de no participación en el conflicto.
- La injerencia por parte de los actores armados en sus territorios.
- El reclutamiento de jóvenes en sus filas.
- Los señalamientos como integrantes de una u otra banda de los actores armados. Eso genera conflictos y divisiones en las comunidades.
- Desorganización social (jurisdicción y gobierno propio en medio del conflicto y pérdida de legitimidad de las autoridades tradicionales).
- Asesinatos selectivos y desapariciones de líderes, hostigamientos.
- Amenazas y ataques a las comunidades, que las han obligado al desplazamiento forzado.
- Erradicación de cultivos ilícitos por fumigación aérea (la fumigación aérea de cultivos de coca y amapola amenaza no solamente la salud de los pueblos indígenas, sino también su seguridad alimentaria).

discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, 1997. “El relator especial comprueba que en Colombia existe desde la época colonial una discriminación racial persistente, estructural y económica debida a la dominación de los blancos sobre los indígenas y los afrocolombianos, sistema que está perpetuado por la educación, los medios de comunicación y la economía a través de las relaciones interpersonales, aunque ha surgido una gran esperanza con el cambio histórico e institucional que representó para el país la promulgación de la Constitución de 1991 (...). El relator especial ha comprobado que las poblaciones indígenas y los negros han sido y son marginados, son los más pobres y vulnerables y viven en condiciones económicas y sociales desfavorables (...).”

Según Villa y Houghton (2005), tras la aprobación de la Constitución de 1991 se han vivido dos fases diferenciadas en torno a la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Entre 1992 y 1996 se vive una etapa de expectativa y optimismo, en razón de los derechos conquistados con la redacción de la nueva Carta constitucional. En esta fase se observa una mayor capacidad de incidencia por parte del movimiento indígena, así como una evidente visibilización ante la opinión pública nacional. Así mismo, se consigue una mayor interlocución con variados organismos del Estado y se evidencia una mayor inserción en los escenarios de participación electoral.

En la fase siguiente, de 1997 en adelante, se muestra una dinámica denominada de “resistencia a la guerra”, que se genera por la agudización del conflicto armado y la constante afectación de los pueblos indígenas. Según Villa y Houghton (2005, 41) “Mientras en 1996 sólo 14 municipios de 9 departamentos registran hechos de violencia política [contra los pueblos indígenas], en 1997 el número de municipios se dispara a 44 en 16 departamentos”.

En 1998, las regiones del gran Urabá y el medio Atrato son el epicentro de una marcada tendencia de violaciones de los derechos humanos de integrantes de los pueblos indígenas. En los departamentos de Chocó (Carmen de Atrato), Antioquia (municipios de Mutatá, Murindó y Frontino) y Córdoba (Tierralta) se genera la mayor cantidad de violaciones. En este año, son asesinados 110 embera katío, y toda la comunidad fue víctima de diversas violaciones de sus derechos, sobre todo por parte de paramilitares (Villa y Houghton 2005, 43). En el año de 1999 se profundiza la dinámica y la violencia se concentra en las regiones anotadas. Al inicio se presenta el etnocidio contra el pueblo kankuamo, en el departamento del Cesar.

El pueblo nasa vive un masivo desplazamiento forzado en el municipio de Jambaló. En el año 2000, la violencia contra las y los indígenas se expande y golpea de manera predominante a este pueblo. En la mayoría de los casos actúa contra él la insurgencia y en el sector de Santander de Quilichao, los paramilitares. En 2001 puede constatarse con mayor claridad que las principales zonas de disputa territorial por parte de los grupos armados donde se afectan los pueblos indígenas son el departamento del Cauca, la Sierra Nevada de Santa Marta y el departamento de Putumayo. La masacre del Naya, donde se golpea de manera inmisericorde al pueblo nasa, es una muestra de las tendencias registradas.

En 2002 se cuentan 298 indígenas asesinados y heridos. Es el año más intenso en la ocurrencia de este tipo de violaciones. El departamento

de Putumayo se ve particularmente afectado como resultado de la implementación del Plan Colombia en esa zona. También son permanentes el acoso contra los indígenas nasa en el departamento del Valle (municipios de Florida, Pradera y Jamundí), y los atentados contra los pueblos wiwa y kankuamo, en la Sierra Nevada.

En lo corrido del gobierno de Álvaro Uribe Vélez se ha agravado la situación de los pueblos indígenas. Hasta febrero de 2005⁶ se habían producido 496 asesinatos contra indígenas, más de la cuarta parte de todas las víctimas en los últimos treinta años (Villa y Houghton 2005, 49). En el mismo periodo se habían producido 65 desapariciones forzadas.

Por otro lado, las amenazas de las transnacionales (que ya traen con sus proyectos la presencia de actores armados en los territorios indígenas) y del mismo Estado colombiano vienen a través de:

- Extracción de recursos naturales: (globalización) petróleo, minería, biodiversidad.
- Proyectos de desarrollo a gran escala o megaproyectos.
- Proyecto de ley de reforma agraria.
- Nuevo código de minería.

El Estado colombiano no garantiza plenamente el libre desarrollo de la cultura y de la forma de vida de las comunidades indígenas, que disponen de herramientas legislativas, políticas, económicas y sociales insuficientes para que se les otorgue la protección que merecen como grupos diferenciados. La posible aplicabilidad de los instrumentos que protegen los derechos indígenas ha sido entorpecida por la falta de voluntad política, que se observa en que ciertas iniciativas legislativas amenazan derechos ya consagrados en la Constitución. Es el caso de la Ley de Supresión de Trámites, que afecta directamente el mecanismo de consulta previa, institucionalizado por la Ley 21 de 1991.⁷

⁶ El gobierno de Uribe empezó el 7 de agosto de 2002.

⁷ La Ley 21 de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, exige al gobierno una consulta con las comunidades indígenas sobre los estudios de impacto ambiental. Define la realización de consultas, previas a la ejecución de proyectos de infraestructura, exploración y explotación de recursos naturales.

Esta Ley se ve como anulada por la Ley de Supresión de Trámites, que redujo el procedimiento de la consulta a 24 horas, sin perder el carácter de mecanismo de garantía de la integridad étnica, lo que fomentó decisiones unilaterales e incluso

Es ésta, entonces, una diversidad cultural bonita en las fotos de revistas pero inexistente en las políticas y los desarrollos legislativos nacionales. Se aplauden las diferencias culturales en el folclor, siempre y cuando no interfieran con los conceptos sobre el derecho y el Estado. Se refuerza de esta manera la idea arriba descrita del multiculturalismo como racismo reprimido.

Como subraya el profesor De Lucas (2001), no se trata únicamente de diferencias sociales y culturales, también es evidente la inequidad de las relaciones, es decir, la asimetría en el ejercicio del poder. Porque los pueblos indígenas de Colombia no son solamente diferentes: son además y sobre todo desiguales.

Por el reconocimiento social y político

Después de la positivación de derechos indígenas en la Constitución de 1991, comienza una “época de ilusiones constitucionalistas, que se concretan en la defensa ingenua –por parte del movimiento indígena– del proyecto de nación” (Houghton 2001b). Es una época breve:

(...) al tiempo, esa Constitución abrió la compuerta a la más grande agresión contra los pueblos indígenas: los megaproyectos de infraestructura y explotación de recursos naturales (...) con la conciencia de esta realidad, al interior de las organizaciones y

arbitrarias por parte del gobierno. La situación se pone cada vez más grave cuando el Estado colombiano negocia contratos de exploración, prospección y explotación de recursos de la biodiversidad, sin tener en cuenta a las autoridades indígenas.

Ejemplos de la mencionada situación son los casos del pueblo u’wa, en el centro-oriente del país, enfrentado a los proyectos de extracción petrolera por parte de una transnacional en sus territorios ancestrales, y del pueblo embera katío, en el departamento de Córdoba, parte de cuyos territorios se están anegando por el llenado de la represa hidroeléctrica Urrá I. Los kofán, los guahíbo, los sáliva, los bari-motilón son otras comunidades indígenas que han padecido los rigores del impacto de las explotaciones petroleras que se hacen en su territorio, sin cumplir con los procesos de concertación, ni con los procedimientos legales contemplados en las normas para la consulta a las comunidades afectadas.

Las organizaciones indígenas han denunciado que las empresas petroleras, mineras y madereras que explotan los recursos de los territorios indígenas han promovido impactos en las etnias, en la reducción de sus territorios, en la violencia, colonización, encarecimiento de la vida, aculturación, contaminación de las aguas, pérdida del bosque, de la caza, la pesca y la recolección, pérdida de tranquilidad e invasión de lo sagrado.

autoridades indígenas se fue finalizando la época de la ilusión constitucionalista (Houghton 2001b).

Muchos testimonios ilustran esta desilusión amarga de los pueblos indígenas y de sus organizaciones:

Hemos ganado en esta década, por vía legislativa, más derechos que en ningún reconocimiento de la multiculturalidad del país, de nuestras lenguas, de nuestras formas propias de gobierno y ejercicio de justicia, las entidades territoriales indígenas, la circunscripción especial indígena, la participación en los Ingresos Corrientes de la Nación, la Comisión Nacional de Territorios, la Mesa Permanente de Concertación, y la adopción del Convenio 169 de la OIT ratificado por la Ley 21 de 1991, entre los muchos que a diario firma el Estado colombiano.

Para los Pueblos indígenas, el problema no lo constituye la falta de leyes. No. El asunto es la aplicabilidad de estos instrumentos, de un lado por quienes debemos ser los sujetos activos de uso y aplicación de estos derechos, y de otro la falta de voluntad política y de iniciativas bien intencionadas de quienes deben hacer cumplir éstos (ONIC 1999).

(...) No exigimos nada distinto a lo que la misma ley nos concede y no utilizamos medios diferentes a los que la misma ley nos permite... ¿Qué tenemos que hacer para que se cumpla la ley? Si alguno de Ustedes sabe, por favor dígallo, que lo que hemos hecho hasta ahora para nada nos ha servido (OIA, 1998).

A pesar de la Constitución de 1991 que reconoce que somos un estado multiétnico y pluricultural, en la realidad éste no se ve, porque ese modelo aún no está construido, solamente está escrito en el papel.

Toda la cuestión política de nuestros gobiernos, que por un lado dicen que somos un Estado multiétnico y pluricultural, pero por el otro lado están de acuerdo con la globalización económica, no encaja, es como el aceite y el agua, porque la globalización no respeta las diferencias. La globalización tiene un punto concreto que es el exterminio de la diferencia, porque ahí lo que prima es la parte económica.⁸

⁸ Palabras de Abadio Green, presidente de la OIA y ex presidente de la ONIC, en el seminario "Diez años de la Constitución", realizado en la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 4, 5 y 6 de junio de 2001.

¿Qué decir frente a estas desilusiones e interrogantes? Podemos decir que la mera transformación de las leyes no garantiza el cambio en las estructuras sociales, ni en las relaciones de poder. Por estas razones, en los últimos años se habla de la *eficacia simbólica del derecho*, la práctica recurrente de aprobar normatividades donde, o se persigue la ineficacia de las mismas normas o se busca obtener objetivos que no se enuncian de manera explícita en dichas normatividades.⁹

Por ello, al reconocimiento jurídico debe corresponder un reconocimiento social y político de las capacidades y perspectivas de los pueblos indígenas. Se requiere establecer de verdad nuevas relaciones entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad en general. Dicho de otra manera, los pueblos indígenas, sus autoridades y los proyectos de vida que generen no deben considerarse como zonas aisladas de poder, nuevamente marginadas de lo que acontece en el resto del país, sino como constituyentes de relaciones de poder y relaciones sociales que inciden en el conjunto de la sociedad colombiana.

Por estas razones algunos estudios¹⁰ señalan que la Constitución de 1991 ha traído importantes renovaciones en materias como la defensa de los derechos fundamentales y la justicia constitucional, pero ha mostrado variadas carencias en aspectos tales como el modelo económico y la frustrada democratización del régimen político. Por esto, decimos que frente a los pueblos indígenas se nos muestra la misma paradoja: se reconocen importantes derechos, se avanza en la consolidación de su autonomía y se conquistan espacios importantes de participación política, pero al mismo tiempo son objeto de variados atentados contra buena parte de su territorio, así como contra la vida e integridad física de las y los integrantes de estos pueblos.

