

Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena

Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural. (La supervivencia y el diálogo de las diferencias)

*Guillermo D'abracchio Kreutzer

Las organizaciones indígenas han hecho una rigurosa defensa de su cosmovisión y concepción de justicia, remarcando diferencias con el derecho estatal moderno. Las expresiones del ejercicio del poder interpuestas ante el Estado, permiten entender las formas de poder étnico como factor constitutivo de la cuestión étnica. Los derechos humanos de los Pueblos indígenas deben hacer parte integral de una política de Estado, que armonice con el resto de políticas, especialmente con las de desarrollo económico.

Contenido

Normas legales y argumentos antropológicos

La homogeneidad republicana (1820-1991). Una mirada a la historia del Estado Nacional colombiano

La etapa del reconocimiento formal de las diferencias culturales

Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas como Política de Estado

El énfasis en la igualdad material

La identidad étnica y cultural como un objetivo razonable que justifica tratos diferenciados

El incremento del desconocimiento cultural. El conflicto armado colombiano

Las salidas de la incertidumbre. (A modo de reflexiones inconclusas)

“La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Sentencia T-380/93 CP art. 1 y 7 de la Corte Suprema de Justicia).

El 12 de enero de 1997, en la comunidad Emberá -Chamí en el municipio Calima-El Darién (Valle del Cauca, Suroccidente de Colombia) se produjo la muerte de Ponfilio Dosabia en una riña con Florentín Escobar y Jairo Escobar. Los involucrados pertenecían al resguardo indígena de dicho municipio colombiano.

Los dos hermanos implicados en el homicidio se presentaron voluntariamente ante las autoridades judiciales del municipio de Restrepo (Valle) y posteriormente rindieron indagatoria ante la Fiscalía. La fiscalía profirió medida de aseguramiento contra Jairo Escobar Guegue el día 16 de enero de 1997, pues éste en su testimonio expuso que él fue el responsable del

ilícito. El gobernador indígena de la comunidad, hermano de los presuntos homicidas, en testimonio que rinde en la fiscalía y ante el fiscal planteó su posición como autoridad. Frente a la fiscalía expuso: “Yo quiero que lo tengan aquí el proceso y lo investiguen para saber quién es responsable, pero que una vez hecho el resguardo en la comunidad nosotros lo investigamos”. Un mes después, es decir, el 2 febrero de 1997, la comunidad indígena en cuestión solicitó a las autoridades competentes que se les aplicara a los hermanos Escobar la “máxima condena por este delito que a nosotros nos parece atroz”. El gobernador del cabildo indígena Niaza, Luis Hernando Escobar Siagama, no firmó el documento.

La fiscalía se pronunció el 5 de mayo del mismo año, mediante resolución de acusación contra los procesados, decidiendo entonces la medida de aseguramiento con detención preventiva. El Juzgamiento le correspondió por reparto al Juez Segundo Penal del Circuito de Buga (Valle del Cauca). La comunidad embera-chamí, a través de su gobernador solicitó el 1 de julio siguiente al Juzgado segundo penal que le entregue a los procesados, pues existe el derecho de juzgamiento por la comunidad según el artículo 246 la constitución. Con documentos pertinentes prueban la existencia jurídica como comunidad.

La Organización Regional Indígena del Valle del Cauca (en adelante ORIVAC), presentó un recurso de anulación del proceso ante la sala penal del Tribunal Superior de Buga, pues la jurisdicción especial indígena es aplicable en el caso y expone que la consanguinidad de los implicados con el gobernador lo resuelve la construyere indígena a través de “un consejo de gobernadores indígenas” y expone que la “ORIVAC” se constituyó en instancia jurisdiccional. En el proceso reposó desde entonces un concepto de la Antropóloga Claudia Paz donde se intentaba probar científicamente la existencia de la comunidad como estructura societal particular.

El juez segundo penal del Circuito de Guadalajara de Buga, no aceptó las razones esgrimidas por las autoridades indígenas, sosteniendo que “...no existe diferencia en la representación del mundo entre los hoy juzgados hermanos Escobar y el resto de las personas pertenecientes a la comunidad mayoritaria establecida en los municipios de Darién y Restrepo” y negó la competencia indígena, trabó el conflicto de jurisdicciones y dispuso enviar la actuación a la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura.

La sala en mención concluyó que la jurisdicción especial indígena no puede ser limitada, ya que se reúnan los requisitos exigidos por el artículo 246 de la Constitución política colombiana. De esta manera, no existían razones admisibles para desconocer las atribuciones de las autoridades indígenas. De esta manera, resolvió “dirimir el presente conflicto de competencias entre diversas jurisdicciones, asignando el conocimiento del proceso adelantado contra los indígenas Jairo Escobar Guegue y Florentino Escobar Siagama a la jurisdicción indígena representada por el Comité Ejecutivo de la Organización regional indígena del Valle del Cauca “ORIVAC”, conforme a las consideraciones expuestas en precedencia”. Más que un conflicto de competencias, desde lo procedimental, en el caso concreto se presentó un conflicto cultural, o en otras palabras, se expuso un conflicto normativo porque la nueva Carta Política, reconoce la pluralidad de sociedades y cosmovisiones en el país.

La antropología jurídica hace ruptura con la mirada positivista- silogística del derecho, donde la realidad sociocultural es concebida como homogénea, interpretada instrumentando una lógica estandarizada, “El antropólogo jurídico busca ofrecer al juez otro conocimiento: El de la cultura a la que pertenece y donde se ha desarrollado un individuo infractor del Derecho positivo, enfrenta el problema de mostrar lo posible, lo que puede llegar a ser aunque realmente no lo sea.” (Sánchez Esther: 13: 1992).

El antropólogo jurídico aporta a la lógica jurídica occidental la problematización del conocimiento objetivo construido por el saber dominante, el mundo social y cultural real, ya no es la estructura homogénea que organiza la NORMA JURIDICA, como control social privilegiado en el mundo moderno, la sociedad es polifónica, pluricultural y multiétnica, a tal punto que

dicho aporte se convierte en un principio constitucional (El Estado reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana en el artículo 7 de la Constitución de 1991).

La realidad objetiva “observada” por el juez segundo penal del circuito de Buga es que “...no existe diferencia en la representación del mundo entre los hoy juzgados hermanos ESCOBAR y el resto de las personas pertenecientes a la comunidad mayoritaria establecida en los municipios de Darién y Restrepo..”, por estar cerca de la sociedad mayoritaria sus formas de percibir el mundo y de sentir sus conflictos deben ser regladas por la principal forma, hipotéticamente, que representa las relaciones en la sociedad moderna: El discurso jurídico.

La antropóloga se pronunció aduciendo que los Escobar de Río Bravo ocupaban un territorio indígena y hacían parte de la comunidad conocida como el clan de los Escobar representados por las autoridades de su cabildo de acuerdo a su propio sistema cultural. Precisó que “...se trata pues de un grupo indígena que vive como colectividad y que lucha por la conservación de sus prácticas tradicionales, entendiéndose la tradición como algo dinámico, conjunto de nociones y estrategias que definen su identidad como concepto relacionado con el pasado pero basado en la actualidad”.

El juez “no vio” la diferencia. De esta manera, percibió hombres homogéneos, imputables para el discurso hegemónico, es decir, sólo veía ciudadanos. Si se traslada la situación a “la otra jurisdicción” serían inimputables. No “observó” las diferencias y que podían ser sujetos de sanción con otra lógica que no fuera la jurídica penal. Como anota Esther Sánchez, recordando a Don Juan, “no ve lo que no puede explicar”.

La Constitución de 1991 reconoce la diversidad y produce mecanismos para su realización con la jurisdicción especial indígena, lo normativo legal en el caso concreto se enmarca en darle viabilidad a esta posibilidad constitucional. El juez penal preconceptua igualdad e idéntica representación de la realidad. El juez constitucional, habilitado por la antropología, “ve” la diversidad de representaciones y objetiviza la jurisdicción especial indígena. El marco legal de los hechos narrados en la sentencia es la Constitución.

