

# HERRAMIENTAS ÚTILES PARA EL OPERADOR ADMINISTRATIVO Y JURISTAS AL MOMENTO DE ABORDAR LA CONSULTA PREVIA<sup>1</sup>

## USEFUL TOOLS FOR THE ADMINISTRATIVE OPERATOS AND JURISTS WHEN ADDRESSING THE PRIOR CONSULTATION

FRANCISCO JOSÉ ESPÍN ACOSTA \*\*

**RESUMEN:** El presente artículo discurre a manera de reflexión sobre la existencia de realidades como el *multiculturalismo*, *interculturalismo* y el *pluri derecho* en las cuales se encuentran inmersos los operadores administrativos o profesionales del derecho mediante la revisión de conceptos como el Estado y la Constitución Colombiana, con el fin de comprender cuáles son las herramientas más útiles que ofrece el *derecho fundamental de la consulta previa* desde la perspectiva del derecho de origen.

Si bien se trata de un tema que ha tenido reconocimiento y en el cual se han dado pasos importantes, aún es necesario comprender las implicaciones de enfrentar las instituciones producidas por el derecho de la sociedad mayoritaria y las del derecho propio o de origen. El problema radica en las tensiones entre la teoría del derecho tradicional y la del derecho de origen, al igual que la teoría del Estado y las concepciones no occidentales del mismo, así como la aplicación e implementación de estas figuras, por ejemplo en el caso de la jurisdicción indígena.

---

<sup>1</sup> El presente artículo es resultado de una investigación mayor previamente aprobada, relacionada con el interrogante: ¿Corresponden los conceptos actuales económicos, al concepto de participación ciudadana y derechos colectivo, en específico comunidades indígenas en Colombia en la actualidad?

\*\*Datos de autor: Abogado, Universidad Santo Tomas; Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Universidad Católica de Colombia; estudiante del Programa de Maestría en Derecho Público, Universidad Santo Tomas de Aquino Colombia en convenio con la Universidad De Konztaanz de Alemania.

REGISTRO ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0772-6121>

CVLAC:

[https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001988341](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001988341).

GOOGLE ACADÉMICO: [espinacostaf@gmail.com](mailto:espinacostaf@gmail.com)

Incluir tales conceptos puede redundar en aplicación efectiva de la constitución, como en un nuevo análisis de la teoría del Estado, su fundamentación y contenido del mismo derecho. El marco teórico apunta a un estudio de los conceptos de la ley, la jurisprudencia, su devenir y hacedero. para una breve mirada analítica sobre la constitución, el Estado y el derecho de origen a manera introductoria, en la perspectiva del multiculturalismo interculturalismo y el pluri derecho como herramientas necesarias para los juristas y operadores, comprendiendo la importancia de tener las capacidades para igualar y reconocer otros discursos jurídicos.

Palabras Clave: Estado, Jurisdicción Indígena, Constitución, pluri derecho, multiculturalismo, pluriculturalismo, interculturalismo.

ABSTRACT: This text aims to reflect on several useful concepts for administrative operators or legal professionals in light of the fundamental right of prior consultation, reflect on concepts such as the State and the Colombian Constitution, from the perspective of the right of origin, in response to the existence of realities such as multiculturalism, interculturalism and plural rights in our country. An issue in which recognition and important steps have been taken, this implies confronting the institutions produced by the law of the majority society and those of its own or original law. The problem lies in the tensions between the theory of traditional law and that of the law of origin, as well as the theory of the state and non-Western conceptions of it, as well as the application and implementation of these figures. Including such concepts can result in the effective application of the constitution, as in a new analysis of the theory of the state, its foundation and its content and the law (This is only as an appetizer, for more in-depth studies on these topics). Since a study of the concepts of law, jurisprudence, its development and action are required, for the sake of brevity, the constitution, the state and the law of origin are analyzed in an introductory manner, as well as concepts of multiculturalism interculturalism and pluri law as necessary tools for jurists and operators, understanding the need to have the capabilities to equal and recognize other legal discourses.

Key Words: State, indigenous Jurisdiction, Constitution, Pluri-Right, Pluri-Law, Multiculturalism, Pluri culturalism, Interculturalism.

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el derecho se entiende como manifestación del Estado, (derecho estatal el derecho oficial), la norma jurídica, tal y como se enseña tradicionalmente en las universidades, lo cual corresponde a la concepción del derecho más conocido por el común. Así, la norma conforme a la Teoría Kelseniana, indica que las normas del derecho no son válidas por virtud de su contenido.

“Cualquier contenido puede ser derecho...” [...] “Una norma jurídica no vale como norma jurídica, no sólo porque fue dictada en una forma bien determinada, sino porque fue producida según un método específico, el derecho vale solamente como Derecho positivo, es decir como derecho instituido”. (Kelsen, 1941, pág. 96)

Desde esta perspectiva, el derecho emana de un órgano del Estado, es una cadena de creación de normas, en nuestro caso colombiano, la iniciativa a la cámara, posteriormente al congreso, en tradición del sistema bicameral Título VI, Capítulo I, a partir del artículo 132 de la Constitución Política, sobre el congreso, que es sancionada posteriormente por el ejecutivo, (el presidente de la república), tal ley es aplicada e interpretada por los diferentes órganos estatales, como las ramas ejecutiva, legislativa, Judicial y órganos de control, los cuales se predicen independientes.