Contrastes y contradicciones

La Constitución Nacional, las leyes y las demás disposiciones normativas consagran la igualdad de las personas ante la ley. También los convenios internacionales favorecen el reconocimiento de los derechos humanos. Sin embargo, la estructura social, económica y cultural de la nación ha dado lugar a persistentes y agudos fenómenos de discriminación de personas y grupos sociales por razones de etnia o por circunstancias sociales y regionales.

⁹ Al respecto véase García (1993).

¹⁰ Véanse Uprimny (2001) y Mantilla y Múnera (2005).

Como se ha dicho, la Constitución abrió nuevos espacios pero no lo arregló todo. No basta con proclamar que Colombia sea multicultural para que lo sea. No basta hacer positivos unos derechos para que se realicen. En su crítica al enfoque jurídico de los derechos humanos, que choca con algunas problemáticas que lo rebasan,

(...) si bien la lucha por el reconocimiento jurídico de derechos refleja subjetividades empoderadas y que pugnan por reconocimiento y poderes sociales, el reconocimiento jurídico no es más que el reconocimiento de la legitimidad de una demanda determinada. Este reconocimiento es un elemento que da fuerza legal a la demanda, pero no la garantiza en absoluto.

No sólo es necesario un determinado poder social y político para lograr un reconocimiento formal de un derecho. Sigue siendo necesario a menudo mucho más poder para su realización (Herrera 2000, p. 184).

Gutiérrez hace una precisión importante, de la que muchas veces no tienen conciencia los movimientos populares:

El ámbito jurídico es

un ámbito de lucha abierto pero no neutral y desigual, porque exige a todos los actores de la lucha el reconocimiento de la legitimidad del sistema jurídico y del marco de acción por él posibilitado. De este modo, queda cerrada la posibilidad de una lucha que no reconozca la legitimidad de dicho sistema jurídico y del orden social correspondiente (...). (Gutiérrez, 2000)

Mark Tushnet (2001) ha señalado que el discurso de los derechos en abstracto puede generar problemáticas tales que desembocarían en una probable inutilidad política de dichas categorías para los movimientos sociales. En primer lugar, Tushnet señala que los derechos son inestables si no se analizan en un contexto social específico, por lo que el debate sobre los derechos nos remite a las acciones ligadas con un objetivo político claro: la sociedad deseable, la sociedad que queremos tener.

En segundo lugar, debemos tener presente que es usual que al reclamar la garantía de un derecho determinado, nuestro opositor replique argumentando a su vez la garantía de otro derecho (piénsese en el derecho al territorio de una comunidad, frente al derecho a la propiedad de un individuo o un grupo de capital). Por último, cuando exigimos un derecho nos embarcamos en una experiencia política concreta que tiene

valor en sí misma y que puede ir más allá de la reivindicación de los derechos, ya que éstos son medios vinculados a fines políticos determinados: bienestar, igualdad, autonomía, dignidad humana, etc. Si los derechos se conciben como fines aislados tienden a la reificación y pueden frustrar determinadas alternativas emancipatorias.

ADECUACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN INDÍGENA Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La Constitución Política positivizó los derechos indígenas: reconoció a los indígenas como ciudadanos y pueblos diferentes al resto de la nación, consideró sus culturas con igual dignidad y valor que las del resto de colombianos y les otorgó derechos colectivos específicos. Eso representa una innovación importante, pero al mismo tiempo genera grandes tensiones teóricas y prácticas.

¿Hasta dónde pueden llegar los derechos propios y la autonomía de los pueblos indígenas? ¿Debe un Estado multicultural aceptar todas las decisiones autónomas de los pueblos indígenas, incluso aquellas que vulneren derechos individuales de sus miembros o que se opongan a intereses de la mayoría numérica de los colombianos? ¿Cómo armonizar la jurisdicción propia de los pueblos indígenas con la legislación estatal nacional?

Los problemas surgidos por la gestión de sociedades multiculturales no son más que el telón de fondo de viejas cuestiones: el acceso al poder y a la riqueza, y el reconocimiento de la capacidad de constituir y reconstituir el espacio público, de establecer las reglas del juego y los objetivos, de acordar lo valioso. Son asuntos propios tanto de la soberanía del Estado, como del orden internacional.

Con el ascenso del multiculturalismo las cuestiones identitarias y las exigencias del pluralismo cultural se colocan en primer plano. ¿Cuál es su relevancia? ¿Qué valor hay que atribuir a la cultura y a sus expresiones específicas? ¿Cómo mantener la igualdad y el consenso mínimos?¹¹

El reconocimiento y la garantía de los derechos humanos en las sociedades multiculturales plantean problemas conceptuales y normativos a la noción de derechos humanos, y por ende, a la de derechos fundamentales. Frente a estos interrogantes y tensiones se destacan dos posiciones opuestas:

¹¹ Javier de Lucas, clases del programa de doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, enero de 2001.

Los traumas psicológicos y sociales que causa la violencia entre las poblaciones indígenas son incalculables. El más alto grado de vulnerabilidad lo demuestran los niños y las niñas menores de 18 años, las mujeres y los ancianos. A finales de 2003, los medios de comunicación informaron de una serie de suicidios entre niñas emberas en el departamento de Chocó, atribuidos a la depresión colectiva causada por los horrores del conflicto armado

- Una, la de los pueblos indígenas y de sus defensores, que preconiza maximizar la autonomía de los pueblos indígenas.
- Otra, más cercana a la tradición liberal, que opta por minimizar esta autonomía y porque prevalezcan los derechos individuales y la soberanía del poder central sobre cualquier complejo de normas propias y de autonomías territoriales.¹²

Papel de la Corte Constitucional

Los megaproyectos y la explotación de recursos en territorios indígenas son casos emblemáticos de estas tensiones. Generan conflictos entre los intereses de los pueblos indígenas frente a gobiernos y transnacionales, que alegan los derechos individuales al trabajo y la libertad económica, entre otros. Corresponde a la Corte Constitucional medir y resolver estas tensiones. Debe pronunciarse en torno a la manera de armonizar el principio del respeto y de la promoción de la identidad cultural con el principio constitucional de que los recursos del subsuelo pertenecen a la nación.

En general, compete a la Corte Constitucional, en la estructura organizativa del Estado, decir la última palabra con respecto a la interpretación de la Constitución. Le corresponde pronunciarse acerca de la relación de jerarquía y de prioridad en la que, en cada situación, se encuentran los principios y los derechos relativos a los pueblos indígenas con respecto a los otros principios y derechos constitucionales:

La sopesación de los principios de diversidad étnica y cultural *versus* unidad política y protección de los derechos fundamenta-

12

En la primera parte de este trabajo se hace referencia a este debate.

les, conforme a la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos.¹³

Varios interrogantes

La autonomía indígena, tal como la contempla la Constitución, formula importantes dilemas en los siguientes sentidos:

- Con respecto al manejo de los recursos ubicados en territorios indígenas.
- En relación con la jurisdicción y el derecho indígena formalmente reconocidos (art. 246).

Sin embargo, este reconocimiento formal de la autonomía y de la jurisdicción consagrado tanto en la Constitución colombiana como en el Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, por su formulación tan general no da las herramientas efectivas para resolver los conflictos de derechos que pueden surgir. Y más bien tiende a limitar el mismo concepto de autonomía de las comunidades indígenas, ya que según su artículo 8 (Convenio 169, OIT), los pueblos indígenas

deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Estimar la jurisdicción indígena plantea interrogantes sobre los derechos humanos que retan algunos supuestos generalizadores del pensamiento liberal sobre la relación entre los derechos colectivos y los individuales. Una pregunta fundamental al respecto está relacionada con el posible conflicto entre el derecho a la propiedad individual (punto nodal del discurso liberal) frente a los derechos colectivos a la autonomía y al

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996, magistrado ponente (M. P.), Eduardo Cifuentes Muñoz.

territorio de los pueblos indígenas. En caso de conflicto entre uno y los otros cabe preguntarse: ¿cuál prevalece?

Como lo mencionábamos, la Constitución colombiana reconoce el pluralismo jurídico, pero establece limitaciones formulando, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, que la jurisdicción indígena no puede entrar en contradicción con los derechos fundamentales, tales como son reconocidos en el derecho nacional e internacional, o sea con la Constitución y las leyes. Esta formulación plantea un dilema que identificó la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-349 de 1996, relacionado con los derechos a la supervivencia y la diversidad cultural. Esa sentencia señaló que tales limitaciones a la autonomía indígena, al ser aplicadas a la letra, imposibilitan la garantía plena de los derechos indígenas.

En dicha sentencia esa Corte declaró que la referencia a la “Constitución y la ley” como restricciones sobre la jurisdicción indígena no debe entenderse en un sentido de que todas las normas constitucionales y legales deben ser aplicables pues eso reduciría el reconocimiento de la diversidad cultural a mera retórica. Una característica fundamental de la jurisdicción indígena es la idea de que en cuanto a sus asuntos internos, la autonomía indígena debe ser máxima y restringida sólo por los derechos fundamentales, es decir, por el derecho a la vida y la protección de la esclavitud y de la tortura. Se argumenta que el respeto para con este núcleo de derechos fundamentales que definen un núcleo de dignidad humana esencial y transcultural, provee la base mínima para el diálogo intercultural.

Por ello, la Corte utiliza una regla para el intérprete: maximizar la autonomía indígena y, por tanto, minimizar las restricciones a las indispensables, para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

Pese a la posición avanzada de la Corte Constitucional, ésta todavía limita la autonomía indígena.

Descripción y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

4

El propósito de este capítulo es describir en forma analítica las principales sentencias de la Corte Constitucional sobre los *derechos fundamentales colectivos* de los pueblos indígenas de Colombia. Se hace con un criterio general: mostrar cómo la jurisprudencia constitucional ha interpretado los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, teniendo presente que el tratamiento jurisprudencial de estos derechos continúa haciéndose en términos del sistema jurídico occidental, aunque en varios aspectos se hayan dado algunos pasos por superar la visión liberal-individualista.

Además, este aparte se formula las siguientes preguntas:

- ¿Sobre la base de cuáles elementos interpretativos se ha desarrollado la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) indígenas en el escenario constitucional?
- ¿Cuáles derechos con la connotación de económicos, sociales y culturales se han reconocido a los pueblos indígenas, cuáles son sus contenidos y los argumentos con los que se les ha protegido?

A nuestro juicio, el material acopiado sobre DESC en los términos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución es muy reducido. Mientras tanto, los derechos colectivos de los pueblos indígenas sí gozan de una amplia interpretación jurisprudencial. Por ello, los derechos que integran los DESC para esta población se abordarán desde una perspectiva étnica, y se ubicarán unos

elementos generales que integren la protección y la exigibilidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Se requiere precisar lo que ha dicho la jurisprudencia sobre los DESC indígenas para luego intentar una comprensión interétnica de tales derechos.

Sin lugar a dudas, esta jurisprudencia ha refundado la categorización de los derechos en general. Falta ver si ello abre campo, avala o crea canales de diálogo con las visiones de las comunidades indígenas sobre los derechos. Éste es un trabajo distinto, que aún está por hacerse.

En ese marco, se analizarán las sentencias alrededor de los siguientes aspectos:

- El sujeto colectivo de derechos fundamentales.
- Los DESC en sentido estricto.
- Los derechos derivados de la integridad étnica, cultural y social.
- Los derechos derivados de la concepción de territorio indígena.

SUJETO COLECTIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES: RUPTURA CON LOS PARADIGMAS LIBERALES DEL DERECHO

Los debates en el escenario internacional sobre la integralidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos han sido largos. Sin embargo, el constituyente colombiano de 1991 no asumió hasta las últimas consecuencias la perspectiva de la integralidad de los derechos. Distinguió categorías y divisiones insostenibles hoy día entre los derechos humanos,¹ y le reconoció exigibilidad inmediata sólo a los derechos civiles y políticos. El artículo 86 de la Carta Magna otorgó el carácter exclusivo de derechos fundamentales a los derechos civiles y políticos, de modo que tanto los derechos sociales como los colectivos se concibieron como mandatos programáticos, dependientes de políticas públicas y del crecimiento económico.