Las comunidades indígenas reclamaron por muchos años su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, el proceso participativo que llevó a la elaboración de la Carta Política de 1991 condujo a que normativamente se produjeran principios e instituciones que estructuran un contexto político- jurídico favorable a esta pretensión.

El caso presentado nos muestra el conflicto entre la lucha por el reconocimiento de la singularidad y los rituales y discursos que pretenden homogenizar la sociedad colombiana social y culturalmente. Si se reconoce como principio la diversidad étnica y cultural, se tiene que realizar éste en el funcionamiento del Estado y sus instituciones tienen que intentar “ver” las diferentes formas

de representación que se producen en nuestra estructura sociocultural.

El ideal constitucional entonces es que no medien los preconceptos en la relación de las dos jurisdicciones, la ordinaria y la jurisdicción especial indígena y que no se tenga que acudir a interpretaciones sobre su aplicación, sino con el simple acto que una autoridad indígena solicite la posibilidad de ejercer su autonomía jurisdiccional, los representantes de las otras jurisdicciones deben allanar procedimiento para que el pedimento se realice.

NORMAS LEGALES Y ARGUMENTOS ANTROPOLÓGICOS

Las normas legales, entendiendo la “ley” en sentido material, como se viene exponiendo, no son las normas expuestas en el fuero indígena o la ley de coordinación que prescribe el artículo 246 de nuestra Carta Política, sino la Carta Política misma, pues esta tiene naturaleza de norma jurídica imperativa.

Los conceptos antropológicos a operativizar en la solución del conflicto normativo expuesto serían: El concepto de cultura, involucrado desde el mismo momento en que se presentan los Escobar a la Fiscalía, pues exponen una actitud no “normal” en relación con la actitud del infractor “blanco”; el de identidad, reflejado en las peticiones de las autoridades Embera Chami y en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre autonomía de las comunidades indígenas; el de sujeto colectivo y no sujeto individual, expresado en la visión del juez penal y el pronunciamiento del peritazgo antropológico.

Los prejuicios expuestos por el juez segundo penal de Buga, para no aceptar que su comunidad los juzgue dependiendo a sus usos y costumbres son superados por la aplicación de los principios constitucionales y la fundamentación antropológica de la particularidad de la comunidad indígena a la que pertenecen los implicados en el proceso penal.

La constitución de 1991 produjo un cambio radical en la visión jurídica del país, en el capítulo primero expuso como principio que institucional y políticamente el Estado colombiano es un Estado Social de Derecho, o sea, un Estado que no sólo debe concretar el principio de la legalidad del liberalismo clásico, sino que debe funcionar para realizar objetivos éticos políticos en la sociedad que se enmarca. Un Estado Social de Derecho, que además reconoce que el país es pluriétnico y pluricultural, es decir que en él coexisten diferentes sociedades invisibilizadas en el discurso clásico liberal de la anterior constitución; (Constitución Política art. 7), un ordenamiento jurídico constitucional que reconoce que todas la culturas (sociedades), se deben relacionar en un marco de igualdad jurídica (Constitución Política art. 70), reconoce adicionalmente que las sociedades diferentes a la hegemónica poseen una jurisdicción propia, que jerárquicamente tienen las mismas prerrogativas que las

jurisdicciones tradicionales, (Constitución Política art. 246). Además el ordenamiento jurídico político reconoce a las autoridades tradicionales de las sociedades mencionadas como autoridades con autonomía política y administrativas (Constitución Política art. 330).

El caso analizado de conflicto intercultural de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, indicó que el paso de un Estado Derecho monocultural a un Estado de Derecho multicultural no es expedito, puesto que el deber ser de la nueva institucionalidad se llena de contenido cotidianamente en la tensión ideología liberal tradicional jurídica y nuevas concepciones sobre el derecho y la sociedad.

La carta Política de 1991 expresó la transición del país de un Estado monocultural a un Estado multicultural, es decir, que Colombia rompió institucional y políticamente con las concepciones del liberalismo clásico que observa a las sociedades como un grupo de sujetos con derechos fundamentales que se relacionan con el poder político de manera individual como ciudadanos. (Bobbio: 1996, pag 7).

Para el liberalismo clásico el control social institucionalizado, el derecho, debía cumplir con la función primordial de representar las principales relaciones de los ciudadanos tanto públicas como privadas, partiendo que todo los integrantes de la sociedad moderna eran ciudadanos, el principio de la legalidad se impuso. La ley iguala, homogeniza, establece ciudadanos.

Al relacionar la idea del Estado moderno con la ley, Norberto Bobbio plantea *“Por Estado de Derecho se entiende en general un Estado en que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan...”* (Bobbio: 1996, pag 4), el liberalismo establece una estructura cultural homogénea en la modernidad, ontológicamente el hombre tiene una única “naturaleza”.

Desde la visión liberal, Will Kymlicka replantea en su trabajo la teoría liberal tradicional, que observa los derechos individuales como pivotes fundacionales del Estado moderno (D’ABBRACCIO: 2001: 64), pero observa que esta perspectiva liberal tradicional entra en contradicción con el pedimento contemporáneo de derechos como grupo por parte de muchas colectividades, puesto que quien pide ser respetado no es el individuo sino un sujeto colectivo.

El concepto que resuelve el conflicto es el de ciudadanía diferenciada en función de grupo, los beneficiarios de esta categoría son comunidades étnicas y grupos de personas que tienen particularidades de expresión en las sociedades contemporáneas; facilita el reconocimiento de la diversidad cultural en la sociedad contemporánea, rompe con el liberalismo clásico y construye los

fundamentos para la propuesta de la existencia jurídica de Estados Multiculturales.

Plantea que un grupo tiene tres tipos de derechos diferenciados en función de grupo: derechos de autogobierno, derechos poliétnicos y derechos de representación *“Cada una de estas formas de derechos diferenciados en función de grupo ayuda a reducir la vulnerabilidad de los grupos minoritarios ante presiones económicas y las decisiones políticas del grueso de la sociedad”*(Kymlyincka: 1996, 76). Se concluye que las sociedades del presente son multiculturales y no monoculturales.

La antropología ha contribuido a replantear el modelo de Estado liberal, mostrando el derecho como una institución cultural *“... y de las curiosidades, seguramente la más curiosa es la interminable discusión que se ha generado en torno a los elementos que conforman el derecho. La cuestión de saber si este consiste en instituciones o en reglas, en procedimientos o en conceptos, en decisiones o en códigos, en procesos o en formas y si por consiguiente es una categoría comparable a la del trabajo que se presenta allí donde hallamos la sociedad humana o bien a la del contrapunto que carece de ese carácter universal”*(Geertz, Clifford: 1994, 26).

La antropología se une con la teoría política y jurídica moderna para encontrar lógicas y expresiones de verdad jurídica singulares que dialoguen con la sociedad hegemónica, produciendo modelos políticos más democráticos y tolerantes, que rompan con la idea moderna que uno de los deberes fundamentales del derecho es homogenizar..

Ni la sociedad moderna es la sumatoria de ciudadanos organizados frente al poder, ni el Derecho es solamente el conjunto de instituciones codificadas que planea la teoría clásica.

La sentencia que dirime el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena de los Embera Chami y la jurisdicción penal del municipio de Buga (V), indica que la aplicación del principio de nuestra Carta Política ha facilitado el fortalecimiento de la identidad de las comunidades indígenas del país.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la resolución de problemas jurídicos relacionados con la comunidades indígenas ha venido llenando de contenido las normas sobre diversidad étnica y cultural de la constitución, estableciendo criterios de relación entre la sociedad mayoritaria y las sociedades indígenas en lo político, en lo administrativo y en lo jurisdiccional (sentencias C- 139 de 1996, T- 254 de 1994 y T- 349 de 1996) y el comportamiento de estas tres dimensiones de la vida social de las comunidades en lo interno.