En principio y a grandes rasgos, esto corresponde a la forma indicada por nuestra constitución, al menos en teoría; obviamente no sobran las críticas, a Montesquieu y a Tocqueville sobre la tridivisión del poder, por ejemplo en lo que plantea Guio (2010) acerca de la importancia del análisis Histórico de la Separación de Poderes y el Papel de los Jueces en los Modelos de Estado Liberal de Derecho. En esa tesis de maestría, el autor indaga sobre los modelos de la Democracia Constitucional Estadounidense, el Estado Legalista Francés y Rechtsstaat Aleman, y se pregunta por el rol o la participación de los Jueces en la Creación del Derecho Estatal, y el grado de acción del cual disponen dentro del margen de la Separación de Poderes

en la que se fundan los Estados Liberales de Derecho, y su impacto en el arquetipo de la Constitución Normativa.

Entendido lo anterior, es necesario indagar en el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, para algunos, tal concepto mina la soberanía estatal, porque el Estado cede una de sus prerrogativas o potestades más importantes como es el monopolio de la creación, ejecución, interpretación y aplicación de la ley, conclusión planteada por Villegas (2004) en la introducción del libro *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*.

El punto crítico de este tema surge al indagar sobre otros organismos que son externos a los órganos jurisdiccionales y nacionales que toman decisiones y dan directrices de cumplimiento para el estado colombiano, como las directrices del FMI o del Banco Mundial, los arbitramentos Internacionales en litigios con empresas multinacionales, o los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que acaso dan mayor garantía a la soberanía legal del Estado o a la autonomía e independencia en la aplicación e interpretación de la ley colombiana, por si solos, ellos garantizan la prerrogativa de la supremacía de la ley Colombiana, o las determinaciones de organismos internacionales que no hacen parte del bloque de constitucionalidad y son aplicados sin mayor reflexión.

A lo mejor esta mirada ayude a igualar los discursos que surgen de este marco oficial, y los que emergen desde las comunidades, la perspectiva de la inter y pluriculturalidad. El artículo 2 de la Constitución Política colombiana indica, como fines esenciales del Estado tanto el hecho de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” como “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, y lo refuerza en el art. 7, puesto que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Lo anterior se complementa en el artículo 13, sobre la igualdad ante la ley<sup>3</sup>. En ese sentido, es visible la necesidad

---

<sup>3</sup> Art. 2. Son fines esenciales del Estado: ... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;” ... “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”

Art. 7, “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Art.13, “...adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

de que los operadores administrativos o profesionales del derecho comprendan cuáles son las herramientas más útiles que ofrece el derecho fundamental de la consulta previa desde la perspectiva del derecho de origen.

Por eso, y en contraste con el curso regular de la normativa convencional, es necesario reconocer el lugar de las decisiones que toman las comunidades respecto a su propia regulación. Así, por ejemplo, la jurisdicción indígena fortalece el estado y da testimonio de la vigencia de la constitución. Para algunos, esto pareciera una contradicción, no solo dialéctica sino deontológica. La administración y jurisdicción indígena requieren del Estado, para que se cumpla y apliquen sus fundamentos, (los de la jurisdicción indígena) no desde el discurso constitucional, como lo manifiesto en el artículo 46 de la ley 1437<sup>4</sup>, sino también filosófico y social, estas últimas reflexiones dejadas en manos de la corte constitucional por parte del congreso y de la sociedad, una omisión que conlleva aciertos, pero también sus grandes menos.

A pesar de la brevedad del presente artículo, se espera presentar la problemática enmarcada en las tres instituciones que determinan esas formas del poder: el Estado, la Constitución y el Derecho de origen o Derecho propio, en acierto a la realidad de la ley y la jurisprudencia colombiana. Aunque cada categoría merece un profundo estudio, se espera ofrecer al lector un panorama de distancia y cercanía que permita comprender cuáles son las herramientas más útiles para el operador administrativo y juristas al momento de abordar la consulta previa

## ESTADO

Hablar del Estado implica preguntarse ¿Qué es el Estado? sus acepciones varían según la época, definirlo es un reto lleno de matices por su variedad de conceptos, acepciones y categorías, en su mayoría excluyentes. Para no entrar en taxonomías de este tema, es importante indicar que el Estado es un ente de derecho público, el cual requiere de un reconocimiento internacional para ser sujeto de derechos y obligaciones a nivel internacional. El Estado posee un territorio donde ejerce sus

---

<sup>4</sup> ARTÍCULO 46. CONSULTA OBLIGATORIA. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

potestades, acopia una serie de poderes exclusivos, como mantener el orden público, la creación de la ley, dirección de la economía, actividad administrativa, tiene hasta su propio régimen legal y responde a un modelo económico. El Estado interactúa con las personas jurídicas y naturales que habitan dentro y fuera del mismo, que son su parte vital. La población es el alma del Estado.