¹ La Declaración y Programa de acción de Viena de 1993 afirma lo siguiente: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

No obstante, la Corte Constitucional creó un hito en la jurisprudencia colombiana con la sentencia T-406 de 1992, que introdujo en el ordenamiento jurídico la tesis de *conexidad*. Por medio de esa tesis, un derecho económico, social o cultural puede ser amparado en forma inmediata, si su vulneración afecta directamente un derecho fundamental. A pesar de que a través de esta figura se han obtenido importantes resultados en una amplia variedad de casos concretos, la aplicabilidad de los DESC sigue subordinada a los derechos civiles y políticos ya que, en suma, en este tipo de casos la garantía de los derechos sociales es una consecuencia de la garantía de otros derechos.

Existen otras excepciones, introducidas por vía jurisprudencial a la regla general del amparo inmediato de los derechos fundamentales de carácter individual. Por ejemplo, aquellas que han configurado ciertos conjuntos de derechos de los que son titulares las poblaciones consideradas en condición de vulnerabilidad y que, por dicha circunstancia, se les otorga una protección especial. Este es el caso del trato diferencial que la jurisdicción constitucional otorgó a los pueblos indígenas del país.

Presupuestos hermenéuticos

En el avance en materia de la protección integral de la diversidad étnica y cultural de la nación es fundamental el desarrollo jurisprudencial que la Corte ha dado a los derechos de los pueblos indígenas. Lo es puesto que procura establecer una doctrina diferenciada y coherente. Eso ha permitido en muchos casos salvaguardar los DESC y los derechos colectivos de estas minorías étnicas.²

La mayor parte de fallos que protegen DESC y derechos colectivos de las comunidades indígenas se han construido a partir de una interpretación garantista (favorable a los intereses de estas comunidades), sobre la base del principio constitucional de diversidad étnica y cultural, un valor fundante del nuevo modelo de Estado social de derecho adoptado por el constituyente primario y soporte de la unidad nacional en la diversidad de los pueblos. Otro soporte de la jurisprudencia constitucional es el criterio según el cual para alcanzar la igualdad material se debe introducir un trato preferente (discriminaciones positivas) para las minorías en situación de inferioridad manifiesta.

² Aunque estos tratos especiales son también insuficientes, dado el alto grado de vulneración de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia.

Con estos presupuestos hermenéuticos, la Corte Constitucional ha desarrollado una notable línea jurisprudencial sobre derechos de los pueblos indígenas. Es una línea que se aparta de los tradicionales conceptos liberales-individualistas que han dominado el derecho positivo y la cultura jurídica del país.

Concepto de sujeto colectivo de derechos

La concepción del *titular de los derechos* es un primer y decisivo aporte conceptual de la Corte Constitucional en sus fallos sobre derechos indígenas. La alta corporación reconoció el estatus de sujeto colectivo de derechos fundamentales a la comunidad indígena. Concibió a los grupos indígenas como sujetos de derechos en sí y no como una sumatoria de individuos con derechos propios.

Al romper con el modelo liberal de los derechos fundamentales, la idea de un sujeto colectivo indígena introdujo dos avances en la interpretación de los derechos constitucionales: uno, con respecto a la adjudicación de los derechos fundamentales que, en este caso, en principio, no se reconocen a individuos sino a colectividades. En segundo término, en relación con los mecanismos constitucionales de protección: la acción de tutela, a juicio de la Corte, es un recurso procedente para amparar en forma directa tales derechos fundamentales de las comunidades indígenas y ya no por aplicación del criterio auxiliar de la conexidad. En la sentencia T-380 de 1993,³ la Corte sustentó la legitimación en la causa que tienen las comunidades indígenas para accionar por vía de tutela la protección de sus derechos colectivos.

Por otra parte, mediante la sentencia de unificación SU-510 de 1998, la Corte señaló una lista de derechos que merecen protección inmediata para preservar la integridad de los pueblos indígenas:

- *El derecho a la subsistencia*, derivado de la protección constitucional a la vida (CP, art. 11).
- *El derecho a la integridad étnica, cultural y social*, que se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (CP, arts. 1° y 7°) sino también de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP, art. 12).
- *El derecho a la propiedad colectiva* (CP, arts. 58, 63 y 329).

3

M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- *El derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios* (CP, art. 330).⁴

Esta lista se ha ido ampliando con nuevos derechos fundamentales, todos en buena medida identificables con los DESC.

En la sentencia T-380 de 1993 se otorga por primera vez a la comunidad indígena legitimación en la causa para demandar la protección de sus derechos en calidad de sujeto colectivo de derechos fundamentales, pero también se acepta que esta protección se haga por vía de agencia oficiosa. Con ello se avala que las organizaciones sociales interesadas en la defensa de estos pueblos y los organismos estatales encargados de la protección de derechos humanos instauren recursos de amparo a nombre de las comunidades indígenas vulneradas en sus derechos.

La agencia oficiosa se justifica debido a la falta de condiciones que tienen muchas comunidades indígenas para promover su propia defensa, producto del aislamiento geográfico, del desconocimiento jurídico, de la incapacidad económica y de las limitaciones de lenguaje que presentan.⁵

Sentencia significativa

Con la sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional se pronunció respecto de los derechos colectivos del resguardo embera-katío del río Chajeradó, en el municipio de Murindó, Antioquia, comunidad gravemente afectada en el goce de varios derechos colectivos entre 1988 y 1990.⁶ La empresa particular Maderas del Darién explotaba cerca de 4.300 hectáreas de bosque húmedo tropical en territorio indígena, con la omisión de la Corporación Autónoma Regional Codechocó y mediante convenio celebrado con algunos miembros del cabildo de Chajeradó.

En este significativo fallo se otorga a la comunidad indígena, atendiendo al principio de diversidad étnica y cultural, el estatus de sujeto de derechos fundamentales. Es decir, puesto que sus miembros comparten los

⁴ Corte Constitucional, sentencias T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-058 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Todas ellas citadas por la sentencia SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Esta tesis es aceptada en las siguientes sentencias: T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-342 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SU-383 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993.

mismos derechos o intereses colectivos emanados de su diversidad, la comunidad puede exigir el respeto a sus derechos fundamentales.

Dada la importancia del concepto de sujeto de derechos fundamentales, diversos fallos lo citan para tutelar los derechos colectivos de las poblaciones indígenas:⁷

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias (...) 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* (CP, arts. 1, 7 y 14) (énfasis agregado).

Al concebir a los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derechos fundamentales se les otorga una protección ampliada. Muchos de los derechos reclamados por las comunidades a través de la acción de tutela son DESC o derechos colectivos, que pueden reclamarse así dada su importancia para la vida digna de los indígenas, y lo puede hacer la comunidad, en cuanto colectividad en forma directa. Esto rompe con la posición tradicional de la Corte Constitucional que circunscribe la titularidad de los derechos fundamentales a sujetos individuales o perfectamente individualizados. En el campo de la jurisprudencia indígena, el sujeto es la colectividad, dotada de todos los derechos, entendidos desde una perspectiva integral (Chincilla 1999, 108 y 109).

En síntesis, la integralidad de los derechos se soporta en:

- El principio de diversidad étnica, cultural y social.
- En los preceptos de la existencia como pueblos con una vida digna.

⁷ Corte Constitucional, sentencias T-001 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-007 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell; SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

- En el presupuesto de que los frágiles sistemas sociales de las comunidades indígenas hacen surgir obligaciones de protección para el Estado.

SENTENCIAS SOBRE DERECHOS INDÍGENAS

De acuerdo con la aproximación a los derechos con contenido económico, social y cultural, las sentencias se pueden examinar en tres categorías:

- Aquellas que amparan los DESC de los pueblos indígenas a partir de una concepción estricta de estos derechos, es decir, a partir de la forma como están consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución.
- Aquellas sentencias en las que se pueden derivar tales derechos de la aplicación del derecho a la integridad étnica, cultural y social.
- Las sentencias que contienen la noción de territorio indígena y de sus recursos naturales que sirven para conformar la concepción de vivienda digna para los pueblos indígenas.

Sentencias sobre DESC en sentido estricto

Un conjunto de sentencias reconoce que los pueblos indígenas son titulares de los DESC en sentido estricto. Es decir, titulares de unos derechos tal como los concibe la cultura jurídica occidental en los instrumentos internacionales que los consagran. Por ejemplo, la sentencia T-007 de 1995 reconoció que los DESC son derechos fundamentales de la comunidad wayúu de Manaure. En otras sentencias, la alta corporación indica que ciertos derechos sociales deben garantizarse a los pueblos indígenas, por ejemplo, el derecho a la salud.

El derecho a la salud de las comunidades indígenas se interpreta desde la perspectiva occidental; las sentencias presentadas aquí se basan en el régimen de prestación del servicio a la salud adoptado por la Ley 100 de 1993.

En relación con el derecho a la vivienda, los pronunciamientos de la Corte no se refieren al contenido y significado de la unidad habitacional indígena. Pero de otra parte, y aunque no implica necesariamente una perspectiva étnica, la alta corporación ha contemplado un concepto de hábitat que incluye todos los elementos presentes en el territorio indígena.

Llama la atención también la ausencia de desarrollos jurisprudenciales frente al derecho a la etnoeducación, derecho constitucional es-

pecífico emanado del principio de la diversidad étnica y cultural. Lo mismo ocurre con otros derechos tradicionalmente ubicados en el marco de los DESC: la seguridad alimentaria, el trabajo, el saneamiento básico, entre otros. Tampoco en relación con ellos hay desarrollos en las sentencias referidas a asuntos indígenas.

Los DESC como derechos fundamentales

La sentencia T-007 de 1995 (mencionada anteriormente) es la única que se ha pronunciado ampliamente acerca de los DESC en sentido estricto para una comunidad indígena. En tal fallo, la Corte reconoce a estos derechos el carácter de fundamentales, por cuanto son necesarios para materializar la integridad étnica, cultural, social y económica de la etnia wayúu y alcanzar la justicia material. Así se mengua una historia de exclusiones y discriminaciones sufridas por este pueblo indígena.

El fallo fue resultado de una acción de tutela interpuesta por tres procuradores delegados (en lo civil, para los derechos humanos y para asuntos agrarios), en nombre de la comunidad wayúu de Manaure, en La Guajira. Se dirigía a obtener el cumplimiento del acuerdo del 27 de julio de 1991, mediante el cual diferentes entidades del Estado se obligaron a constituir una empresa de economía mixta con la participación de la comunidad wayúu en un 25% del capital social y a crear un fondo de bienestar social y desarrollo, bajo el control pleno de la comunidad.

En ese mismo acuerdo, el Estado se comprometía a otorgar trabajo, seguridad social y servicios públicos a la comunidad indígena wayúu, a construir el hospital de Manaure y un centro educativo, a suministrar agua para consumo en el área ocupada por dicha comunidad, y a mantener la posibilidad del sistema de recolección manual de la sal utilizado por el Banco de la República desde 1936.

La Corte consideró que la comunidad wayúu tenía una estrecha y centenaria vinculación con la actividad de la explotación de sal en Manaure, de donde obtenía el ingreso más importante y significativo para su subsistencia. Además, que el espacio de explotación constituye su hábitat ancestral. Esto hizo que la explotación de Manaure a cargo de la nueva empresa se organizara como un mecanismo de protección a la comunidad indígena, manteniendo el sistema de recolección manual utilizado por el Banco de la República desde 1936, donde empleaba de manera temporal la mano de obra de unos 3 mil indígenas.