Exponer el Consejo Superior de la Judicatura que “En consecuencia no les está permitido a las referidas autoridades imponer penas proscritas en la Constitución Política: muerte, cadena perpetua, destierro o confiscación, tampoco podrán imponer sanciones con

desconocimiento del derecho de defensa entendido éste conforme a los usos y costumbres de esas etnias que no necesariamente tienen que coincidir con el elaborado a partir de los postulados demoliberales erigidos actualmente como patrimonio de la civilización occidental, igualmente deberán seguir un procedimiento conocido por los destinatarios de esas normas que les permita predecir cual será su reacción y la actuación de la autoridad tribal...”, es introducir en el discurso jurídico de las altas Cortes marcos conceptuales antropológicos que observan a las normas en contextos histórico culturales concretos.

Pese a que en la sentencia se presenta un reconocimiento de las funciones políticas, administrativa y jurisdiccionales de las autoridades indígenas, se produce la preocupación que se le reconozca, de una forma mecánica, carácter de autoridad indígena a la Organización Regional Indígena del Valle del Cauca - ORIVAC. Conocido es que estas organizaciones son producto de estrategias de representación e interlocución con la sociedad mayor de las comunidades indígenas y no se sostienen fundamentalmente de la estructura societal de las etnias que dice representar. Queda el interrogante ¿Qué tan estimulante de la identidad de las etnias es reconocerle calidad de autoridad indígena a estas organizaciones.?

En el discurso del juez segundo penal del circuito de Buga, se expresan posiciones que permiten suponer que la realización del discurso a favor de la diversidad étnica y cultural es un problema de cambio de paradigmas jurídicos. Los hermanos Escobar eran imputables, para el operador jurídico, es decir, tenían la conciencia de sus actos y de ninguna forma podría permitirse su juzgamiento por parte de la jurisdicción existente en la comunidad Embera Chami, pues allí se juzgaban los inimputables, los que no tienen la conciencia de sus actos. La visión etnocéntrica no es fácil de romper, la única lógica “real”es la que ha construido Occidente, los otros son discursos para sociedades atrasadas, sin conciencia..

En la solución del conflicto intercultural desde lo normativo, la alta corporación realizó una aplicación edificante del conocimiento científico. Construyó una solución que preserva la Carta Política, en sus valores y principios y mantiene criterios que fundamental la diversidad jurisdiccional del país. La Corte Constitucional establece criterios para el diálogo cultural, exagerando en lo del reconocimiento de funciones jurisdiccionales a la ORIVAC, pero con el propósito de proveer a las comunidades indígenas de perspectivas para la defensa de sus identidades.

Después de reflexionar acerca de las implicaciones de este estudio de caso ocurrido en el suroccidente colombiano, es pertinente explicitar los procesos históricos y políticos que dieron origen a la Constitución de 1991 como una apuesta de reconocimiento multicultural en un país que no se caracterizó precisamente en su corta vida republicana en reconocer las otredades.

LA HOMOGENEIDAD REPUBLICANA (1820-1991) UNA MIRADA A LA HISTORIA DEL ESTADO NACIONAL COLOMBIANO

La filosofía política de la República Democrática y Constitucional surgida a partir de la independencia colombiana en 1820, no reconocía a las culturas y a las identidades étnicas de los pueblos indígenas como valiosas y dignas de garantía constitucional ni legal. Sus premisas éticas de libertad e igualdad encerraban una paradoja: si todos los ciudadanos, individualmente considerados, habían de ser vistos como libres e iguales ante la ley, nada justificaba que los ciudadanos o los pueblos indígenas fueran tratados de manera distinta, por el hecho de su identidad indígena. Según esa filosofía, nada justificaba que los pueblos indígenas tuvieran un trato diferenciado ni una consideración privilegiada como pueblos distintos al pueblo general de colombianos. Es por eso que, a pesar de que en el Decreto de 18 de septiembre de 1824, el Gobierno del General Santander reconoció que los pueblos indígenas que habitaban el territorio constituían Naciones de Indios, es decir, Pueblos en el sentido que registraba y que registra actualmente el derecho internacional (SOTELO: 2000: 25).

En su proyecto igualitario, la política de construcción de la Nación se concentró entonces en homogenizar cultural y políticamente a todos sus habitantes, es decir, la política de derechos humanos que se adoptó respecto a pueblos indígenas en el marco de las Repúblicas Monoculturales Colombianas (1820-1991) era semejante a la política colonial británica inspirada por la filosofía integracionista. Las categorías "Protección" y "Civilización" fueron igualmente las premisas que alentaron la política de los derechos humanos de los ciudadanos indígenas durante las Repúblicas Monoculturales colombianas (Sotelo; Op. cit: 31). En desarrollo de esas premisas se expidieron numerosas normas especiales para indígenas, de las cuales debe destacarse la Ley 89 de 1890, "*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*." Esta fue la última ley que reguló de manera macro las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas de Colombia antes de la actual Carta Constitucional formulada en 1991.

La Ley 89 de 1890 aceptó la vida comunitaria y la titulación colectiva de tierras en cabeza de los pueblos indígenas como elementos de una fase temporal, que debía ser superada mediante la actividad de los misioneros católicos, que la misma ley ordenó. Se buscaba de esa manera socavar las convicciones más sagradas de los indígenas, para así forzarlos a aceptar el estilo de vida del resto de ciudadanos colombianos.

LA ETAPA DEL RECONOCIMIENTO FORMAL DE LAS DIFERENCIAS CULTURALES

La expedición en 1991 de una nueva Carta Política, entendida por muchos como una especie de tratado de paz entre varios sectores de la sociedad, marcó sin duda el nacimiento de una nueva fase en las relaciones entre todas las minorías étnicas, no sólo los indígenas, y el Estado colombiano. Más adelante me referiré a las sentencias de la Corte sobre este asunto. Cabe señalar tres principios que fueron consignados por primera vez en la historia constitucional colombiana y que marcan el rompimiento radical con la anterior etapa de reducción. Esos nuevos principios generan tensiones interpretativas dentro del esquema de principios y derechos de la Carta.

En primer lugar, está el principio del reconocimiento y de la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7 Const.). En segundo lugar, el reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (Art. 70 *ibidem*). Por último, está el principio de la autonomía normativa y judicial consignado en el art. 246 de la Constitución en los siguientes términos: "*Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.*"

La nueva filosofía política que inspira estas normas corrige y amplía la filosofía liberal con la que fue fundada la República. Los miembros de las distintas comunidades indígenas de Colombia ya no son sólo vistos como ciudadanos colombianos cuyas vidas merecen protección sino que además son reconocidos como ciudadanos y pueblos diferentes culturalmente al resto de colombianos. Sus culturas ya no son valoradas como "obsoletas" o como "no civilizadas", sino como de igual dignidad y valor que las del resto de colombianos. Las implicaciones de este cambio en la filosofía política para los derechos humanos de los pueblos indígenas son de trascendental importancia y son el resultado de una larga lucha política y, en ocasiones, armada.

En una República Multicultural, además de los derechos humanos básicos a los que tiene derecho todo ciudadano de una república democrática (vida, integridad corporal, igualdad ante la ley, intimidad y buen nombre, información, privacidad, honra, libre desarrollo de la personalidad, libertad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de expresión, petición, libertad de locomoción, libertad de profesión y oficio, educación, salud, debido proceso, presunción de inocencia, habeas corpus, prohibición de ser sometido a esclavitud, prohibición de destierro, prohibición de desaparición forzada, a torturas, a trato crueles, inhumanos o degradantes, asociación, derechos políticos), los pueblos indígenas y sus integrantes tienen derechos colectivos que buscan garantizar su existencia como cultura diferente a la del resto de ciudadanos. Este paso de reconocer la titularidad colectiva, no ya meramente individual de derechos humanos se registra como un logro decisivo dentro de la historia de la resistencia de los pueblos indígenas de América. La clásica función de los derechos humanos había sido la de definir la relación del

individuo con el Estado, y todos los individuos eran asumidos como homogéneos culturalmente. Esta relación, iluminada por la filosofía clásica liberal del S.XIX, era recogida por el derecho público en el concepto de *libertad negativa*.