Frente a nuestras Américas, el concepto de Estado aparece con la llegada de los europeos a Colombia y el proceso de colonización; en más de 200 años no se había incluido en las constituciones el asunto de la protección indígena o reflexionado sobre el derecho propio y la diversidad cultural de forma incluyente. Es más, por un largo tiempo se procuró extinguir tales culturas, con fundamento en los principios de libertad, igualdad y fraternidad, que en su génesis aplicación e interpretación no incluye tema alguno sobre tal asunto. Las políticas de la corona española fueron de a-culturización y las de las independencias en la emancipación, aún más enervantes. Diversos tratados de historia reconstruyen las condiciones del poder en las Leyes de las Indias. Un ejemplo de ello fue la navidad negra de 1822<sup>5</sup> en la ciudad de Pasto y la continuidad de la no inclusión de los indígenas como ciudadanos o la protección de sus culturas y productos culturales. Precisamente, las leyes de Indias<sup>6</sup> inspiraron las legislaciones posteriores. Una herramienta para el operador administrativo y los juristas se basa en el re-conocimiento de la historia, de las condiciones de ausencia, peso o importancia del pluri y multiculturalismo, y las razones por las cuales es necesario comprender en qué se basa nuestra concepción de Estado y su tradición<sup>7</sup>.

Al respecto, se recomienda al lector acudir a textos divulgativos simples que permitan reconocer la cronología de las ideas, y así entender esa genealogía de las prácticas jurídicas; por ejemplo, el portal [www.claseshistoria.com](http://www.claseshistoria.com), en el cual se

---

<sup>5</sup> La Carroza de Bolívar, libro que realiza un estudio fuera del mito de la figura histórica oficial sobre el Libertador.

<sup>6</sup> Ver libro: Zas Lem De Indias Cois Las Posteriores A Este Codigo Yigentes. *Las leyes de Indias con las posteriores á este código vigentes hoy y un epílogo sobre las reformas legislativas ultramarinas*. De la Guardia (1889). Biblioteca Judicial (Madrid). Disponible en: [www.bibliotecadigital.aecid.es](http://www.bibliotecadigital.aecid.es)

<sup>7</sup>Texto valioso y que se puede consultar en PDF, compilado sobre la leyes de indias en el lenguaje colonial pertinente para la época.

describen las leyes de indias de la América colonial. Así mismo, es posible profundizar sobre el tema al acudir a la lectura del conocido texto compilado por De la Guardia (1890), titulado *Las leyes de Indias con las posteriores á este código vigentes hoy y un epílogo sobre las reformas legislativas ultramarinas*. Leer estas referencias acentúa la mirada hacia los mitos sobre la fundación del derecho y del Estado.

En el derecho está plasmada y contenida la forma del Estado, sus facultades y limitaciones, por ello importante tener claros los mitos aceptados sobre su fundación en occidente, que denominaremos Hobbesianos en el siglo XVII, época de reinos atomizados trabados en luchas que enervaban el comercio, lo que llevó a teorizar la justificación de un rey déspota, autoritario, que imponga orden, una sola ley, un solo credo y así dar estabilidad a un gobierno unificado, escrito en su momento para legitimar el Estado absolutista; y por otro lado, los Roussonianos, en el siglo XVIII, en tradición de John Locke, contractualistas, que hacen referencia a un estado de libertad absoluto del hombre y sin regla alguna al encontrarse en estado de naturaleza, un postulado impensable desde una ciencia como la etología, que ha demostrado que existen relaciones de poder en todos los animales gregarios y si se mira la especialidad de la etología humana, ciencia dedicada al estudio del comportamiento humano desde la filogenética, pues al ser el hombre un animal gregario corresponde también a tales relaciones, incluso antes de ser hombre.

Por ello, tales postulados contractualistas carecen de fundamento mas que la intuición del escritor, al no respaldarse en ningún estudio sobre las relaciones y naturaleza del hombre como homínido y como homínido, por eso fue destacado el esfuerzo que a finales del siglo XIX realizó Engels (1884) al avanzar en tal tema, lo cual es la base de *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, haciendo la aclaración que también fue teorizado en realidades diferentes y sin estudios científicos sobre las relaciones del hombre; al respecto, es necesario aclarar que para esa época, la categoría de persona no aplicaba como reconocimiento para todas las culturas y las Américas no era la excepción. Para ese momento histórico existían ciudadanos del estado colonizador y habitantes de las colonias, en sus diversas categorías.

Se reiteran como mitos, porque se hace ahínco en que carecen de sustento científico, estudios sociológicos, antropológicos, dentro de ésta última modalidad del conocimiento, los trabajos etnográficos, herramientas científicas del conocimiento que hoy poseemos y pueden hacernos pensar diferente la fundación de la sociedad y la posterior autoridad del Estado, sus fines, filosofía, el derecho y su contenido, puesto que tales ciencias ponen de presente cómo leer ‘mitos fundacionales’ de otras culturas, tema primordial en aplicación de la Constitución Política de Colombia, para entender otras sociedades y culturas que tal constitución reconoce e incluye.

De igual forma en la era las emancipaciones, el Estado se manifestó impuesto, trasplantado, excluyente, los postulados de igualdad, libertad y fraternidad a la fecha han fracasado y en esa época no se aplicó a personas negras o afrodescendientes e indígenas, mujer o niños. Entonces, ¿cuál Igualdad, Libertad y Fraternidad? ¿Para quién? Un ejemplo contundente es el presidente negro de Colombia<sup>8</sup>, recientemente rescatado tras ser invisibilizado históricamente.