La ley autorizó la liquidación de la Concesión Salinas y simultáneamente dispuso la organización de una nueva sociedad de economía

mixta, del orden nacional: Salinas Marítimas y Terrestres de Colombia S.A., vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico. Sin embargo, mientras se terminaba y liquidaba la empresa, se paralizó prácticamente la producción de sal y cayó la infraestructura, lo que puso en aprietos la estabilidad económica de la nueva entidad. Además, por negligencia del Estado, nunca se crearon ni la sociedad de economía mixta, ni el Fondo de Bienestar Social y Desarrollo.

Señala la Corte:

(...) a juicio de la Sala, el compromiso asumido [por el Estado] tiende a hacer efectivos derechos que se estiman fundamentales, no meramente programáticos, sino ciertos y reales, que se consideran medulares para la supervivencia y el desarrollo socio-cultural de la etnia Wayúu como grupo social que merece la especial protección del Estado en los términos de los artículos 1, 7 y 8 de la CP.

La Corporación sostuvo que el Estado debe promover el principio de igualdad a través de acciones que permitan alcanzar la justicia material de comunidades que han sido discriminadas y marginadas durante años (véase sentencia T-342 de 1994 sobre protección de los nukak-makú). Todo lo cual se puede alcanzar con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo demandado que materializa los DESC del pueblo wayúu.

El derecho indígena a la salud

La concepción del derecho a la salud con perspectiva étnica se encuentra consagrada en la Ley 21 de 1991 (correspondiente al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo), la Constitución Política, la Ley 691 de 2001 y el Decreto 1811 de 1990, donde se concibe el derecho a la salud de los pueblos indígenas como aquel que trasciende la afiliación al régimen de salud, para ubicarse en el plano de la complementariedad entre medicina occidental y medicina tradicional.

El derecho integral de salud con perspectiva étnica respeta la medicina tradicional del pueblo indígena, atendiendo sus necesidades culturales y cosmogónicas específicas e integrándola a la medicina occidental. Las sentencias de la Corte no aportan a esta concepción, lo que muestra de su parte un absoluto desconocimiento de los derechos étnicos. En cambio, sí hay sentencias referidas al acceso al régimen subsidiado.

Las organizaciones indígenas denunciaron ante el Relator Especial los efectos negativos de las fumigaciones indiscriminadas, incluyendo daños al medio ambiente (suelos, fauna, flora y agua), destrucción de cultivos de subsistencia y daños directos a la salud de las personas (incluyendo malformaciones genéticas). (...) Los pueblos indígenas perciben las fumigaciones aéreas de los plantíos de coca como una violación más de sus derechos humanos, y salvo en pocas instancias en las que han dado su consentimiento a esta práctica, se resisten activamente a ella, lo cual una vez más los estigmatiza como presuntos simpatizantes de la guerrilla, tal como sucedió a raíz de las marchas de defensa organizadas por algunas comunidades indígenas en contra de las fumigaciones. La Defensoría del Pueblo informa que ha recibido 318 quejas por la afectación de 6.070 familias y 5.034 hectáreas, por efectos de la fumigación en tres municipios del Putumayo en julio de 2002.

Comunidad como beneficiaria

La sentencia C-282 de 1995 se pronuncia frente a una demanda de inconstitucionalidad por omisión. En ella se acusa al artículo 157 de la Ley 100 de 1993 de no incluir en su texto la definición de “comunidades indígenas” aprobada debidamente en las plenarias de Senado y Cámara. En primer lugar, la comisión redactora omitió las definiciones de los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud acordadas en los últimos debates. En segundo lugar, le otorga facultades al Consejo Nacional de Seguridad Social para definir y reglamentar los grupos de afiliación prioritaria al subsidio, por lo cual sostienen que la mencionada ley se encuentra incurso en la causal de inconstitucionalidad por vicios de forma según lo establece el numeral cuarto del artículo 241 de la Constitución Nacional.

La Corte Constitucional sostuvo que entre el texto del artículo aprobado por la Plenaria del Senado de la República y el aprobado por la Cámara de Representantes existen diferencias sustanciales. Según la Corte, esta diferencia de textos llevó a la comisión accidental a conciliar las diferencias existentes. Así, surgió una nueva norma en la que se elimina-

ron las definiciones de los grupos beneficiarios del régimen subsidiado de salud, entre ellas, la de comunidades indígenas, a que aluden los demandantes. Asegura que la cobertura de servicios para los pueblos indígenas no ha sufrido mengua alguna y por ello concluye:

La ausencia de definición, en la ley acusada, de la expresión ‘comunidades indígenas’, no vulnera el derecho a la salud de las personas que las conforman, pues la misma norma acusada las enuncia como sujetos del régimen subsidiado de salud, y por tanto, beneficiarias de los servicios correspondientes

y declara exequible la norma demandada. La sentencia es importante en cuanto reafirma la condición de beneficiarios al Régimen Subsidiado en Salud que ostentan las comunidades indígenas.

Reconocimiento y también retroceso

Una sentencia anterior se refirió a la responsabilidad del Estado colombiano frente a la atención de salud de los pueblos indígenas, aunque no se pronunció específicamente sobre el derecho a la salud. Se trata de la sentencia T-342 de 1994, que se pronunció sobre el caso de los nukak-makú, en contra de la Asociación Nuevas Tribus de Colombia:

El Estado Colombiano es, en principio, el primer obligado a prestar el servicio público de la salud a los “Nukak-Makú”, sin que ello excluya la posibilidad de que dicho servicio sea prestado a través de entidades privadas como la “Asociación Nuevas Tribus de Colombia”; pero en este caso se halla facultado para ejercer vigilancia sobre las actividades que respecto a la atención de la salud haga la Asociación dentro de la comunidad indígena “Nukak-Makú”, pues para asegurar la vigencia del principio de la eficiencia, el Estado debe controlar las condiciones en que se desarrolla el servicio, así como sus resultados.

A juicio de la Sala, la aplicación de métodos, medicamentos o tratamientos excepcionales o extraños a los que tradicionalmente son aceptados por la comunidad, como los que utiliza la referida Asociación, no atentan, en principio, contra la diversidad étnica, religiosa y cultural que se les reconoce y es objeto de protección estatal, porque sus características congénitas y socioculturales continúan incólumes.

La Corte reconoce la responsabilidad del Estado en la atención de salud de esta población, pero al mismo tiempo sostiene que otras personas pueden prestar dicho servicio bajo su vigilancia, incluso utilizando

métodos y tratamientos extraños a la medicina tradicional de los pueblos indígenas. Aquí, la jurisprudencia retrocede de manera evidente en lo relativo a las garantías legales sobre derecho a la salud.

Esas garantías se reconocen en la Ley 21 de 1991, en la que se ratifica el Convenio 169 de la OIT; en la Ley 691 de 2001 y en el Decreto 1811 de 1990. Todas son normativas en las que se estipula el respeto por la medicina tradicional y se opta por la coordinación entre ésta y la medicina occidental.

Suministro de medicamentos

El pueblo embera-katío del Alto Sinú solicitó amparo a su derecho a la salud en contra de la empresa Multipropósito S.A. Los indígenas explicaron que venían recibiendo atención básica en el hospital del municipio de Tierralta, pero no les suministraban los medicamentos recetados y debían adquirirlos por su cuenta.

En la sentencia T-652 de 1998, la Corte ordenó a la Alcaldía de Tierralta (municipio del departamento de Córdoba) que inscribiera a los miembros del pueblo embera-katío de ese municipio en el sistema general de seguridad social en salud. En su pronunciamiento reconoció la titularidad colectiva del derecho a la salud en cabeza de las comunidades indígenas (se citó la sentencia C-282 de 1995).

También instó a la misma Alcaldía a velar porque, además de atenderles debidamente, se les entregaran de manera gratuita las medicinas prescritas. En esta ocasión, también la Corte protegió el derecho a la salud. Sin embargo, como en las otras experiencias sobre sentencias referidas a la salud, no se pronuncia frente a las necesidades específicas de dicho pueblo en cuanto a sus prácticas tradicionales.

Defensa de un régimen especial

La sentencia C-088 de 2001 responde a las objeciones presentadas por el presidente de la República por inconstitucionalidad contra los artículos 5, 6, 8, 12, 14, 17, 20, 25 del proyecto de ley “Mediante el cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema de seguridad social en salud”. Este proyecto fue luego la Ley 691 de 2001.

En su exposición, el presidente considera que ese proyecto desconoce el principio de igualdad al privilegiar a las comunidades indígenas y discriminar a otros sectores sociales que también presentan una precaria situación socioeconómica.

De manera enfática, la Corte Constitucional recordó al señor presidente:

(...) el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural (CP, art. 7) justifica que se dicten disposiciones especiales dirigidas a las comunidades indígenas. Estas normas, en tanto que implican una distinción, deben basarse en razones suficientes que expliquen la diferencia de trato. En materia de salud, tal como lo pone de presente el Congreso de la República en su insistencia, existen elementos culturales (como la concepción de la enfermedad y su tratamiento) y socioeconómicos (como la existencia de una economía colectiva por oposición al mercado), que de no considerarse en su justa dimensión, hacen más difícil el acceso y disfrute efectivo de los beneficios del sistema de seguridad social en salud. En tales condiciones, resulta justificado que, en términos generales, se establezca un régimen especial de seguridad social en salud para tales comunidades. En todo caso, la Corte ha señalado que la existencia de tales regímenes, por sí mismos, no quebrantan la Constitución. Cabe advertir que esta compatibilidad general de la existencia del régimen con la Constitución, no implica *per se* la constitucionalidad de las normas concretas, que exigen un análisis individual, pues las medidas que se adoptan pueden contrariar la Carta Política.⁸

La corporación considera que estas medidas hacen parte de la denominada *discriminación inversa o positiva*, y están dirigidas a favorecer a la población indígena, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural y económico que la afectan. Se adoptan en relación con aspectos como el sexo o la raza, considerados por la Corte Constitucional como criterios sospechosos de discriminación o potencialmente prohibidos. Se producen además en una situación de especial escasez de bienes deseados. De ahí que el beneficio que se concede a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras.⁹

En una posición abiertamente garantista, el fallo sólo declaró la inexecutable de dos artículos: el artículo 20, porque los indígenas vinculados al régimen contributivo tienen la obligación de cancelar cuotas

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2001, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

moderadoras y realizar copagos. Como lo señala la ley, las razones culturales no los eximen del deber general de asistir a la financiación del sistema. Y el artículo 25, porque tiene alcances que exceden el objeto de la norma.

Como se dijo al comienzo, todas estas sentencias reconocen el derecho a la salud indígena en los términos de la Ley 100 de 1993.

Sentencias y derecho a la diversidad

Integridad y diversidad

Existen grupos humanos que poseen una historia independiente de la historia de la sociedad mayoritaria. Son además grupos compuestos por sociedades completas, con ordenamientos y estructuras propias en los campos jurídico, político, económico, social y cultural. Este es el caso de los pueblos indígenas y a esto se refiere el concepto de *integridad étnica, cultural y social*, entendida como el conjunto de elementos que garantizan la pervivencia de estos grupos humanos.

Dicho de otra manera, la integridad étnica, cultural y social se establece para garantizar el respeto de los derechos de comunidades e individuos que están unidos por un fin común. Esta acepción se configura a partir del *principio de diversidad étnica y cultural* y de la *prohibición de toda forma de desaparición forzada* de los miembros de las comunidades indígenas, de conformidad con lo expuesto en la sentencia SU-510 de 1998.¹⁰ Con ello se busca que los pueblos indígenas pervivan a los cambios culturales y socioeconómicos impuestos por un sistema neoliberal.

Algo más al respecto. Las características particulares que poseen los pueblos indígenas deben observarse como un todo: si se limita la protección de sus derechos a la esfera de los derechos civiles y políticos, desde una perspectiva estrictamente individual, se estarían desconociendo las aristas que garantizan la cohesión social de estas comunidades y con ello, exponiéndolas a la desaparición.

Para la pervivencia de un pueblo no basta que existan personas: es todo un entramado de relaciones el que evidencia la presencia de minorías étnicas con unos derechos particulares, que deben ser integrales para satisfacer la pervivencia como pueblos y no solamente como individuos diferenciados por su genotipo.