Si el principio de igualdad exige que todas las personas sean tratadas por la ley de igual manera, y que por lo tanto todos los derechos humanos sean igualmente aplicados a unos y a otros, ¿cómo es posible que la Constitución trate de manera diferente a los pueblos indígenas otorgándoles “derechos humanos” exclusivos para ellos? ¿Hasta dónde pueden llegar los derechos propios de las comunidades indígenas? ¿Debe el Estado Multicultural tolerar toda clase de decisiones autónomas de las comunidades indígenas, incluso aquellas que vulneren derechos individuales de sus miembros o que se opongan a intereses de la mayoría numérica de colombianos?

¿Cómo armonizar la política de globalizar los derechos humanos individuales e “inalienables de la persona”(art. 5 Constitución) con la de reconocer la fragmentación cultural a la nación, fragmentación representada en los derechos diferenciados?

La introducción de la dimensión multicultural en la Constitución Colombiana de 1991 generó tensiones que no han sido resueltas, y en la que se perfilan dos posiciones:

Una, la que propone maximizar la autonomía de los pueblos indígenas y otra, la que propone minimizarla, justificando paralelamente la prevalencia de los derechos humanos individuales y de la soberanía del poder central sobre cualquier complejo de normas propias y de autonomías territoriales. La primera es la posición de las comunidades indígenas y de sus defensores, la segunda es la posición de las personas más afiliadas a la tradición liberal decimonónica. Los momentos en los que con mayor claridad aparece esta diferencia de opiniones, son aquellos en los que están en juego las operaciones de seguridad del Estado o aquellos en los que un proyecto de desarrollo económico, como lo son los de explotación de recursos minerales, choca con intereses indígenas. En esos momentos, los derechos de las comunidades indígenas entran en choque con los intereses estratégicos y económicos de los gobiernos y de las empresas, especialmente de las empresas multinacionales, quienes alegan los derechos individuales al trabajo, a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la libertad económica, entre otros. Durante estos procesos, indígenas miembros de las comunidades en cuestión entran, voluntaria o forzosamente, en el dilema de si apoyan proyectos que les implicarían sin duda una sustancial mejora económica para ellos y para sus familias inmediatas, o si resisten y apoyan más bien la sobrevivencia de su pueblo como cultura diferenciada, no activa dentro de la sociedad de consumo y capitalista.

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO POLÍTICA DE ESTADO

A pesar de la positivización en varias constituciones americanas de algunos derechos humanos de los pueblos indígenas, así como de los actuales esfuerzos al interior de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos por expedir una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas y una Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, respectivamente, debe recordarse que aun, y quizás en mayor medida que los derechos universales-individuales del hombre, la efectividad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas depende en alto grado del nivel de consciencia y de decisión política que los respalde. Serán reconocidos como derechos en la medida en que un proceso político los logre ubicar a tal nivel (SOTELO: Op: cit)

El esfuerzo por diseñar y por poner en acción una política de derechos humano tiene sentido al interior de una sociedad que haya desechado el camino de los enfrentamientos violentos para la solución de sus conflictos. Valgan como ejemplo las experiencias de México y de Guatemala. A pesar de que el 60% de la población de Guatemala es indígena, no contaba con normas constitucionales ni legales que reconocieran el carácter multiétnico de la nación, ni que reconocieran derechos humanos específicos de los pueblos indígenas. Fue así como la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (U.R.N.G.) firmó en 1995 un acuerdo de paz con el gobierno de Guatemala en el que incluyó extensos puntos sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas. Lo mismo ocurrió en los acuerdos que suscribieron el gobierno federal mexicano con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1996. La falta de consciencia y de decisión política de los gobiernos de Guatemala y de México legitimó una lucha armada que, gracias a la adopción de los principios relativos a identidad cultural y a multiculturalidad de la Nación como Políticas de Estado, pudo ser superada.

Sin embargo, el hecho de que un Estado consagre en su Constitución o en sus leyes un catálogo de derechos humanos para pueblos indígenas no es garantía suficiente de que esos derechos se vayan efectivamente a cumplir. El catálogo de derechos y sus correspondientes mecanismos judiciales de defensa deben hacer parte de toda una política de derechos humanos de carácter permanente que los Estados deben estar dispuestos a implementar. Visto así el tema de los derechos humanos, como parte integrante de una Política de Estado, y no solamente como una consigna de momento, deben aceptarse las siguientes conclusiones:

Los derechos humanos de los pueblos indígenas que tengan rango de principio y/o de derecho constitucional son la expresión fundamental de esa Política de Estado y determinan la estructura organizativa del mismo. (ver punto tres)

En la medida en que el interés y la necesidad de los pueblos indígenas de Colombia por sobrevivir como culturas diferentes son una Política de todo El Estado

Colombiano consignada en la Constitución, su defensa no puede entenderse como la defensa de un interés particular de las comunidades indígenas, sino como la defensa de un interés general de la Nación colombiana. De la misma manera como el asesinato o el secuestro de un individuo concreto no solamente lo afectan a él y a su familia sino que además afectan el interés de todos los colombianos por gozar de un ambiente social seguro, tranquilo y digno, la extinción de un pueblo indígena y de sus aportes culturales no solamente afecta a esa comunidad concreta sino que también es un factor generador de conflicto interno y empobrece la riqueza cultural de toda la Nación colombiana.

Ejemplo: El derecho y el interés constitucionalmente legítimo de una parte de la población colombiana por construir una carretera que los comunique con el resto del país debe ceder ante el derecho de la comunidad indígena que habita el territorio por el cual pasaría dicha carretera, siempre que esa construcción o el desplazamiento físico al que se verían sometidos los indígenas amenacen la integridad cultural de la comunidad indígena. En este caso, el interés de la comunidad indígena por sobrevivir como cultura no es visto como un interés particular, sino como un interés general de mayor rango que el interés general de desarrollar infraestructura vial en esa parte del territorio colombiano.

Como lo demuestra el anterior ejemplo, es deber de la Corte Constitucional, entidad competente dentro de la estructura organizativa del Estado para emitir la última palabra respecto a la interpretación de la Constitución, pronunciarse acerca de la relación de jerarquía y de prioridad en la que, en cada caso concreto, se encuentran los principios y derechos relativos a Pueblos Indígenas con respecto a los otros principios y derechos constitucionales. Debe pronunciarse, por ejemplo, acerca de la manera en que deben armonizarse el principio del respeto y de la promoción a la identidad cultural con el principio constitucional de que los recursos del subsuelo pertenecen a la Nación. Debe en general, a través de los casos que vayan siendo sometidos a su estudio, ponderar los intereses, los bienes jurídicos y los principios normativos que están en juego y proponer una categorización de los mismos. En últimas se trata de encontrar un equilibrio entre las distintas políticas de estado para que las unas no anulen a las otras, para que por ejemplo la política de desarrollo económico no intervenga de manera arbitraria y desmedida en la política de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Ejemplo: el Estado colombiano dio mayor importancia a la construcción de una hidroeléctrica en el Departamento de Córdoba que a la protección de la integridad cultural de la comunidad emberá katío, quienes habitaban esa zona. Los impactos ambientales y socio-culturales están amenazando de manera grave con afectar la existencia de esa cultura.

Es muy importante no leer de manera descuidada la directiva sentada por la Corte Constitucional respecto a la

“justicia del caso concreto”. La ponderación de principios y de políticas de Estado no puede obedecer a una directriz general emanada del Congreso ni mucho menos del Ejecutivo. Debe obedecer a la utilización de las técnicas de hermenéutica constitucional aplicadas a cada caso. Dice la Corte:

“La sopesación de los principios de diversidad étnica y cultural vs. Unidad política y protección de los derechos fundamentales, conforma 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, como las acciones ordinarias o la acción de tutela...”

El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la “justicia del caso concreto” de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.”