Un panorama muy cercano es la idea de que ‘Los indígenas son salvajes’, porque con ese propósito se ejecutaban las citadas leyes de indias y el Convenio 107 de 1957, adoptado en entrados los años 70s, del siglo XX, vigente en nuestro país hasta 1989, cuyo objeto es integrar a la sociedad las comunidades étnicas de todo el globo, la premisa: absorber y uniformar el mundo según las concepciones universalistas liberales de la época (postcolonial). Y es tan evidente que aparece textualmente en el portal de la OIT (Organización Internacional del Trabajo)<sup>9</sup>. Otro ejemplo del Estado en acción o en omisión, es la sentencia C-139/96 (LEY 89 DE

---

<sup>8</sup> Para ello el artículo <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/colombia-es/article1969227.html>, del Miami herald frente a la investigación realizada por Orlando Falls Borda

<sup>9</sup> <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>, “Considerando deseable, tanto por razones humanitarias como en interés de los países interesados, promover una acción continuada para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de estas poblaciones, mediante una acción simultánea respecto de todos los factores que hasta ahora les han impedido participar plenamente en el progreso de la comunidad nacional de la que forman parte, y considerando que la adopción de normas internacionales generales en la materia facilitará las acciones para asegurar la protección de las poblaciones interesadas, su integración progresiva en sus respectivas comunidades nacionales y la mejora de sus condiciones de vida y de trabajo, y Tomando nota de que estas normas han sido elaboradas con la cooperación de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial de la Salud, en los niveles apropiados y en sus respectivos campos. , y que se propone buscar su cooperación continua para promover y asegurar la aplicación de estas normas”.(texto traducido del inglés para esta cita)

1890) de la Corte Constitucional, sobre el termino salvajes. Lo particular es que en el año 1996, elimina el término salvaje de una normatividad arcaica y vigente. Aunque el libro de Valencia (1987) titulado *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano* es un brillante resumen de nuestro proceso constitucional, tampoco trata el tema indígena. Se recomienda la lectura de ese texto al ser de utilidad para entender la mecánica que movió las constituciones en nuestra república, sus desconocimientos e imposiciones, como legitimación del poder logrado por las armas.

Con lo anterior se prueba que el Estado hasta recientes fechas acepta otras culturas, grupos étnicos y sus jurisdicciones, se puede decir que existía una especie de 'soft-law' para las autoridades e instituciones indígenas, pese a existir tímidas legislaciones en tradición de las bulas españolas. Los cambios se evidenciaron solo hasta la firma del convenio 169 de 1989, que obra como legislación permanente con la Ley 21 de 1991, muy parecido al artículo 246 de la actual constitución política de Colombia<sup>10</sup>.

La crítica es que conforme el Censo Nacional de 2018, realizado por el DANE (Departamento Administrativo Nacional De Estadística), han sido identificadas poblaciones que pertenecen a 115 pueblos indígenas nativos. En el Censo General 2005 se habían identificado 93 pueblos indígenas nativos, los 22 pueblos adicionales de 2018 corresponden a nuevos reconocimientos étnicos o pueblos indígenas de zonas fronterizas<sup>11</sup>. Una nota importante es que en el censo del año 2018, obran 1.905.617 de personas autodeterminadas como indígenas, denotando un aumento de la población indígena en un 36,8% comparado con el año 2005. Lo anterior no incluye poblaciones afro, cuya estimación de habitantes autorreconocidos Negros, Afrocolombianos, Raizales y Palenqueros, asciende a 4.671.160 personas, que

---

<sup>10</sup> **DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALES. ARTICULO 246.** Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (tomado <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>).

<sup>11</sup> <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>

equivale al 9,34% de la población del país, ni gitanas, que conforme el Censo Nacional de Población y Vivienda 2018, en la población que se autorreconoce como gitana o Rrom, el número es de 2.649 personas, entre el Censo General –CG- de 2005 y el Censo Nacional de Población y Vivienda –CNPV- de 2018, disminuyó en 2.208 personas, es decir, un 45,5%, respecto a la participación de la población gitana o Rrom en el total nacional para el CNPV 2018, que fue de 0,006%, mientras que para el CG 2005 fue de 0,012%.

Pese a esta cantidad de pueblos y culturas y a la existencia de circunscripciones especiales en el congreso para los diferentes pueblos reconocidos constitucionalmente, se ha permitido la judicialización del asunto de la protección a los pueblos por parte de la Corte Constitucional, evitando el debate político y social, respecto a más de 6 millones de personas y sus situaciones particulares, debate que corresponde en principio exclusivamente a la sociedad<sup>12</sup>.

Respecto a otras jurisdicciones dentro del ámbito judicial, el Consejo de Estado siempre estuvo atrás en estos conceptos y litigios, cuando se ha acudido a tal jurisdicción bien entrados los años 90s, tenía una interpretación digna de la constitución de 1886. Esto hace que el gobierno y sus instituciones reaccionen por fuerza de vías de hecho, presión, o sentencias y no por mutuo propio en interpretación y aplicación de la constitución.