¹⁰

Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Necesariamente, la desaparición de un pueblo ancestral o de algunos de sus rasgos sociales y culturales afectan el principio de diversidad. Lo afectan como un derecho particular de los individuos vinculados a las minorías étnicas, pero también y sobre todo en el sentido de un pacto fundacional de nación. Este pacto se deteriora en la medida en que se sacrifica un pueblo asociado, algo que va mucho más allá del deterioro del patrimonio cultural de la nación.

En este aparte se trata la jurisprudencia en dos aspectos:

- Con respecto al principio de diversidad étnica y cultural.
- En relación con la prohibición de toda forma de desaparición forzada de los miembros de las comunidades indígenas.

Se exponen las tesis más significativas que desarrolla la Corte Constitucional relativas a la exigibilidad de tales derechos y, por esta vía, de sus DESC y sus derechos colectivos.

Principio de diversidad

El principio de diversidad étnica y cultural, consagrado en los artículos 1 y 7 de la Constitución Política, es transversal a la mayor parte de los fallos de la Corte Constitucional. La diversidad es un principio fundante del Estado social de derecho. En él confluyen la democracia y la participación integral de todos los ciudadanos de la República, a través de la inclusión de la multiplicidad de relaciones sociales y cosmogónicas que se encuentran en el país.

La Corte establece en diversas sentencias de tutela, unificadas en la sentencia SU-510 de 1998, lo siguiente:

(...) los artículos constitucionales número 8 (protección de la riqueza cultural de la nación), 9 (derecho a la autodeterminación de los pueblos), 10 (oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos), 68 (respeto a la identidad en materia educativa), 70 (cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas), 72 (protección del patrimonio arqueológico de la nación) y 329 (reconocimiento de entidades territoriales) emanan del principio de diversidad étnica y cultural.¹¹

¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-428 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; T-342 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-104 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Todas ellas se citan en la sentencia de unificación SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Cuando en estas sentencias se sostiene que los artículos mencionados se originan en el principio de diversidad étnica y cultural, se otorga a tales derechos el carácter de fundamentales, por su vinculación directa con un principio constitucional. Así lo estipula la sentencia T-406 de 1992: “Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con éstos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia”.¹²

Lo anterior obedece a que los principios constitucionales señalan obligaciones específicas al Estado que son de imperioso cumplimiento. En particular, los principales derechos entregados por el constituyente primario para la protección integral de las minorías étnicas se soportan en el principio de la diversidad, a pesar de que algunos de los derechos mencionados tienen el carácter de derechos económicos, sociales y culturales. Gracias a esta emanación, según las sentencias anotadas, pueden exigirse por vía de la acción de tutela en forma directa, sin necesidad de acudir al criterio de conexidad con otros derechos fundamentales para su amparo.

Dicho de otra manera, a partir del reconocimiento del principio de diversidad, la Constitución otorga a los pueblos indígenas unos derechos y los dota de acciones especiales, para su defensa.

Defensa de la integridad

La defensa de la integridad étnica y cultural, de la que son beneficiarios los pueblos indígenas, contiene un término amplio e indefinido, que puede presentar dificultades para su aplicación. Por ello, es de interés citar la sentencia T-349 de 1996, encargada de realizar una aproximación al término “etnia”. Aquí se precisa que esta categoría se aplica a grupos de personas que reúnen dos condiciones claramente definidas:

- Una subjetiva, referida a la conciencia étnica, entendida como:

La conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad, a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente (De Obieta 1989, 43).¹³

¹² Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

¹³ Citado en la sentencia T-349 de 1996.

- Una condición objetiva, referida al conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano (...). En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folclor) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos (De Obieta 1989, 38 y 39).

Esta aproximación conceptual permite determinar las personas amparadas por el derecho de integridad étnica, cultural y social, y entender las razones por las que el constituyente primario reconoció la diversidad de los pueblos aglutinados en el país en el Estado unitario.

Por último, el principio de diversidad sustenta, entre otras, las sentencias relativas a:

- Territorio indígena.
- Propiedad colectiva.
- Recursos naturales.
- Consulta previa.
- Jurisdicción especial indígena.
- Autonomía.

Como se ve, son variados los temas que se basan en este principio constitucional. Varios de ellos se tratarán enseguida.

Cambios de la Corte

La sentencia T-342 de 1994 (referida a los nukak makú) permite concluir que el acercamiento intercultural puede ser amplio e incluso, proponer transformaciones a las prácticas culturales de los pueblos indígenas, siempre que no sea en forma coactiva e interviniendo con el libre albedrío de las comunidades indígenas.

La demanda que dio origen a la sentencia se interpuso en contra de la Asociación Nuevas Tribus de Colombia, por establecer una pista de aterrizaje y viviendas permanentes en el sitio denominado Laguna Pabón, centro del territorio nukak-makú, en el departamento del Guaviare. Señala la demanda que allí se adelanta un trabajo de atención en salud, educación, estudio del idioma, etnografía y “proselitismo religioso”, con el fin de lograr la conversión de indígenas a la religión evangélica.

Añade que con tal fin, la asociación suministraba medicamentos, realizaba donativos en herramientas, alimentos y semillas, a cambio de servicios personales como la enseñanza de la lengua, lo que generaba dependencia y sedentarismo frecuente de grupos de indígenas pertenecientes a la etnia nukak-makú en el lugar. Sostenían los accionantes que con esa forma de trabajar la Asociación desconocía su característica seminómada, su diversidad étnica y cultural, generaba un impacto social y sobreexplotaba los recursos naturales en los lugares donde se asentaba. Como lo señala la sentencia, para los misioneros evangélicos, la mitología, el rito, el baile, el uso de sustancias psicotrópicas y sus prácticas médicas son pecaminosas.

Ante esta situación, la Corte Constitucional considera, en principio, que no existen pruebas concretas de vulneración del derecho a la diversidad étnica y cultural. Indica que los donativos de alimentos y otros objetos, y la estimulación del cultivo de la tierra en torno a las instalaciones de la Asociación Nuevas Tribus de Colombia, que promueve el sedentarismo de miembros de la comunidad por más tiempo del que normalmente lo hacen, no rompe con el ambiente o escenario natural de caza y recolección que caracteriza a la etnia nukak-makú, ni sus patrones de movilidad. Afirma esto en razón de que en su calidad de hombres libres y racionales pueden escoger lo que a su juicio consideren más conveniente para su subsistencia y realización personal, sin que se haya observado violencia o engaño para lograr la finalidad propuesta. Y agrega:

Por el contrario, resultaría un contrasentido privar a dicha comunidad, dentro de un marco de respeto a su libertad y capacidad de autodeterminación, del conocimiento de las alternativas que le ofrecen otras comunidades en lo cultural, social y económico (...). Los derechos fundamentales a la libertad y a la autonomía, que comprenden el derecho que tienen todas las personas a elegir su propio destino y a construir los procesos sociales que han de configurar, unificar e identificar la respectiva comunidad humana, permiten a los integrantes del grupo indígena nukak-makú optar por la forma de vida, de organización socioeconómica y de la utilización del espacio y de los recursos naturales, de la manera que mejor convenga a sus particulares y variados intereses.¹⁴

14

Corte Constitucional, sentencia T-342 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Este enfoque es abiertamente disímil al de la sentencia SU-510 de 1998, que promueve una postura garantista frente a la promoción de otros cultos en las comunidades indígenas. La sentencia T-342 de 1994 ofrece un concepto claramente liberal de derechos humanos: los miembros de la comunidad nukak-makú, en su calidad de sujetos libres, tienen la capacidad de autodeterminarse y de actuar conforme a su voluntad.

Al emitir la sentencia, la Corte olvida la protección más estricta que le habían otorgado al derecho de integridad étnica y cultural, en razón de las necesidades y características particulares de las comunidades indígenas. En este caso, las particularidades derivan del aislamiento de los nukak-makú, sus prácticas culturales tradicionales y sus condiciones precarias de salud y subsistencia, que los hacen especialmente vulnerables.

El fallador no considera que ésta es la tribu conocida más recientemente en Colombia, con unas características seminómadas difíciles de conservar por la problemática de orden público que afronta el país y la constante presión ejercida sobre su territorio.

En un principio, la Corte no observa pruebas serias para la configuración de la violación de la diversidad étnica, religiosa y cultural de los nukak-makú. Luego, a partir de las acciones desarrolladas por la Asociación Nuevas Tribus de Colombia en el territorio indígena, decide acoger los siguientes argumentos presentados por la División General de Asuntos Indígenas para admitir su protección:

(...) se evidenció que en Laguna Pabón se teme la severidad de transgredir conductas u observaciones que no se adecuen a las advertencias de los misioneros o que sean contrarias a sus enseñanzas e ilustraciones (...). (...) es un lugar hostil para el trabajo de asuntos indígenas y otras entidades que deseen intervenir en favor de los indígenas (...). (...) gracias al *manejo fluido de la lengua y al privilegio de administrar la salud*, están en posibilidad de coaccionar la disposición de los indígenas frente a un mensaje ideológico que se opone a sus usos y costumbres y desarticula la cultura (...). (...) la Misión Nuevas Tribus ha sentenciado al ostracismo el sitio que ocupa y vicia todas las consideraciones de respeto y autonomía ante la nación Colombiana y el pueblo Nukak (...) (énfasis agregado).

La Corte observa además que la Asociación Nuevas Tribus de Colombia desconoce las solicitudes hechas por la División General de Asuntos Indígenas referentes a la presentación de informes de actividades realizadas. A tal dependencia le corresponde controlar la actividad de la

Asociación y asegurar que su objetivo social se desarrolle acorde con la Constitución, la ley y sus estatutos.

Así, la Corte Constitucional considera vulnerados los derechos de la comunidad indígena a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a las libertades de conciencia y de cultos y, principalmente, sus derechos culturales. Sostiene que estos derechos tienen el carácter de fundamentales, en cuanto constituyen el soporte de la cohesión como grupo social de los nukak-makú.

Su proceder es contradictorio. Sólo cuando una instancia estatal pone en evidencia el actuar irregular de dicha Asociación –su coacción a los nukak-makú–, decide tutelar los derechos culturales de la comunidad. Mientras, en un principio el fallo los catalogó como seres humanos que autodeterminan su voluntad y para quienes esos estímulos no implican una coacción para retenerlos en el asentamiento, en sus cultivos ni para modificar sus prácticas tradicionales, concluye reconociendo, en el mismo, la coacción padecida por el grupo indígena.

De otra parte, es interesante ver que la sentencia invoca el derecho de igualdad material, otra de las formas de otorgar especial protección al pueblo indígena. Cuando el Estado argumenta que su omisión responde a un ánimo de proteger la diversidad étnica y cultural, la Corte le llama la atención por su inacción para defender la integridad de las comunidades indígenas:

(...) la preservación de la identidad cultural de una etnia no puede servir de pretexto al Estado para abandonarla a su propia suerte, si su situación material resulta incompatible con las mínimas condiciones que exige la dignidad humana (...).

La igualdad que preconiza el referido precepto no puede reducirse a su mera declaración formal, no puede ser algo vacío de contenido. Por el contrario, la igualdad es el derecho por excelencia que logra elevar la condición del individuo, en cuanto le permite acceder a derechos tales como *la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social*, que aseguran su dignidad en cuanto lo enriquecen no sólo desde el punto de vista material sino espiritual, cultural y social (...).

La situación presente de los nukak-makú exige que se les dispense –respetando su idiosincrasia y diferencia cultural– un trato excepcional y preferencial por parte del Estado que logre realizar la verdadera igualdad, material y jurídica, pues mientras no se

les atiendan las necesidades humanas insatisfechas, predicables de toda persona humana, no podrán superar los factores que han servido para estructurar una discriminación en su contra por los demás grupos humanos que los consideran diferentes física e intelectualmente, y si se quiere, hasta carentes de algunos derechos (...) ¹⁵ (énfasis agregado).

Con su disertación, la Corte puede concluir que, en principio, el Estado colombiano es el primer obligado a prestar el servicio público de la salud a los nukak-makú, pero tiene la posibilidad de que dicho servicio se preste a través de entidades privadas como la Asociación Nuevas Tribus de Colombia. Así, acepta la validez de dicha atención en salud y recuerda la facultad del Estado para ejercer vigilancia sobre las actividades de atención.