Para el ejercicio de esa función, y debido a que se trata de la interpretación de una Política de Estado, es deseable que la Corte consulte y armonice todos los intereses en juego. En otras palabras, para que sus decisiones gocen de mayor legitimidad política, es deseable que sean el resultado de un proceso democrático y participativo de discusión, es decir, que no sean la imposición de una visión centralista y abstracta de lo que “lo justo” ordena, sino que permitan que las visiones locales de “lo justo” encuentren eco. Para ese efecto, la Constitución y la ley proveen básicamente dos procedimientos:

Intervención ciudadana: Cualquier ciudadano puede intervenir como impugnador o como defensor de las normas sometidas al control de la Corte Constitucional en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. (Art. 242 C.N.) De acuerdo con esta norma, cuando a la Corte llegue por ejemplo un tratado internacional o una ley aprobatoria, una ley estatutaria o una demanda de inconstitucionalidad contra un decreto legislativo, cualquier ciudadano, y por lo mismo cualquier indígena puede presentar un escrito en el que haga manifiestos los aspectos en los cuales esa decisión afectaría sus derechos constitucionalmente protegidos.

Audiencia Pública: Los magistrados de la Corte Constitucional pueden citar a audiencia a personas que con sus testimonios ayuden a esclarecer un punto

concreto de naturaleza constitucional (art. 12 D.L. 2067 de 1991).

No obstante ese proceso político y democrático al que la Corte debe someter sus decisiones en torno a la interpretación de la política de derechos humanos de los pueblos indígenas, como órgano judicial que es, y en la medida en que esté garantizando la efectividad de derechos colectivos indígenas que ella misma haya reconocido como fundamentales, debe someter sus análisis a unas pautas mínimas dictadas por la dogmática jurídico-constitucional, y en especial por las teorías acerca de la interpretación constitucional.

Las dos pautas más importantes a este respecto son las que la jurisprudencia de la Corte, adoptando criterios de la teoría constitucional alemana, ha venido a llamar a.) *principio de proporcionalidad* y b.) *teoría del núcleo esencial*. Aplicando estos dos principios al tema concreto de los derechos humanos de los pueblos indígenas se tiene que, siempre que una autoridad pública adopte una medida que restrinja o amenace el derecho de algún pueblo indígena a su integridad cultural, la Corte debe analizar si la restricción en estudio respeta el principio de proporcionalidad y debe preguntarse si esa limitación no afecta el núcleo esencial del derecho fundamental del pueblo indígena, por ejemplo el derecho fundamental a la integridad cultural.

III. Derechos Humanos Diferenciados

III.1 Igualdad y Diferencia

ARTICULO 13. (Constitución) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El punto normativo que es común pero que a la vez distingue a las Repúblicas Monoculturales de la República Multicultural consagrada en la Constitución de 1991, es el punto de la igualdad. Ambos tipos de repúblicas encuentran en la igualdad uno de sus principios éticos y jurídicos esenciales. De ahí que pueda decirse que la República Multicultural es producto de una redefinición de la República liberal monocultural anterior. Pero, mientras que en las Repúblicas Monoculturales, el contenido del principio de la igualdad se restringía a los aspectos de a.) igualdad ante la ley, b.) igualdad de trato, y c) interdicción de toda discriminación, dirigidos todos solamente a la protección de individuos, en la República

Multicultural el principio de la igualdad se transforma de las siguientes maneras:

EL ÉNFASIS EN LA IGUALDAD MATERIAL

Como se puede leer en el artículo transcrito, su primer párrafo postula el derecho fundamental a la igualdad, entendida ésta como ya se le venía entendiendo desde el siglo XIX y casi todo el S.XX, período durante el cual tuvieron vigencia todas las Repúblicas Monoculturales de Colombia. Postula el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades (igualdad de trato) y postula el derecho a la no discriminación. Todo este conjunto de aplicaciones del derecho a la igualdad son de naturaleza abstracta, de naturaleza formal, no apuntan a considerar las condiciones materiales, las circunstancias reales de carácter cultural ni de carácter social ni económico de las personas, porque responden justamente a la necesidad de romper con el esquema de privilegios y desigualdades derivadas del origen de los individuos. Parten del supuesto teórico de que cada persona, como ciudadano, debe ser sujeto del mismo catálogo de deberes y de derechos y buscan por lo tanto lograr, mediante el poder del derecho y del Estado, homogeneizar culturalmente al pueblo. Durante la vigencia de todas estas aplicaciones del derecho a la igualdad tuvieron también vigencia las leyes que ordenaban la "reducción", la "civilización" de las naciones indígenas, leyes que prescribían incluso su integración a la comunidad católica e hispanoparlante. La igualdad no se predicaba de las culturas, de las "civilizaciones" entre sí. Entre ellas, las Constituciones Monoculturales se decidían por una, por la de tradición hispano-lusitana, así no lo dijeran de manera expresa.

El segundo párrafo del actual artículo 13, en cambio, introduce un elemento nuevo, como es el de derivar del derecho a la igualdad la consecuencia de que el Estado deba velar porque la igualdad sea efectiva y real. Se trata de una complementación, no de una anulación de la visión formal de la igualdad. Y, aunque no esté dirigido a las minorías étnicas y culturales de la Nación en particular, este párrafo, por tratarse de una norma general, sí constituye una herramienta muy útil también para las minorías por la sencilla razón de que, a nivel constitucional, se reconoce que entre las distintas personas que habitan Colombia, efectivamente hay diferencias. Y no se queda ahí, reconoce además, que en vista de esas diferencias, se justifica que el Estado trate de manera distinta a los distintos, si es del caso, adoptando medidas de protección especiales, que no toma respecto a otros grupos de la población. Mientras la igualdad formal es herramienta para que el Estado ejerza su poder de manera imparcial y neutra, la igualdad promocional es herramienta para un Estado interventor. El Estado de una República Multicultural es, por lo tanto, un Estado interventor, un Estado que no es indiferente. El instrumento técnico de esa intervención es justamente la reinterpretación del principio de igualdad, especialmente en su aspecto de la igualdad de trato. La igualdad ante la ley y la interdicción de discriminación, tal y como venían siendo interpretadas en las repúblicas monoculturales son

compatibles con los principios de una república multicultural. Es más, son necesarias. La sentencia C-139/96 lo demostró al declarar la inexecutable del artículo de la ley 89 de 1890 que asimilaba a los indígenas a menores de edad para cuando éstos realizaran contratos de compraventa sobre sus porciones de tierra. Este es un caso clásico de discriminación y de violación al derecho de igualdad ante la ley: el párrafo del artículo 98 de la Constitución dispone que, *"Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años"*, sin distinguir entre indígenas y no indígenas. Si ese es el tenor de la Constitución, mal puede entonces una ley diferenciar entre indígenas y no indígenas para efectos del ejercicio de los derechos derivados de la calidad de ciudadano, y peor aun hace si asimila a los indígenas con menores de edad, es decir, si los trata como personas incapaces de ejercer de manera plena los derechos de ciudadano. En otras palabras, tanto la igualdad ante la ley, como el principio de no discriminación, también son herramientas de una sociedad multicultural pues evita, en el caso colombiano, que a los indígenas se les discrimine en la ley por razón de su cultura.

LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL COMO UN OBJETIVO RAZONABLE QUE JUSTIFICA TRATOS DIFERENCIADOS

La reinterpretación del derecho a la igualdad de trato por sí sola no es suficiente para poder decir que estamos frente a una república multicultural. Hay repúblicas muy avanzadas en la aceptación de una igualdad de trato diferenciada, como Alemania, pero que no reconocen la identidad cultural como un objetivo legítimo ni conveniente para la expedición de normas diferenciadas. Sus normas diferenciadas persiguen por lo general el objetivo de corregir desigualdades socioeconómicas o de género y se enmarcan por lo tanto en la filosofía política del Estado Social de Derecho. Conceden de esa manera privilegios laborales para madres solteras que no conceden a madres que viven con sus esposos. Pero la realidad de los países americanos como es el caso de Colombia, con más de 80 pueblos indígenas a su favor en el inventario de sus riquezas, es bien distinta a la realidad de un país mucho más homogéneo culturalmente como lo es Alemania. Por esta razón, la filosofía del Estado Social de Derecho, que la Constitución colombiana también recoge en su artículo primero, no puede servir de soporte filosófico para el Estado Multicultural.