Sin embargo y en virtud de la justicia adjunto como cita<sup>13</sup> un texto que se puede consultar, una serie de normativas creadas para las comunidades indígenas. Las fallas no han sido solo de los gobiernos, son también de la sociedad; sentencias referentes a las comunidades indígenas Nukak y Tuncanos, autoridad indígena, Decreto Autónomo, Ley forestal, la problemática del Río Ranchería y los Wayuu, La represa de Urrá, son sólo algunos ejemplos de éstos problemas, y yerros interpretativos como omisiones. Varias de estas comunidades han desaparecido pese a la aparente protección. Lo anterior parece una disertación del derecho constitucional pero las anteriores reflexiones se derivan, justamente de observar

---

<sup>12</sup> Sentencias Corte Constitucional. SU-039 de 1997 SU-510 de 1998, C-088 de 2001, C-891 de 2002, C-208 de 2007, **SU-383 de 2003**, C-461 de 2008, C-068 de 2013, entre muchas otras.

<sup>13</sup> <http://sige.dane.gov.co:81/gruposEtnicos/doc/NormatividadResguardosIndigenas.pdf>, sobre legislación de resguardos indígenas.

directamente el impacto de esa ausencia del Estado, y el papel de la sociedad como miembro activo y motor del mismo Estado.

## CONSTITUCIÓN

En este segmento se abordan postulados constitucionales, como el artículo 246 que reconoce la jurisdicción especial indígena. Sin embargo, para entender ese proceso histórico-político que dio lugar a la constitución del año 1991, es de suma utilidad acudir a lo planteado por Garavito (2009), autor del texto *La Globalización del Estado de Derecho*, puesto que indica la realidad del gobierno y la incursión de instituciones internacionales en los contenidos de la Constitución de 1991, así como las diferentes escuelas del pensamiento constitucional e intereses internacionales.

La constitución de 1991 contiene importantes consecuencias para el tema indígena y el reconocimiento cultural, en su contenido lleno de dogmática, principios y valores, que al momento de aplicarla se convierte en paradójica, por ello se requiere de un intérprete que tenga la capacidad de igualar los discursos a los de las instituciones de la sociedad mayoritaria y las autoridades indígenas, afrodescendientes, raizales y Roms. Obviamente es complejo entender los derechos multiculturales y aplicar el pluri derecho que implica un sano y profundo estudio intercultural, (más adelante se definirán tales postulados), de igual forma implica abordar conceptos como igualdad diferenciada, derechos diferenciados y su praxis.

La anterior constitución en la que fue formada gran parte de los juristas y quienes forman a los nuevos, pese a la entrada en vigencia de la constitución de 1991 (que es otro problema), no tienen las competencias sobre derecho de origen e interculturalismo, no comprenden la nación en el sentido amplio, solo conocen el concepto desde los doctrinantes de las revoluciones burguesas. Por lo tanto no es sorpresa que desde lo público se entienda que todo está en la ley y en la constitución, (excluye todo tipo de pensamiento en principio, si no se lee completamente). El debate sobre la autodeterminación de los pueblos, la consulta

previa y su carácter de derecho fundamental, como su dimensión de tipo constitucional procesal y su poder de veto (a hoy limitado) aun es candente.

Las herramientas constitucionales más útiles para los operadores legislativos en este caso, son: el artículo 96, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2002; el artículo 2 que incluye a los pueblos indígenas<sup>14</sup>, pues los pueblos son parte de la nación y para ello es importantísimo definir que son tales, En este punto, sobresale el aporte de Sánchez y Jaramillo (2001), respectivamente antropóloga y abogada, quienes escriben *La Jurisdicción Indígena en Colombia*, por cuanto afirman:

“...de estos pueblos que representan los ancestros de quienes, con anterioridad a la llegada de los europeos a las costas y al suelo de lo que más tarde dio en llamarse América, ya contaba con una sociedad ampliamente desarrollada con manifestaciones distintas de organización económica, política y social que no solo los definía como pueblo, sino que identificaba como grupos humanos de raigambres y características propias suficientes, no solo para existir sobre la tierra, sino para transformarla dentro los actuales conceptos de un verdadero “desarrollo sostenible”. (S.p.)

En la misma vía está el artículo 286 sobre entidades territoriales<sup>15</sup>, que implica la autonomía administrativa, técnica y financiera; y coincide con el Decreto 1953 de 2014 (Decreto autonómico) el y lo publicado por Romero (2015) en la revista Pueblos indígenas en el cual se dilucida que el concepto de territorio indígena que comprendido en esa ley es diferente al nuestro, así como conceptos de propiedad privada, libre empresa entre otros, que operan dentro de sincretismos sociales y jurídicos.

Ahora, en lo referente a la consulta previa, pese ser un derecho fundamental constitucional, solo es incluida para el derecho administrativo en la ley 1437 de 2011 (que deroga el código contencioso administrativo, brújula del derecho administrativo en Colombia, nótese la diferencia de tiempo), de igual forma en la Constitución, en

---

<sup>14</sup> **Artículo 2.-** La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos.

<sup>15</sup> ARTÍCULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

los artículos 329, sobre la conformación de las entidades territoriales y en específico: “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones”. (Artículo 330, Constitución Política de Colombia).