En general, la tesis desarrollada por la Corte Constitucional para resolver los conflictos surgidos por la colisión de derechos fundamentales con el principio de diversidad étnica y cultural consiste en maximizar dicho principio constitucional evitando las restricciones al mismo. ¹⁶ Incluso, propone su excepcional restricción a través de una acción ordinaria o de tutela, ¹⁷ para que sea el juez de instancia quien se encargue en el caso concreto de lo siguiente:

- Primero, evaluar el grado de conservación de los usos y las costumbres de la comunidad indígena, para determinar el grado de autonomía que tiene.
- Segundo, ponderar los intereses en disputa con otros derechos fundamentales o principios. ¹⁸
- Tercero, que quede demostrado que prima otro valor superior sobre los intereses de los indígenas. El juez deberá adoptar la medida menos restrictiva frente al principio de diversidad étnica y cultural.

Algunos de los derechos fundamentales que prevalecen frente a tal principio son:

- El debido proceso.
- El derecho a la vida.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-342 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- La prohibición de la esclavitud.
- La prohibición de la tortura.
- La prohibición de confiscación y destierro.¹⁹

Derecho a la existencia y prohibición de todas las formas de desaparición forzada

En la configuración de este derecho son evidentes las implicaciones del cambio conceptual que se produce con la noción de *sujeto colectivo de derechos fundamentales*. La protección a la integridad étnica, cultural y social incluye la prohibición de toda forma de desaparición forzada de los pueblos indígenas, sustentada en el derecho colectivo a la vida.

La noción de desaparición forzada trasciende entonces el ámbito de la persona y recae en un pueblo. La prohibición constitucional en estos términos se ampara en la integridad social y política de estas comunidades, de tal forma que la obligación del Estado de garantizar la pervivencia de estas sociedades es mucho más amplia que la que tiene con el resto de ciudadanos pertenecientes a la sociedad mayoritaria. Y es todavía mayor si se tiene en cuenta que la historia muestra la persecución y el acoso que han sufrido los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional se pronunció en este sentido, con la expedición de la sentencia T-380 de 1993. En ella concluyó que el deterioro del medio ambiente en el que habitan las comunidades indígenas pone a estas colectividades en riesgo manifiesto de desaparición forzada:

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que, de ser cancelado o suprimido –y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP, art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.²⁰

¹⁹ Véanse las sentencias T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-523 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰ *Ibid.*

La Corte propone el respeto de los territorios ancestrales indígenas que se encuentran dotados de un significado cosmogónico y de recursos naturales renovables que les pertenecen. Señala que para preservar su subsistencia, los pueblos requieren del desarrollo de sus prácticas sociales y religiosas, porque su estilo de vida tradicional proporciona un modelo de vida sostenible con el entorno.

La sentencia visualiza también dos enormes peligros:

- La explotación de los recursos naturales, sin previa consulta con las comunidades indígenas afectadas.
- La explotación de los recursos naturales en forma no sostenible, como se expondrá posteriormente.

La sentencia esboza un aporte indispensable para salvaguardar la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas: la estrecha vinculación del derecho a la vida con los derechos a la cultura y al uso de los recursos naturales del territorio que habitan. El punto de partida de este aporte es la estrecha vinculación de los indígenas con el medio ambiente habitado.

La vivienda y otros derechos que se derivan de la concepción de territorio

En la jurisprudencia constitucional no hay fallos cuyo contenido sea la protección de un derecho a la vivienda para los indígenas, en sentido estricto. A esto se suma el hecho de que para los pueblos indígenas la vivienda connota algo totalmente diferente de lo que se entiende en la cultura occidental.

La noción indígena de vivienda se construye en comunión con el territorio que se habita y con los recursos naturales que alberga ese territorio. A la vez, los territorios ancestrales tienen un significado cosmogónico y religioso, y habitar en ellos permite a los pueblos desarrollarse y pervivir de acuerdo con sus economías comunitarias.

La forma de construcción puede variar en cada etnia. No obstante, lo más importante para su cohesión social es la posesión material de un territorio con condiciones específicas para su desenvolvimiento. Un territorio además dotado de relaciones cosmogónicas que le permiten a las comunidades indígenas vivir en un hábitat adecuado para su pervivencia como pueblos.

Por lo anterior, se puede considerar que el derecho al territorio y a los recursos naturales que lo conforman son elementos indispensables

para construir una noción de derecho a una vivienda digna. Esto es algo que desborda la idea occidental de vivienda como cuatro paredes y con determinadas dimensiones. Prueba de ello es la falta de una política nacional de vivienda que involucre los diferentes pueblos indígenas.

La Corte Constitucional ha otorgado a las comunidades indígenas el derecho a gozar del hábitat ancestral, entendido como el territorio indígena y los recursos naturales que aseguran la supervivencia de la colectividad.

Propiedad colectiva de la tierra: derecho fundamental

La Corte reconoce el derecho fundamental a la propiedad colectiva y a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas. Y éste es uno de los temas sobre los que más se ha pronunciado en materia de derechos étnicos.

Con la sentencia T-188 de 1993, la Corte comienza a estructurar su análisis frente al tema. Éste es el origen: en 1987, el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora), entregó a la comunidad indígena de Paso Ancho una finca ubicada en el predio Chicuambe, municipio de Ortega, departamento del Tolima, después de un proceso de expropiación. Para recuperar estas tierras, la comunidad de Paso Ancho aceptó el apoyo de la comunidad de San Antonio, por lo que sus miembros se constituyeron en usufructuarios comunes del predio Chicuambe.

Poco después de la entrega de la tierra, la comunidad de San Antonio se tomó el cabildo de Paso Ancho, destituyó a sus miembros y comenzó a perseguir a la comunidad y a hostigarla, con el fin de expulsarla de su propio territorio. Hubo entonces muchos problemas internos. Se dice incluso que a todo esto se debió la muerte de un indígena.

La comunidad de Paso Ancho acudió a diferentes instancias estatales, pero los funcionarios señalaron la dificultad de intervenir por respeto a la autonomía de las comunidades indígenas y por la imposibilidad de dividir la finca. Por otra parte, los accionantes solicitaron al Incora, seccional Tolima, realizar estudios socioeconómicos y jurídicos para constituir dos resguardos en la finca Chicuambe. La solicitud, reiterada por más de un año, nunca se resolvió. El Incora adujo que no podía intervenir pues era un problema interno de la comunidad, que debía solucionar el gobernador de la misma.

Los problemas de convivencia se agudizaron a tal punto que miembros de la comunidad indígena Paso Ancho interpusieron una acción

de tutela en contra de la seccional del Incora para ordenar en un plazo breve la realización de estudios socioeconómicos y jurídicos tendientes a constituir dos resguardos en el predio Chicumbe.

La sentencia correspondiente, T-188 de 1993, trae un importante significado de la propiedad colectiva para el pueblo indígena como derecho fundamental:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso,²¹ donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.

Sin este derecho, los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat.²²

Con tales consideraciones, la Corte resolvió que la omisión del Incora vulneró los siguientes derechos:

- El derecho de propiedad colectiva de la tierra en cabeza de las comunidades indígenas.
- El derecho de petición.
- La diversidad étnica y cultural.
- El acceso a la administración de justicia.
- El derecho a la paz.

²¹ La vulneración del derecho a la paz y la amenaza del derecho a la vida que se cierne sobre los miembros de las parcialidades indígenas en conflicto.

²² Rojas Birry (1991, 18); sentencia T-188 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En varias zonas se denuncia que los actores armados bloquean los accesos a las comunidades indígenas y decomisan sus alimentos y otros productos, lo que causa seria penuria a las familias. Varias denuncias de este tipo de “confinamiento” de las comunidades le fueron señaladas al Relator Especial en la Sierra Nevada y en el Amazonas, entre otras regiones. Se considera urgente conseguir asistencia humanitaria y el desbloqueo para que las familias puedan sobrevivir con un mínimo de seguridad alimentaria y suministros básicos aun en medio del conflicto armado. Sin embargo, debido a la inseguridad, es difícil que las comunidades y las mujeres y los niños que son los más afectados, reciban la indispensable ayuda humanitaria.

Señaló también que con esa omisión se cierne la amenaza del derecho a la vida sobre los miembros de las parcialidades indígenas en conflicto.

En una sentencia posterior –sentencia T-652 de 1998–, la propiedad colectiva de la tierra se reconoce a partir del significado adoptado por cada cultura ancestral:

La Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características.²³

Prevalece el interés nacional

Es tal la importancia del derecho fundamental de propiedad colectiva, que la sentencia T-405 de 1993 es el único pronunciamiento en el cual la corporación ha hecho prevalecer otro tipo de interés o derecho sobre la pro-

²³

Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

piedad colectiva de las comunidades indígenas. En este caso el interés prevalente de la nación es la preservación de la seguridad nacional, de la soberanía del Estado y de la conservación del orden público: la Corte consideró que la instalación de un radar y la presencia de tropas militares estadounidenses en el territorio de una comunidad indígena, con la finalidad de controlar actividades delictuosas relacionadas con el narcotráfico, no vulneraban el derecho de propiedad colectiva de la comunidad sobre su territorio.

Derecho a la propiedad y uso de los recursos naturales renovables

La Corte Constitucional reconoce que el derecho a la propiedad colectiva de los resguardos indígenas²⁴ incluye la propiedad colectiva de estas comunidades sobre los recursos naturales renovables existentes en su territorio. El límite que coloca a la autonomía de los pueblos frente al manejo de estos recursos es que se haga una explotación responsable y sostenible. Esta sostenibilidad implica que antes de titular los territorios habrá unas garantías: para ello se les exige como requisito previo el certificado de la función social y ecológica de la propiedad.

Sostenibilidad e interdependencia

La sentencia T-380 de 1993 (antes mencionada, referida a la comunidad embera-katío) recuerda el deber estatal de conservar las áreas de especial importancia ecológica. De allí surge la obligación de explotar bajo el parámetro de desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución los recursos naturales en zonas de selva húmeda tropical de los territorios indígenas (CP, art. 79). La Corte Constitucional acoge en su análisis la normatividad internacional: el Convenio sobre Diversidad Biológica²⁵ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Esta última establece en su artículo 22:

Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar por que participen efectivamente en el logro del desarrollo sostenible.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias T-188 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-257 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ No ratificado aún por Colombia.

Apoyada en la normatividad nacional e internacional, la Corte sustenta su posición frente al desarrollo sostenible y la relación que las comunidades tienen con su medio ambiente. Además, según la Corte, el ordenamiento constitucional colombiano ha recogido en su regulación la preocupación por la amenaza creciente que la acción deforestadora tiene sobre los ecosistemas, que resta oportunidades de supervivencia a los pueblos indígenas de las selvas húmedas tropicales, cuyo sistema de vida garantiza la regulación climática e hídrica, la preservación de la biodiversidad y las riquezas culturales y naturales de la nación.

La sentencia mencionada establece para los pueblos indígenas una clara función reguladora del equilibrio ecológico. Indica que esto favorece tanto su integridad cultural como la conservación de la selva húmeda tropical y, en general, la preservación del medio ambiente, del que son beneficiarios todos los ciudadanos. Y añade:

La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y supervivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales transforma los factores de deterioro ambiental producidos por la deforestación, la sedimentación y la contaminación de los ríos –en principio susceptibles de acciones populares por tratarse de la vulneración de derechos e intereses colectivos (CP, art. 88)– en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado (CP, art. 13). *La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP, art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias.* Bajo la perspectiva constitucional, la omisión del deber de restauración de los recursos naturales (CP, art. 80) por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo funciones de vigilancia y restauración del medio ambiente –Codechocó, mediante decreto 760 de 1968– constituye una amenaza directa contra los derechos fundamentales a la vida y a la no desaparición forzada de la comunidad indígena embera-katío (énfasis agregado).