La filosofía del Estado, organizado políticamente como una República Multicultural, coincide con la filosofía del Estado social de derecho pero no se agota en ella. Le adiciona un elemento ético, político y normativo: el del reconocimiento y la promoción de la identidad étnica y cultural como un principio constitucional de primer rango. En otras palabras, hay Estados sociales que no son multiculturales, como es el caso de Alemania. Si bien el objetivo del Estado social de derecho es el de equilibrar la balanza de las desigualdades socioeconómicas, el objetivo del Estado multicultural es el de garantizar el

igual derecho de cada cultura y etnia que habita el territorio, a existir y a desarrollarse como cultura diferente.

El hecho de que además, varios indígenas, especialmente los más aculturizados, pertenezcan a las "clases" sociales menos favorecidas, y que por lo tanto también sean beneficiarios de la filosofía del Estado Social, no puede confundirnos. Unos son los tratos diferenciados que ellos reciben como etnia y cultura diferente, y otros son los tratos diferenciados que ellos reciben como personas en situación de pobreza o de necesidad. En razón de su membresía e identidad cultural, por ejemplo, ellos reciben el derecho a la autodeterminación judicial y cultural, el derecho a la titularidad colectiva de sus territorios, el derecho a ser informados y consultados cuando un proyecto de desarrollo pueda afectar su integridad como cultura, o el derecho a ejercer de manera colectiva acciones judiciales como la de tutela. En razón de su calidad de ciudadanos colombianos, y de ser personas que carecen de dinero para aportar al sistema de seguridad social, por ejemplo, ellos reciben el derecho a la seguridad social subsidiada, al igual que muchos otros colombianos no indígenas. Sólo que de nuevo, invocando su especificidad cultural, los indígenas solicitan que los subsidios que ellos reciban para salud puedan ser destinados a pagar médicos que conozcan la medicina tradicional y que practiquen conocimientos armónicos con su concepción cultural de la enfermedad.

En conclusión, tanto el Estado social como el Estado multicultural contemplan una igualdad de trato que admite diferenciaciones, ambos son además Estados interventores, pero los objetivos perseguidos por el Estado social son distintos a los perseguidos por el Estado Multicultural. En el Estado multicultural, la protección y la promoción de las diferentes identidades étnicas y culturales constituye el objetivo razonable que justifica tratos diferenciados. En el Estado multicultural, por eso, el objetivo político y estatal de "reducir" y de "civilizar" los pueblos indígenas, tal y como lo ordenaba la Ley 89 de 1890, no constituye una justificación para "diferenciaciones legítimas", sino que constituye el sustento para las discriminaciones culturales, y es por lo tanto un objetivo inconstitucional.

En otras palabras, el objetivo constitucional de proteger y de promover la identidad y la integridad de las minorías culturales comprende, en primer lugar, el objetivo de garantizarles su subsistencia física y cultural, lo que implica adelantar todo tipo de acciones políticas, constitucionales, legales, administrativas, reglamentarias, judiciales y, si es del caso, de policía, que sean adecuadas, necesarias y oportunas para evitar que estos grupos étnicos y culturales sean víctimas de una desaparición física y cultural forzada. La acción debe ser oportuna, porque tal y como lo afirma la misma sentencia más adelante,

"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.”(pág.18)

El objetivo constitucional de proteger y promover la identidad y la integridad de las minorías culturales pretende pues, como primera medida, evitar a toda costa el etnocidio físico y cultural, para lo cual se debe además propender por la supervivencia de los ecosistemas que estos grupos habitan y sin los cuales, morirían culturalmente, y con alta probabilidad, también físicamente. En otras palabras, el objetivo constitucional de evitar la extinción física y cultural de los pueblos indígenas está íntimamente ligado al objetivo también constitucional de conservar el medio ambiente, especialmente el medio ambiente que cada pueblo indígena habita. De esta manera, la protección del medio ambiente se convierte en un medio para la protección de la existencia física y cultural de los pueblos indígenas.

El objetivo de la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas es tanto un principio constitucional como un derecho humano específico y colectivo de estos pueblos. Encuentra su fundamento en instrumentos internacionales ratificados por el Congreso colombiano como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional a través de sus sentencias.

Una vez aclarado que la protección y la promoción de la existencia y de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas constituye un objetivo que hace legítimos los tratos diferenciados, debe entrarse a analizar si los medios escogidos por el Estado para ese fin son adecuados y necesarios. De no resultar así, tendríamos que aceptar que esos tratos constituirían discriminaciones respecto al resto de colombianos no indígenas, es decir, diferenciaciones ilegítimas y por lo tanto, inconstitucionales.

El medio escogido para alcanzar el fin de la defensa de la identidad étnica y cultural es, en general, el de los derechos colectivos. La Constitución lo hace de manera expresa en su artículo 329, cuando se refiere a la titularidad colectiva de los resguardos (“Los resguardos son de propiedad colectiva e inalienable”). En otras palabras, tal y como lo interpreta Manuel José Cepeda, la Corte reconoció la naturaleza colectiva de todos los derechos étnicos como una regla general. Corresponde entonces entrar a analizar si el medio consistente en otorgar a los pueblos indígenas el privilegio de ser titulares de derechos colectivos de los cuales no son titulares otros colombianos, es un medio adecuado y necesario (razonable) para la consecución del objetivo de garantizar y promover la supervivencia física y cultural de esos pueblos.

Adecuación.

En otras palabras, los derechos humanos de los pueblos indígenas, como derechos colectivos, son medios adecuados para la protección efectiva de la integridad

física y cultural de estos pueblos, porque los legitiman para ejercer la acción de tutela como mecanismo de defensa, cosa que no lograrían con los derechos colectivos generales.

Más polémica resulta la pregunta acerca de si los derechos colectivos específicos para pueblos indígenas son un medio necesario para la consecución del fin de garantizar y promover la supervivencia física y cultural de esos pueblos.

Necesidad

¿Por qué los derechos individuales comunes, como por ejemplo el de libre asociación, no son medios suficientes para alcanzar el objetivo constitucional de la promoción de la identidad cultural? ¿Por qué resulta necesario diseñar un tipo especial de derechos para la defensa de los intereses indígenas? ¿No hay otros medios igualmente adecuados pero menos gravosos? La pregunta por la necesidad, como lo decía más arriba, es más difícil por cuanto es sobre la cual hay menos consenso en la literatura y en la práctica. Se trata nada menos que de justificar la existencia de derechos colectivos diferenciados en el marco de una tradición que, como la colombiana, sigue predominantemente los planteamientos clásicos de la filosofía liberal, cuyo eje es la libertad individual.

Ser miembro de una comunidad indígena, y hablar por ejemplo la lengua nativa, ha constituido históricamente una desventaja frente a los miembros de la cultura dominante y de su idioma. Ser miembro de una comunidad indígena, o de una comunidad negra, ha servido para ser discriminado, mientras que ser miembro de la sociedad dominante ha servido para ser privilegiado. Los derechos colectivos específicos para los pueblos indígenas o para los afrocolombianos pretenden corregir esa desigualdad entre las membrecías.

El otro argumento en defensa de los derechos colectivos diferenciados es el del valor de la diversidad cultural. Según este argumento, la diversidad cultural debe ser protegida *per se*, con independencia de los miembros de cada cultura, debido a que la diversidad incrementa las posibilidades humanas de vivencias, de visiones del mundo, y de sistemas sociales adaptativos. Según esta visión, la diversidad cultural hace parte de la riqueza humana de la Nación, y la riqueza de la Nación merece una especial protección por parte del Estado (artículo 8 Constitución).

Acéptense o no estos dos argumentos, lo cierto es que la concesión de los derechos colectivos a los pueblos indígenas busca corregir una serie de hechos históricos que no han obedecido a criterios de justicia sino a la ley del más fuerte. Los derechos humanos individuales no fueron suficientes para la corrección de esas injusticias porque ni siquiera las identificaban como tales. Dentro del marco de una República organizada según los lineamientos de un Estado democrático y liberal de derecho, cualquier alternativa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas debe ir dirigida a contrarrestar la

desigualdad fáctica que existe entre las diversas identidades culturales que habitan el territorio.