Sin embargo, es claro que no todas las comunidades tienen organizaciones tan verticales, unas son dispersas o carecen de las mismas, exigir su construcción o constitución va en desmedro de su organización política y cultural, una contradicción conforme el fin buscado y los derechos que se quieren proteger. Cabe resaltar la expresión normas legales, esta no corresponde ni se compadece del derecho propio. Ahora bien, respecto del uso del suelo, como su reglamentación y autoridad son minados constantemente por proyectos de explotación, pese a la realización de las consultas previas que como resultado no son vinculantes en cuanto a la negativa por parte de las comunidades<sup>16</sup>, se incorpora el criterio de procedencia de afectación directa. Precisamente, el numeral 2 de la Sentencia Constitucional SU121/2022 alude a los planes de desarrollo; sin embargo, ningún plan de desarrollo ha sido consultado a las comunidades indígenas para su implementación, en lo que atañe a sus intereses como colectividad. El numeral 3<sup>17</sup>, ésta es además sorprendente, es donde vemos cómo se encuentran los dos bloques de nuestra constitución, la cual denomino ‘bipolar’, al tener un catálogo de axiomas y derechos como garantías y un bloque económico que no coincide con los postulados de la misma, pues exige en los decretos que desarrollan los postulados del decreto autonómico, conocimientos a las comunidades sobre presupuestos y contratación, como control y seguimiento de los mismos, quién prepara y en qué condiciones los prepara pues es un conocimiento técnico contable profesional. Hasta aquí un vistazo al tema constitucional.

---

<sup>16</sup> Sentencia Constitucional SU121/2022. “Con todo, tales subreglas eran innecesarias porque, al terminar la exposición, la Sala incorporó como criterio de procedencia la “*afectación directa*”, que ha sido siempre el presupuesto relevante para la procedencia de la consulta previa. Ello implica que las subreglas que he calificado como problemática constituyen un *obiter dicta*, una afirmación sin fuerza vinculante. Infortunadamente, este conjunto de afirmaciones oscurece la jurisprudencia en un ámbito donde la claridad es imprescindible: el diálogo entre culturas diversas y autónomas; la relación entre las autoridades de los pueblos indígenas y las no indígenas del orden nacional.”

<sup>17</sup> 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.

## SOBRE DERECHO DE ORIGEN O DERECHO PROPIO

Para determinar y entender qué es el derecho propio, se requiere acudir a otras ciencias, entender tal concepto desde el derecho occidental no funciona muy bien, al ser el derecho autogenerado, auto contenido, auto regulado auto referenciado y excluyente. Por ello, las acepciones del derecho en sociología (control social) y antropología son valiosísimas; para la muestra, lo afirmado en *la Antropología Jurídica* de Krotz: “El acercamiento al fenómeno antropológico es un acercamiento desde afuera o sea ... como un aspecto cultural” (2002, pág. 24).

Tal entendimiento permite ampliar nuestra concepción sobre el mismo. Desde los romanos, existen conceptos sobre la existencia, validación y origen del derecho, para ello Petit (2007) lega un congruente y útil concepto: “Ubi societas, ibi ius” Allí donde hay sociedad, hay Derecho lo cual parece estudiado desde las ciencias citadas, recordando *El Tratado Elemental de derecho Romano* (pág. 218, apéndice).

Habiendo olvidado la máxima romana precitada, en nuestra tradición jurídica y atendiendo a una formación monista, positivista, euro-centrista, que impide reconocer otras formas jurídicas, con categorías cerradas en sus conceptos (como se indicó, auto generadas, auto reguladas y auto referenciadas), como en nuestro caso al definir la ley, ¿y qué es la ley? Para este asunto, véase la LEY 84 de 1973 y las referencias a la Teoría pura del derecho, planteada por Kelsen (1934). Esto merece una reiteración a la crítica a la posición positivista, pues con esta escuela del derecho no se pueden abordar estos discursos sobre lo diverso y su inclusión o realizar argumentaciones integradoras desde el Título I de la Constitución Política de Colombia, que trata de los principios fundamentales<sup>18</sup>, mucho menos igualarlos.

El asunto es de reconocimiento, no de exclusión o inclusión, ese es el éxito del precitado título y de los artículos constitucionales 246, así como del 93, 96, 286 y

---

<sup>18</sup> **Artículo 2.** Son fines esenciales del Estado: “...facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política...”

330; lo anterior, abordado desde el norte que nos da el preámbulo de la constitución, para así dar lectura al resto del mismo ordenamiento y el orden jerárquico de entendimiento e interpretación de las normas, ésta es la dura labor de operador administrativo y el jurista en el pluriderecho y desde lo intercultural. Por ello al existir varias culturas se tienen -como producto natural-, varias concepciones de derecho y este será tan diferente como lo sean ellas<sup>19</sup>.

Implica lo anterior ampliar el concepto de Derecho, aquí es útil la significación de control social, como sistema de reglas producto de la historia, de la conducta humana, en su actuar, aplicación e interpretación, tema que es común en todos los sistemas humanos<sup>20</sup>, ante lo cual es relevante citar el libro Antropología Jurídica: “Es precisamente el reconocimiento del vínculo entre la ley y estructura social lo que lleva a hacer visible la diversidad legal al interior de cualquier sociedad” (Krotz, 1934, pág 22).