Con esta sentencia, la Corte valida plenamente la interdependencia de los derechos de los pueblos indígenas. El enfoque de integralidad se asume como una protección especial frente al alto grado de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas. Con ello, se obliga al Es-

tado a generar un marco de protección en el que todos los derechos de las comunidades indígenas, sin importar categorías generacionales (derechos de primera o segunda generación), dispongan de los mecanismos de protección inmediata, incluso en derechos que no se consideran fundamentales para el resto de ciudadanos de la República.

Este mandato constitucional no se aplica exclusivamente a los jueces de instancia. La Corte también transfiere la responsabilidad de protección de la pervivencia de las minorías étnicas a los funcionarios administrativos, en este caso, a las autoridades ambientales.

En el mismo sentido de la sentencia anterior, se profiere la sentencia T-342 de 1994, que protege los derechos de la etnia nukak-makú frente a las actuaciones de la Asociación Nuevas Tribus de Colombia. Este fallo es incluso más radical que el anterior: en él, la Corte denomina a las comunidades indígenas como un “recurso natural humano”. Aunque puede cuestionarse esta expresión puesto que desconoce a los pueblos indígenas como sujetos autónomos, llama la atención la forma en que la Corte concibe una relación tan estrecha e inescindible de las comunidades con el medio natural en el que habitan y se desarrollan como individuos de especiales características:

(...) no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la nación.

Con ello reafirma su concepción sobre el vínculo que tienen los indígenas con el territorio, el medio ambiente y el hábitat. Comprende que su vivienda o el espacio que habitan trasciende a las áreas que los circundan, son territorios ancestrales cargados de un alto sentido cosmogónico. Incluso, les otorga funciones específicas para el equilibrio ambiental.

Se había advertido que en la jurisprudencia constitucional no se encuentran fallos cuyo contenido sea la protección de un derecho a la vivienda para los indígenas, en sentido estricto. La Corte Constitucional ha

protegido más bien el derecho a que las comunidades indígenas puedan gozar del hábitat ancestral, entendido como el territorio indígena y los recursos naturales que aseguran la supervivencia de la colectividad.

De hecho, el significado de la vivienda entre los pueblos indígenas es totalmente diferente al que se le da en la cultura occidental. Su noción de vivienda está constituida principalmente por el territorio que habitan y los recursos naturales que los conforman (véase la tercera parte de este documento); sus territorios ancestrales tienen un significado cosmogónico y religioso, su habitación en estos territorios les permite desarrollarse y pervivir de acuerdo con sus economías comunitarias.

Por eso, el derecho al territorio y a los recursos naturales que lo conforman se puede considerar como un elemento indispensable para su noción del derecho a una vivienda digna, algo que va mucho más allá de la idea de tener cuatro paredes y un espacio con determinadas dimensiones. De allí que falte una política nacional de vivienda que involucre los diferentes pueblos indígenas.

Derecho fundamental de consulta previa

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, los gobiernos firmantes tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas, en cada caso u oportunidad en que se adelanten medidas legislativas o administrativas “susceptibles de afectarles directamente” (art. 6). Tal consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de estos pueblos. Así mismo, deberán establecer mecanismos de participación efectivos para las y los indígenas, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población en todos los niveles donde se adopten decisiones relacionadas con programas y políticas que les conciernan.

Según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes,

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los

niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Resulta fundamental definir adecuadamente la utilización que hace el convenio de los términos “afectar” o “afectarles”. Algunas interpretaciones del artículo identifican de manera equivocada “afectar” con “dañar”, y por tanto arguyen que en aquellos eventos donde los gobiernos consideren que una medida determinada no “daña” o no incide de manera negativa en la situación de los pueblos indígenas, no se debe cumplir la obligación de consulta.²⁶ Esta interpretación resulta errada por dos razones: en primer lugar, porque va en contravía del sentido general del Convenio 169. En segundo lugar, porque tiene una visión demasiado estrecha del término “afectar”. Una interpretación garantista no tomaría el significado de la palabra “afectar” a partir de su uso cotidiano, en el que es sinónimo de “perjudicar” o “menoscabar”. Una noción más amplia de tal palabra la define como sinónimo de “atañer”, es decir, “incumbir” o “corresponder”.²⁷ Por tal razón, la consulta no debe aplicarse sólo ante la probabilidad de perjudicar, sino frente a todos los asuntos que incumben a los pueblos indígenas.²⁸

²⁶ Una buena muestra de estas posturas es la del ministro de Agricultura, Andrés Felipe Arias, quien con motivo del trámite de un proyecto de Ley Forestal manifestó: “Algunos analistas han invocado la Ley 21 de 1991 (Convenio 169 de la OIT) y la Ley 70 de 1993 para argumentar que el Estatuto debe ser consultado con las comunidades indígenas y afrocolombianas. La consulta sería obligatoria si el Estatuto afectara o violentara los derechos de estas comunidades (ver artículo 6 de la Ley 21). Sin embargo, en la Ley no existe artículo alguno que disponga de los derechos de dichas comunidades (y mucho menos que los limite)”. Cfr. “Ley forestal, urgente necesidad”, disponible en <http://www.presidencia.gov.co/columnas/columnas134.htm> (consultada el 13 de octubre de 2005).

²⁷ Definiciones tomadas del diccionario en línea de la Real Academia Española, disponible en www.rae.es.

²⁸ Entre líneas, también podemos observar un agudo debate filosófico. Mientras una interpretación parte de la noción analítica de dar significado a los términos de

Partir de la idea de “afectar” ligada a “perjudicar” relativizaría la obligación de consulta a tal grado que ésta dependería de los buenos oficios de los Estados, que sólo acudirían a la figura cuando opinen que se presenta un caso de posible daño. Por el contrario, abrazar el criterio en el que la consulta es un mecanismo de participación de las comunidades en todos los asuntos que les atañen, permite adoptar un principio regulativo claro, que no queda al arbitrio de cada gobierno.

A partir de lo anterior, es importante destacar que el Convenio 169 también señala el derecho de los pueblos indígenas a

decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (art. 7).

En ese marco, los pueblos indígenas tienen derecho a aceptar o rechazar proyectos de explotación de los recursos naturales que haya en su territorio, luego de valorar sus características. Para hacerlo requieren conocer plenamente tales proyectos, cómo se ejecutarían y las consecuencias que pueden tener sobre su integridad étnica, cultural, social y económica.

La consulta previa busca precisamente que el pueblo indígena tenga una participación activa en el rechazo o la aceptación de la explotación y, a la vez, impedir que se haga la explotación si antes la comunidad no tiene todos los elementos para aceptarla o rechazarla.

La consulta previa se constituye entonces en una garantía para la preservación de los recursos naturales de territorios indígenas. Puesto que éstos hacen parte integrante de su concepción de territorio, la consulta tiende a garantizar también la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas, en razón de la interdependencia de estos derechos.

No aplicar el derecho fundamental de consulta previa en los términos planteados por la Corte Constitucional impide el goce efectivo de los derechos de los indígenas, entre ellos, los DESC.

acuerdo con su uso, la otra visión parte del concepto spinoziano-deleuziano de afecto, que no sólo se entiende en forma negativa, sino que también destaca la habitual afectación positiva, activa de los sujetos, frente a situaciones de alegría, disfrute, etc.

Significado de la consulta previa

La primera sentencia que se pronuncia frente a un megaproyecto de explotación de recursos naturales es la SU-039 de 1997. El defensor del pueblo interpuso la demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental de Colombia, Inc. El defensor representaba a diecinueve ciudadanos miembros del grupo étnico indígena U'wa. Este grupo habita en los límites de los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, y se compone de más de cinco mil personas, distribuidas en veintiocho comunidades.

Según la demanda, la resolución “por la cual se otorga una licencia ambiental” a la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, viola los siguientes derechos constitucionales de la minoría étnica indígena: derecho al territorio, a la autodeterminación, a la lengua, a la cultura étnica, a seguir viviendo y derecho a la consulta previa para la expedición de la licencia ambiental.

La historia

En 1992, la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., inició trámites ante el Instituto de Recursos Naturales Renovables (Inderena), para obtener una licencia ambiental que le permitiera constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros en varias zonas: una que comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca; otra en Cubará, departamento de Boyacá, y otra en Toledo, departamento de Norte de Santander. Lo hizo sobre la base de un contrato de asociación celebrado con la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), para la explotación de hidrocarburos en el país. Actuaría en una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, en la que hay resguardos indígenas y parques naturales.

El Inderena estimó viable la ejecución del aludido proyecto, pero hizo la salvedad de que “quedaban excluidos de toda actividad de prospección sísmica las áreas de los parques nacionales naturales de Tamá y El Cocuy”. Luego, el Ministerio del Medio Ambiente emitió el concepto técnico No. 090 de julio 19 de 1994, por el cual se acogieron en su totalidad los conceptos del Instituto y consideró viable la ejecución del proyecto, sujeto al cumplimiento de medidas de orden técnico y ambiental. Recordó la necesidad de efectuar la consulta previa en las comunidades indígenas afectadas.

El Ministerio de Medio Ambiente avaló como consulta previa la reunión que sostuvieron algunos miembros de la comunidad indígena U'wa los días 10 y 11 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca, con representantes de los ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, de Ecopetrol y de la Occidental de Colombia Inc. A partir de ahí, otorgó la licencia ambiental (Resolución 110, de febrero 3 de 1995).

En la misma fecha en que se instauró la acción de tutela, el defensor del pueblo demandó la declaración de nulidad total de la Resolución 110.²⁹ Éste es el origen de la sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional.

Significado de la sentencia

El fallo de la Corte sustenta que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas adquiere la connotación de derecho fundamental. Para ello cita las sentencias T-342 de 1994, T-007 de 1995 y T-380 de 1993.

[La consulta] se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del CCA, 69, 70, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades (...).

29

Mediante providencia del 14 de septiembre de 1995, el Consejo de Estado negó la suspensión provisional del acto acusado: "De la confrontación directa de la resolución acusada con las normas constitucionales aducidas por el actor y transcritas anteriormente, así como con los documentos aducidos en la solicitud, la Sala no encuentra que se presente la violación manifiesta que alega el actor en su solicitud de suspensión provisional, pues ni del texto de la resolución ni de los citados documentos resulta abiertamente que el Estado no esté protegiendo las riquezas culturales y naturales de la nación, ni que esté autorizando la explotación en desmedro de la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena, ni que se haya omitido la participación de los representantes de las respectivas comunidades" (sentencia del 14 de septiembre de 1995, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, M. P. Libardo Rodríguez Rodríguez).

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (CP, art. 40-2) tiene un reforzamiento en el Convenio 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

Al concebir la consulta previa en materia de explotación de recursos naturales como un derecho fundamental la vincula con el tema de la dignidad humana y da a quienes la ejercen su especificidad como pueblos con requerimientos ligados a la protección y uso de los recursos naturales.

Indudablemente, este mecanismo de protección entregado por los instrumentos jurídicos internacionales se estipula desde dos principios que han hecho carrera en la estructuración de un cuerpo de derechos étnicos: la autonomía y la pervivencia. Esta última se observa desde una esfera integral y por ello se apela a la consulta para determinar la visión que cada comunidad tiene sobre el territorio que habita y la representación, tanto cosmogónica como real del territorio. Esto con el fin de que directamente los pueblos determinen el grado de afectación que tendría la implementación de cualquier proyecto sobre su sociedad, economía y cultura.

La consulta es, en estos términos, un mecanismo de participación tan especial que determina las formas de relacionamiento y el control sobre los cambios y las propuestas de modernidad que históricamente han cercenado las culturas amerindias del continente. La Corte observó la consulta previa más como un derecho en sí mismo que como un simple mecanismo de participación. Por eso, la sentencia estipuló los pasos a seguir para hacer efectivo el derecho:

Con fundamento en los artículos 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y

la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

- a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Este pronunciamiento trae una completa enunciación de lo que comporta el derecho fundamental de consulta previa, con unos pasos que de cumplirse podrían impedir la generación de múltiples perjuicios. Proponer la búsqueda de la concertación para que las autoridades tomen una

decisión que en todo caso deberá ser razonable y proporcionada buscando siempre el menor perjuicio para la comunidad afectada. Éste es el espíritu de la consulta previa, reiterado por la Corte en su jurisprudencia, el enfoque de protección de los pueblos permite que ellos mismos decidan los niveles de preservación y apropiación cultural y social de nuevos elementos externos a sus sociedades, garantizando siempre la pervivencia amparada en el principio de integridad étnica, cultural, social y económica, por esta razón la Corporación decide proteger en forma transitoria los derechos de la comunidad U'wa.