En conclusión, el argumento de la igualdad y el del valor de la diversidad justifican la necesidad de conceder derechos colectivos y específicos para las minorías culturales, con el fin de proteger y promover la supervivencia identitaria de los individuos de esos pueblos.

III.2 Derechos colectivos indígenas. Panorama.

Hay derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente, que, por el hecho de haber sido aprobados al interior de cada país, hacen parte de la legislación nacional. Otros son reconocidos por la Constitución nacional. En lo que resta de este documento me centraré en los derechos a la supervivencia física y a la integridad étnica y cultural, reconocidos constitucionalmente como fundamentales, pero a continuación ofreceré un esquema del ámbito de protección de los unos y de los otros. Los principales derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos tanto en el Convenio 169 de la O.I.T. (Ley 21 de 1991) como en la Constitución colombiana, corresponden a los siguientes ámbitos de protección: la supervivencia física y cultural (artículos 7, 70 y 330 Constitución), la autodeterminación política, judicial y económica, sobre sus recursos y sobre el territorio -no desplazamiento- (artículos 9, 246 y 329 Constitución), participación política, la identidad cultural (lengua, medicina tradicional, educación, familia), igual dignidad entre las culturas (rechazo a la asimilación), la representación especial en los órganos políticos de decisión (artículos 171 y 176 Constitución), la participación en el diseño de planes de desarrollo que los afecten, nacionalidad, propiedad sobre sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, la no división cultural por las fronteras, conservación del medio ambiente, la propiedad intelectual sobre sus conocimientos ancestrales, derecho laboral, acceso a los medios masivos de comunicación y protección efectiva de sus derechos. Los conceptos básicos que guían estos derechos son respeto (reconocimiento), autonomía, igualdad, representación especial y participación.

EL INCREMENTO DEL DESCONOCIMIENTO CULTURAL. EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

Cerca de las 2/3 del territorio colombiano sufre de un agresivo posicionamiento estratégico de los grupos armados, en un contexto marcado por la puesta en marcha del Plan Colombia. En el departamento del Cauca, cercano a la frontera con la República del Ecuador, por ejemplo, las autodefensas Unidas de Urabá y Córdoba hacen presencia en catorce municipios (33%), mientras que las FARC y el ELN dominan las localidades restantes (67%). Los grupos armados han fomentado con sus prácticas la exclusión e invisibilidad del otro como sujeto o como miembro de un colectivo, desde una clara perspectiva de racionalidad instrumental. En esa dinámica política-militar, los pueblos indígenas han desarrollado estrategias de resistencia y protección comunitarias frente al incremento del pie de fuerza en la

región, ante la incapacidad del Estado para su defensa legítima.

Pese al reconocimiento constitucional de la Jurisdicción especial indígena, el conflicto armado se ha recrudecido por las crecientes agresiones de los actores involucrados- movimientos guerrilleros, paramilitares y narcotráfico-, los cuales han desconocido los significados del fuero especial indígena. En esta región multiétnica, sus territorios se han convertido en espacios de intenso conflicto y cambio socio-cultural. Interesa entonces poner en evidencia las diversas lógicas que se entrecruzan, tanto las de defensa étnica-territorial, como las instrumentales de los actores armados y grupos narcotraficantes.

Los grupos armados están imponiendo penas de muerte, cadena perpetua, destierro o confiscación con desconocimiento del derecho de defensa, entendido éste conforme a los usos y costumbres de esas etnias. Han sido violados los derechos de autogobierno y poliétnicos. Los actores armados niegan el reconocimiento de las funciones políticas, administrativa y jurisdiccionales de las autoridades indígenas, se produce la preocupación que se le reconozca, de una forma mecánica, carácter de autoridad indígena al Consejo regional indígena del Cauca (CRIC). Conocido es que estas organizaciones son producto de estrategias de representación e interlocución con la sociedad mayor de las comunidades indígenas.

Las autodefensas Unidas de Urabá y Córdoba, al igual que las Farc, perciben hombres homogéneos, imputables para el discurso hegemónico, es decir no observan la diferencia. No "ven" que afrocolombianos, indígenas y mestizos son diferentes y que pueden ser sujetos de sanción con otra lógica que no sea la jurídica penal. Como anota Esther Sánchez, el guerrillero, el paramilitar y el soldado "*no ven lo que no pueden explicar*" (Sánchez; 1998: 13).

Los colombianos observan un agresivo posicionamiento estratégico de los grupos armados, en un contexto marcado por la puesta en marcha del Plan Colombia. En el departamento del Cauca, las autodefensas Unidas de Urabá y Córdoba hacen presencia en catorce municipios (33%), mientras que las FARC y el ELN dominan las localidades restantes (67%). Los grupos armados han fomentado con sus prácticas la exclusión e invisibilidad del otro como sujeto o como miembro de un colectivo, desde una clara perspectiva de racionalidad instrumental. En esa dinámica política-militar, los paeces y guambianos han desarrollado estrategias de resistencia y protección comunitarias frente al incremento del pie de fuerza en la región, ante la incapacidad del Estado para su legítima defensa.

El Consejo regional indígena del Cauca (Cric), estableció en sus primeros puntos el problema territorial, recuperar y ampliar las tierras de resguardos y defender la historia, la lengua y las costumbres indígenas (Programa político 1971). Según Gómez, los paeces saben por experiencia

propia que sin territorio, o por fuera de él, pierden su lengua, su identidad, sus derechos y sus costumbres, se convierten culturalmente en ciudadanos de segunda clase: se perdería la memoria; al mirarse en las grandes ciudades o en los campos despoblados no podrían reconocerse.

En los territorios jurídicamente ya reconocidos y en los que están siendo ampliados habitan, además de las etnias, sectores campesinos y colonos (en algunos casos también hay comunidades negras) y tienen presencia grupos guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes: además, en la mayoría de ellos hay una fuerte presencia de misiones católicas y evangélicas. En general, las relaciones con esos sectores están marcadas por fuertes tensiones y conflictos cotidianos, principalmente de carácter ideológico, político religioso y, naturalmente, por disputas de tierras con terratenientes o pequeños campesinos colonos. Su solución escapa a las formas de tratamiento de los conflictos que tienen los indígenas, bien porque los demás sectores se oponen radicalmente a ellas o, simplemente, porque las ignoran o porque los indígenas no encuentran sentido en promoverlas y aplicarlas (Gómez; 2000: 55)

Desde mediados de los ochenta y principios de los noventa, los narcotraficantes, paramilitares y guerrilleros hacen presencia en algunos territorios étnicos, imponiendo por mano propia su justicia en los casos que consideran económicamente (los narcotraficantes) e ideológica y políticamente (paramilitares y guerrilleros) como de su "propio fuero", debilitando las justicias étnicas mediante el poder de las armas y el amedrentamiento. (idem).

Los pueblos indígenas han reivindicado la protección de sus prácticas, de sus espacios y de su identidad al interior del colectivo, intentando proteger a la totalidad de sus miembros de posibles efectos de desequilibrio producidos por los disensos y enfrentamientos internos, a modo de intentos de rupturas y cuestionamientos a la autoridad y a los procesos de autoridad.

Se observan entonces la formulación y puesta en marcha de ciertas medidas de resistencia étnico-territorial por parte de los pueblos indígenas tales como: a. Creación de comités de seguridad, b. Fortalecimiento de redes mediáticas de difusión de información, c. Redes nacionales e internacionales de cooperación y d. Plan de lucha y movilización.