¿Esa norma es exigible? ¿Es similar al poder coercitivo o coactivo? ¿cuáles son las condiciones de ese juicio por quebrantar el orden y los elementos que lo rigen? ¿Cómo se restablece el orden social y hasta el orden del universo? En este tema solo podemos estar en manos de los antropólogos y sociólogos, para la muestra el libro de Luna (2009) *El Simbolismo en el Mito Emberá*, pues explica que el mito o lo que se puede entender como un mito, en muchos casos es la explicación y la guía para tomar la decisión, es un sistema, se constituye en una herramienta del imaginario de la comunidad, es una forma de producir iconografía, simbolismos que guardan su normatividad en figuras que hacen parte de la cultura, es su forma de codificar el conocimiento jurídico. En ella están los tópicos de situaciones que se complementan en el lenguaje y las imágenes, allí están los otros mundos que son reales, cómo ocurren las cosas y como deben ser, el mito explica y describe cómo funciona el mundo, de allí como restablecerlo, se describe el orden, por ello el derecho de origen está ligado a éste, a la forma de ver, entender, hacer y rehacer el mundo por parte de la comunidad.

---

<sup>19</sup> **Artículo 7.** El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Constitución política de Colombia.

<sup>20</sup>

Por ello se requiere de un estudio comparativo en el que se deben relacionar las semejanzas en los procesos de las diferentes sociedades, ahí es donde se debe recordar el preámbulo de nuestra constitución<sup>21</sup> que entendió tal tema. Los elementos de la vida social que conlleva el derecho, nos dan herramientas para tener una percepción desde sus propios términos; no es lo mismo una sociedad nómada que una sedentaria o una dispersa en la geografía a otra concentrada, esto solo abordando desde una forma reduccionista la situación a título de ejemplo.

Sin embargo, es también importante indicar que sobre el origen del derecho propio hay acepciones desde la antropología como de la sociología, (ramas hermanas del conocimiento científico), para la muestra una muy interesante que se refiere a la noción de sociedades antes de las denominadas complejas: trata sobre la fundación de las relaciones de poder y coacción, en virtud a la solidaridad mecánica, un concepto clásico del siglo XIX, desarrollado por Durkheim (1902), conocido sociólogo y antropólogo, en su obra sobre *La división del trabajo en la sociedad*, donde indica que en las sociedades simples se evita el fenómeno de la desviación, e implica una gran diferencia en las dos estructuras jurídicas. Tema primordial para entender la fundación del derecho de origen desde la perspectiva occidental e igualar discursos, esto involucra que se debe evaluar el mito de la fundación del estado y del derecho occidental, (hacer las reflexiones que peregrinamente realizamos renglones atrás).

Se trata de una sociedad y sistema jurídico fundado en la solidaridad en sentido amplio<sup>22</sup>, no solo sociológico del citado Durkheim con y entre los seres humanos, sino adicional con el entorno, entiéndase la naturaleza en toda su dimensión y hasta el universo, nos da otro tipo de alcances importantísimos para avizorarlo. Es útil para compararlo con la dogmática del derecho actual, sea desde su argumentación de nacimiento como fruto del pacto social o la imposición del derecho y la sociedad o estado; sin embargo esto no basta, pues es una visión solamente crítica. Si se quiere ser más profundo y ¡se debe ser más profundo!, pues se está ante derechos

---

<sup>21</sup>“... y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo ...”

<sup>22</sup> **Artículo 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

fundamentales, se deben articular las mismas con el concepto moderno occidental de derecho a la igualdad, principio de equidad y dignidad humana, que da verdaderos puntos comunes con el derecho por nosotros conocido, sólo desde la perspectiva de los derechos fundamentales (desde esa dimensión deben ser pensados) ya se ve la constitución y la ley no desde la concepción kelseniana sino desde, por ejemplo Alexy (1985), (que es un avance), para indagar sobre cuál es el contenido de la norma fundante, que la legitima como norma fundante y con ello aún tenemos una visión genérica pero cerrada; de ahí se deriva la necesidad del entendimiento desde los discursos del multiculturalismo, pluriculturalismo e interculturalismo y como consecuencia, la afirmación del pluriderecho.

Las categorías de multiculturalismo y pluriderecho, permiten respetar cada manifestación en su propio ámbito de aplicación y tradición cultural. Es por eso que con tristeza observo cómo se intenta positivizar en un bien intencionado esfuerzo por parte del Estado, las tradiciones jurídicas del derecho propio, haciendo uso en tradición del derecho consuetudinario occidental, concepto muy delicado: son tradiciones jurídicas diferentes, creadas por sociedades diferentes que dan como resultado productos jurídicos diferentes, al entender que el derecho es un producto de cada sociedad). Esto no respeta el derecho a la igualdad, ni el derecho de origen desde sus formas propias formas, la crítica, es que realizar tal actividad corresponde a una tradición jurídica diferente, intentar trasladar el derecho de origen a una forma distinta va al traste con el objetivo, pues como cualquier sociedad es dinámica, con procesos y cambios en el transcurso del tiempo, se reitera contraría a las estructuras propias de las comunidades y es claramente inconstitucional.