Indemnización al pueblo afectado

Ninguna consulta previa se realizó con los indígenas embera-katío en desarrollo del proyecto hidroeléctrico Urrá I. Este proyecto está situado sobre el río Sinú en el departamento de Córdoba, y está en manos de la Empresa Multipropósito Urrá S.A., creada expresamente para ello en 1992. La sentencia T-652 de 1998 se pronunció sobre la no consulta y la ejecución del proyecto.

Entre los impactos del proyecto se destacan, según los accionantes, la desviación del río Sinú, que les servía de sistema de comunicación, fuente de economía y alimento, y la inundación de secciones de los territorios del pueblo embera-katío que trajo, entre otras consecuencias, la putrefacción del gran volumen de biomasa que no removieron del área antes de inundar la presa generando problemas de salubridad. La Corte decidió tutelar sus derechos fundamentales:

En este marco doctrinal, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultó más perjudicial para la integridad cultural y económica del pueblo embera-katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento³⁰ a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevi-

30

“La tesis es que nuestra identidad se configura parcialmente por el reconocimiento o por su ausencia, a menudo por el infrarreconocimiento de otros, de manera que una persona o grupo de personas puede sufrir un auténtico daño, una auténtica distorsión, si las personas o la sociedad que las rodea refleja sobre ellas una imagen limitada o degradante o despreciable de sí mismas.” (Taylor, 1992, citado en la sentencia T-652 de 1998).

vir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan.

En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular y con violación de los derechos fundamentales del pueblo embera-katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (CP, art. 40-2 y párrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (CP, art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (CP, art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los embera del departamento de Córdoba (CP, art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos (...) la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado.³¹

La Corte Constitucional se remite nuevamente a la doctrina construida por las sentencias T-380 de 1993,³² T-342 de 1994³³ y SU-039 de 1997,³⁴ referidas a la integridad étnica, cultural y social, y a la consulta previa para fundamentar la vulneración y el carácter fundamental de este último derecho. Concluyen con la concesión de indemnización de perjuicios en cabeza de la comunidad indígena accionante, en virtud de tal violación. Se genera así la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios en eventos semejantes de omisión de la responsabilidad del Estado de realizar la consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³² Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-342 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

El salvamento de voto de la sentencia SU-039 de 1997 tiene una posición abiertamente perjudicial para los intereses de los pueblos indígenas y es contrario a las sentencias mencionadas:

Consideramos que debe buscarse la conciliación entre la necesidad de la explotación de los recursos naturales y el respeto de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Esa difícil conciliación debe obtenerse por medio de la actuación gubernamental que debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones al respecto.

Con fundamento en estos presupuestos constitucionales debe regularse por la ley la materia, según los principios de la articulación de las normas de diferente nivel y el propio encabezamiento del artículo 330 de la Constitución Política. No está previsto por la ley que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela.³⁵

Es decir, se señala la consulta previa contenida en el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política como un ejemplo de participación administrativa contenida en el artículo 2 de la misma normatividad, que habla de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política, administrativa y cultural de la nación”. En esos términos, la consulta no es vinculante para el Estado, sólo busca obtener una conciliación entre los intereses enfrentados.

Derecho a reparación e indemnización de perjuicios a las comunidades

La sentencia T-428 de 1992 es la primera que profiere la Corte Constitucional en materia de derechos étnicos.³⁶ El resguardo indígena de Cristianía, ubicado en el municipio de Jardín, departamento de Antioquia, sostiene que fue afectado por la ampliación, rectificación y pavimentación de la continuación de la llamada Troncal del Café, vía contratada por el Ministerio de Obras Públicas con un consorcio de ingenieros.

³⁵ Ibíd.

³⁶ M. P. Ciro Angarita Barón.

La violencia política se incrementó contra los indígenas en los años noventa y viene generando una creciente resistencia a la guerra. En los últimos 15 años se registraron más de 2.660 casos de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario contra pueblos indígenas. Estos actos de violencia son imputables ante todo a las guerrillas y a las AUC (grupos paramilitares que han sido vinculados al ejército y a autoridades gubernamentales). La tasa de violencia es cien por ciento mayor a la media nacional en los municipios indígenas, siendo los más afectados los pueblos kankuamo y wiwa de la Sierra Nevada, el pueblo kofán en Putumayo, el chimila en Magdalena, así como los pueblos korebajú, betoyes y nasa, y los tule y embera katio en la región de Urabá.

El terreno donde está asentada la comunidad embera chamí presenta una falla geológica, conocida con anterioridad por el Ministerio de Obras Públicas, la empresa constructora y los integrantes de la comunidad. Al parecer, este hecho se ignoró al momento de decidirse la ampliación de la vía, en vista de que se omitieron los estudios de impacto ambiental ordenados por el Código Nacional de Recursos Naturales.

En el transcurso de las obras se produjeron varios destrozos: en el trapiche, el beneficiadero de café, un establo, varias corralejas y viviendas. Todo esto quedó inservible. Se señalan como causa de la destrucción las remociones de tierra, el uso de dinamita y la utilización como botadero de tierra de parte del terreno perteneciente a la comunidad.

Ante la omisión negligente de las autoridades públicas, la Corte decide sustentar que los habitantes de terrenos geológicamente inestables no tienen la obligación de “afrentar las consecuencias perjudiciales que surgen de la realización de obras que, ignorando negligentemente la fragilidad del terreno, desencadenan daños y perjuicios”. La comunidad no tiene por qué soportar esta situación, pues los constructores discrecionalmente omitieron los estudios de impacto ambiental que podían determinar el riesgo afrontado; con esto se plantea una responsabilidad objetiva en cabeza de las autoridades públicas encargadas de la obra y la compañía constructora quienes para eludir su responsabilidad deberán acreditar observancia del cuidado debido.

La corporación muestra una clara preocupación por la integridad social y económica de la comunidad indígena afectada y la responsabilidad atribuida al Estado. Por ello, cuando determina los perjuicios en el fallo distingue unos *reales y causados* y otros *potenciales*. Los primeros corresponden a la destrucción de viviendas y de construcciones dedicadas a la producción agrícola de la comunidad, afectando gravemente su economía de subsistencia; los segundos, son los daños que pueden generarse con la continuación de lo que falta de la ampliación de la vía Andes-Jardín y con la notoria reducción de los recursos económicos de la comunidad de Cristianía por las pérdidas en infraestructura sufridas y que puede continuar padeciendo, lo cual repercutiría sobre la integridad de sus miembros cuya subsistencia derivan de la economía agrícola con una infraestructura precaria para su desarrollo.

En el fallo, la Corte encuentra dos intereses colectivos en disputa: en primer lugar, un interés general correspondiente al de los pobladores de la zona cafetera por mejorar la infraestructura vial de la región. En segundo lugar, el interés de una comunidad indígena en relación con derechos de propiedad sobre su infraestructura productiva, de la que dependen la economía y subsistencia de la misma. Ante dicha colisión de intereses generales decide concluir:

El Estado social de derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales, económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia (...).

(...) Según esto, si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés, las pretensiones de comunidad indígena poseen un mayor peso. Mientras que su interés se funda en el derecho a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés del resto de la comunidad está respaldado en el derecho a la terminación de una obra concebida para el beneficio económico de la región.

De esta forma, la Corte ordenó suspender la ampliación de la carretera hasta tanto se efectúen los estudios necesarios para asegurar que

no se causen nuevos daños y se indemnice íntegramente a la comunidad indígena, buscando restablecer su situación económica para proteger su integridad cultural, social y económica. La indemnización de perjuicios corresponderá al monto que compruebe la comunidad indígena ante las autoridades competentes.

La sentencia T-428 de 1992 es de suma importancia. Además de ser pionera en la temática indígena, sentó un precedente al considerar que mediante un fallo de tutela se puede ordenar la indemnización de perjuicios, competencia que en términos generales no se había atribuido a la jurisdicción constitucional. Otro elemento relevante es que al referirse a la tasación de los perjuicios, la sentencia tiene en cuenta tanto los causados como los que se puedan causar a futuro. El fin de esto es preservar la integridad étnica, cultural, social y económica de la comunidad indígena.

Cambio de términos

La sentencia T-380 de 1993 modifica el término “indemnización” por el de “reparación”. La sentencia se pronunció con respecto a la explotación de bosques, obligando en el fallo a Codechocó, entidad oficial de vigilancia ambiental, a restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito en la comunidad indígena embera-katío del río Chajeradó. Así, creó la posibilidad de afirmar que toda entidad que tenga a su cargo el cuidado y la preservación del medio ambiente debe responder por el deterioro o por la explotación de los particulares por fuera de la Constitución y las normas, ante su omisión o negligencia en el cumplimiento de sus funciones al medio ambiente:

El incumplimiento de la función de vigilancia ambiental por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo el cuidado y la preservación del medio ambiente propicia los abusos de particulares en la explotación de los recursos naturales. Esta situación puede verse agravada si luego de ocasionado un daño forestal el Estado no actúa oportunamente para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP, art. 80). *La omisión de la función estatal de restauración del medio ambiente gravemente alterado mantiene la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo es materia de la presente acción de tutela (énfasis agregado).*

En este evento no se reconoció indemnización de perjuicios, pero se ordenó restaurar los daños causados al medio ambiente. Se responsabilizó a la autoridad de vigilancia ambiental por no ejercer control sobre la explotación indiscriminada de madera.

En un sentido más amplio, la sentencia T-652 de 1998 reconoció que la implementación del proyecto hidroeléctrico Urrá I vulneró el derecho fundamental de consulta previa, lo que generó perjuicios a la comunidad embera-katío. Por ello decide conceder una indemnización a la comunidad indígena accionante:

Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos (...) la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, *mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar*³⁷ (énfasis agregado).

Esta sentencia es muy importante: plantea que el Estado puede ser obligado a indemnizar los perjuicios que genera cuando transgrede derechos como la consulta previa, la integridad étnica y cultural y el derecho a la subsistencia del pueblo indígena (que son de categoría constitucional y de naturaleza fundamental). Así, en la misma sentencia contempló que habría un término de seis meses contados a partir de la notificación del fallo para acordar entre el pueblo embera-katío del Alto Sinú y la firma dueña del proyecto el monto de la indemnización.

De cumplirse dicho término sin que las partes llegaran a un acuerdo, correspondería a los embera-katío iniciar ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba el incidente de liquidación de la suma correspondiente a un subsidio alimentario y de transporte, que pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos veinte años.³⁸

Dicho incidente fue negado tanto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería como por la Corte Suprema de Justicia. Por tales razones, el pueblo embera-katío del Alto Sinú instauró nuevamente una acción de tutela en contra de los fallos que no aceptaron la petición de liquidación de perjuicios.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

La Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia T-1009 de 2000³⁹ y decidió tutelar los derechos al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, a la participación y a la supervivencia física y cultural de los peticionarios, ordenando la tasación de los perjuicios al Tribunal Superior de Montería. Pero éste presentó dilaciones y adoptó un criterio de tasación individual, algo que generó presiones de la empresa, disputas entre las comunidades afectadas y conflictos de gran magnitud que han comprometido los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de las comunidades indígenas katías del Alto Sinú.

Si bien el criterio de la Corte Constitucional es reconocer perjuicios que permitan restaurar la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, se presentan dificultades para la efectividad de tales indemnizaciones, y se han presentado manifestaciones de hecho contra el gobierno nacional reclamando el cubrimiento de las indemnizaciones y la restauración de los perjuicios.

³⁹

Corte Constitucional, sentencia T-1009 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.