La forma como se presenta la irrupción armada en los territorios o resguardos indígenas determina un impacto de recomposición social y política a nivel de las pérdidas y conquistas territoriales por uno u otro actor involucrado. La irrupción de los actores armados está forzando un reordenamiento de las relaciones sociales de producción en todas las regiones. Y esa recomposición social está estrechamente asociada a las modalidades de vinculación de la economía ilegal a la región. Las Farc y los paramilitares están excluyendo e invisibilizando a los pueblos indígenas en Colombia a partir del

desconocimiento cultural, ignorando sus sistemas de significación. El sentido que se configura a partir de la acción social, estructura el comportamiento del conjunto de los actores sociales

Comprender a los otros requiere identificar sus manifestaciones del capital cultural simbólico. Los sistemas de representación de la territorialización de los indígenas en Colombia, se erigen en simbolizaciones en el marco de una cosmovisión o forma de percibir y comprender la realidad externa. Lo simbólico es un elemento integrador de los sistemas de representación (cultural, social, político), así como de los procesos por los que se conoce y se comprende el mundo exterior (ya sea desde la naturaleza o la sociedad), entonces llegamos necesariamente a la idea de que conocemos a un grupo por sus dispositivos culturales. Los desplazados indígenas y campesinos desconocen los sentidos de la guerra, porque están involuntariamente envueltos en la trama y la urdimbre que la teje. El discurso del otro anuncia a la vez la alteridad parlante de mi propio discurso y la experiencia que yo hago de una palabra adversa. Así mi discurso es provocado, puesto en acción, por este discurso de la alteridad.

La necesidad de superar la lógica de la racionalidad instrumental, teniendo en cuenta las narrativas y los lenguajes propios de los actores (necesidad de recuperar los diálogos y las fortalezas de la intersubjetividad). Reconocimiento del otro como sujeto, como actor social en una relación de validez del discurso del otro.

Para consolidar esa vasta mirada a la cosmovisión y justicia paez, así como el de transición de invisibilidad hacia el reconocimiento jurisdiccional especial, ha sido necesario, a juicio de Gómez *"transcurrir de lo estatal-jurídico de la sociedad nacional a lo cultural- político de lo étnico regional; de la diacronía a la sincronía; de los aspectos teóricos antropológicos a los asuntos prácticos étnicos; de las representaciones del derecho a la materialización de los hechos; de lo dicho a lo visto; del paralelismo jurídico al pluralismo jurídico; en fin, de ciertas diferencias discursivas de la antropología y el derecho a algunas de sus prácticas sociales puntuales"*(Gómez; 2000: 15).

Actualmente se observa una fase de transición del capital simbólico al capital político. El capital político les permite potenciar su identidad (comunidad de intereses). A mediados de los setenta, la economía mundial entró en una crisis de larga duración. Los referentes que otorgaban seguridad a la defensa de las reivindicaciones sociales se encontraban en una encrucijada: desde la derecha se afirmaba que la crisis del Estado interventor y benefactor, era producto del exceso de las demandas sociales que presionaban sin asumir los costos colectivos.

LAS SALIDAS DE LA INCERTIDUMBRE (A MODO DE REFLEXIONES INCONCLUSAS)

Las organizaciones indígenas han hecho una rigurosa defensa de su cosmovisión y concepción de justicia, remarcando permanentemente diferencias con el derecho estatal moderno. Pese al reconocimiento constitucional de la Jurisdicción especial indígena, el conflicto armado se ha recrudecido por las crecientes agresiones de los actores involucrados- movimientos guerrilleros, paramilitares y narcotráfico -, los cuales han desconocido los significados del fuero especial indígena.

Pese a los avances políticos y jurídicos realizados, en Colombia se observa un considerable abismo entre el reconocimiento jurídico y formal de los derechos indígenas y el conocimiento de los significados socialmente compartidos por estas minorías étnicas. Ahí radica el reto a construir en un país sumido en la encrucijada y la incertidumbre que le produce el conflicto armado, el deterioro progresivo del tejido social y la fragilidad de su democracia. Le cabe a las ciencias sociales la responsabilidad de indagar en estos nuevos espacios de construcción y resignificación territorial.

Las expresiones del ejercicio del poder interpuestas por las etnias ante el Estado, nos permiten entender las formas de poder étnico como factor constitutivo de la cuestión étnica. A juicio de Herinaldy Gómez, hay cuatro causas fundamentales que permiten entender la negación de las formas y formaciones de los poderes interétnicos, a saber: 1. La mimetización en el modelo estatal de todas las formas y organizaciones societales; 2. El inevitable sendero que deben caminar las organizaciones gremiales

regionales y locales al aplicar mecanismos semejantes a los utilizados por el modelo estatal, con miras a posicionarse y adaptarse funcionalmente en el terreno de las negociaciones y concertaciones frente al Estado; 3. La preocupante ausencia de estudios e investigaciones que aborden la trama del poder étnico, que intenten aproximarse a la refuncionalización de los aparatos estatales por parte del poder étnico.

Los propósitos del Estado multicultural coinciden pero no se agotan en los propósitos del Estado social. Ambos exigen un Estado interventor, pero los objetivos del uno y del otro son distintos. Por eso es posible, que los ciudadanos indígenas gocen tanto de derechos diferenciados en razón de la filosofía del Estado social, como de derechos diferenciados en razón de la filosofía del Estado multicultural.

Los derechos humanos de los Pueblos indígenas deben hacer parte integral de una política de Estado, que armonice con el resto de políticas de Estado, especialmente con la de desarrollo económico. Debe aceptarse que los derechos que la Corte Constitucional reconozca como de rango fundamental son los pilares intangibles de esa política de Estado y que por lo tanto deben estar sometidos a las reglas hermenéuticas propias del derecho constitucional, y no abandonados a los caprichos de los vientos políticos que imperen en cada período gubernamental o legislativo.

*** Guillermo Alejandro D'abbraccio Kreutzer.** Comunicador social y licenciado en ciencia política. Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en antropología jurídica, Universidad del Cauca. Magíster en comunicación educativa Ha sido profesor del programa de especialización en Educación Multicultural y de la maestría en Problemas Políticos Latinoamericanos (Universidad del Cauca) y de los programas de Ciencia Política y Comunicación Social de misma Universidad. Actualmente es profesor asistente de la Universidad Nacional de Colombia, en el programa de Gestión cultural y comunicativa.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto. *“Liberalismo y Democracia”*. Fondo de Cultura Económica. 1994
- DABBRACCIO KREUTZER, Guillermo. *“Lógicas instrumentales y conflictos territoriales”*. Estrategias de resistencia de los pueblos indígenas en el Cauca. Ponencia presentada en el Seminario internacional sobre territorio y cultura. Departamento de antropología de la Universidad de Caldas. Manizales, octubre de 2001.
- *La negación del otro en la tradición liberal*. En revista Convergencia número 26 de la Universidad Autónoma de México. México, D.F, septiembre de 2001.
- *El desconocimiento del otro en los medios masivos de comunicación*. En Diálogos número 61. Revista de la Federación latinoamericana de facultades de comunicación social (Felafacs). Lima, marzo de 2001
- GÓMEZ, Herinaldy. *De la justicia y el poder indígena*. Editorial Universidad del Cauca. Popayán, 2000.
- *De los lugares y sentidos de la memoria*. En GNECCO, Cristobal y Zambrano, Marta. *“Memorias hegemónicas, memorias disidentes. El pasado como política de la historia”*. Coedición ICANH- Universidad del Cauca.
- El Tiempo. *La defensoría del pueblo confirma 37 muertos en la masacre paramilitar de Naya*. Bogotá, 17 abril de 2001.
- KRAUTHAUSEN, Ciro. *Cocaína. Un mercado ilegal por dentro*. Coedición Tercer Mundo Editores - Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá, 1991.
- LÓPEZ, William. *Narcotráfico: El caso de la amapola*. Revista Memorias. México. Enero de 1998.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós. Barcelona. 1996.
- GEERTZ. Clifford. *“Conocimiento Local”*. Fondo de Cultura. 1995.

SANCHEZ, Esther. "*Melicio Cayapu Dagua esta preso mi sargento. Estado de normas estado de rupturas*". Antropología Jurídica en Colombia Normas Formales Costumbres legales. (Compilación editora).1992.
-----"*Construcciones epistemológicas para el conocimiento de sistemas de derecho propio*". América Indígena Vol. LVIII números 1 y 2. Instituto Nacional Indigenista México D.F.1998.
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Jurisdiccional disciplinaria, Conflicto de Competencia: juez segundo penal del circuito de Buga y la ORIVAC.1998.