Sin embargo tal ejercicio no es yermo, existen casos en los que es posible descargar en el derecho positivo las actuaciones y normas de la comunidad, que por conveniencia acude ante la jurisdicción ordinaria por iniciativa propia, en estos casos son fructíferos los métodos de derecho occidental, como ejemplos se pueden citar: La comunidad Inga ubicada en el Bajo Putumayo, que acude a la jurisdicción nacional en algunos casos, así evita una vulneración de derechos humanos graves como el derecho a la vida, que sería el resultado en caso de que se definiera el conflicto conforme el derecho propio, casos como el narcotráfico se deciden fuera de

la comunidad. Otro caso, es el asesinato del brujo en la comunidad Paéz, o la de comunidades que al entregar los niños al cuidado de la comunidad mayoritaria en una institución pública, -mientras se decide un asunto sobre unos mellizos- en el caso de los UWA, por las implicaciones graves en su cosmogonía<sup>23</sup> pues para ellos la ocurrencia de este fenómeno biológico, es equivalente de existir dos veces, otro ejemplo importante se refiere a los niños entregados o dejados para ser cuidados por la sociedad mayoritaria en el caso Nukak, una extinta tribu nómada,<sup>24</sup> todos ellos dentro del marco de entendimiento creado por la constitución política.

Entendido lo anterior, se debe ahora sí abordar los conceptos enunciados, pero no sin antes ilustrar que el enfoque diferencial, igualdad diferenciada, o derechos diferenciados es clave para entender esta problemática. En ese sentido, es importante acudir a documentos e informes oficiales que aporten evidencia significativa, por ejemplo la *Guía frente a la aplicación de los enfoques diferenciales en los mecanismos de justicia transicional: usos y adaptación de buenas prácticas de la fundación panamericana para el desarrollo*. Esta entidad precisa conceptos básicos sobre la implementación de los enfoques diferenciales, como los siguientes: Discriminación, “Discriminación Múltiple, Discriminación Intersectorial, Género, Identidad de Género, Orientación Sexual, Sexo, Transgénero, e indica que el enfoque diferencial es un instrumento para materializar especialmente principios de igualdad y no discriminación”. (Pág. 11.) Es de resaltar que este documento se centra en garantizar el derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición, de las víctimas, consagrado en la LEY 1448 de 2011. Tal enfoque tiene como ventaja que sirve como herramienta de análisis, para visibilizar la discriminación y como método de acción, sirve para permitir la creación e implementación de políticas públicas y aplicación de las mismas, con el fin de corregir vulnerabilidades.

De igual forma, la honorable Corte Constitucional ha desarrollado los conceptos y es amplio el tema como la cantidad de jurisprudencia proferida por la corte, para ello se

---

<sup>23</sup> Cosmogonía f. ASTRON. Ciencia que trata del origen y la formación del universo: antiguamente, la cosmogonía solo estudiaba la formación del Sistema Solar. FILOS. Teoría filosófica, mítica y religiosa que trata sobre el origen y organización del universo fuente <http://www.wordreference.com/definicion/cosmogon%C3%ADa>

<sup>24</sup> Pgs54 y siguientes. La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia incluida en la bibliografía del presente.

traen varios fallos en diferentes ámbitos, poblaciones y temas como: Sentencia T-237/23, Derecho a la Salud, Igualdad y Prohibición de Discriminación-Priorización para el acceso a servicios médico; Sentencia T-445/22, Derecho a la Identidad Cultural, Autonomía y Autodeterminación, al Territorio Ancestral y Colectivo-Subsistencia étnica de comunidad Yajotja escindida del pueblo indígena Waüpijiwi, en riesgo de exterminio físico y cultural; Sentencia T-365/20 Derecho a la Diversidad e Identidad Étnica y Cultural de Personas Privadas de la Libertad Pertenecientes a Comunidades indígena Frente al uso de la Hoja de Coca; Sentencia C-433/21 Excepción Etnocultural Para el Servicio Militar Obligatorio y del Pago de la Cuota de Compensacion Militar; Sentencia SU092/21 Derechos Fundamentales de Comunidades Indígenas en el Marco del Conflicto Interno-Estado de cosas inconstitucional con ocasión de la desarticulación de los Entes Territoriales, Derechos Fundamentales de la Comunidad Indígena Jiw en Peligro de Extinción-Vulneración; T-236/2023, Derecho a la Identidad de Género y al Trabajo En Condiciones Dignas y Justas. De igual forma, sentencias tan importantes como las T-010/2015, T-070/2021, SU 092/21, entre otras; lo anterior a título de cita de una nimia muestra de la actividad por parte de la corte constitucional, que da lugar para un estudio dedicado a cada una de las figuras respecto los fallos frente a estas temáticas y dan un catálogo de estudio amplísimo.

¿Igualdad diferenciada, o derechos diferenciados? ¿Qué son? La Corte Constitucional no distingue entre las dos figuras en sus múltiples pronunciamientos, para la muestra, en la sentencia T-010/15, donde se indica que el enfoque diferencial en materia de temas indígenas, es un desarrollo del derecho a la igualdad, que busca equilibrar a sujetos desiguales. Su fin es reducir las distancias en los diferentes desequilibrios que existen en la aplicación en la protección de derechos. Por ello se finca en los principios de equidad e inclusión social, como de participación ciudadana, de ahí su importancia en el marco del multiculturalismo.

Ahora, abordando los conceptos desde otra entidad estatal como el DANE, entidad que se trae como referencia por lo importante de su labor para los presentes efectos y que no se puede dejar de citar en el presente documento, puesto que lleva las estadísticas poblacionales del país, estos datos definen y son la herramienta para

realizar políticas públicas e indica: “El enfoque diferencial es una perspectiva de análisis que permite obtener y difundir información sobre grupos poblacionales con características particulares en razón de su edad o etapa del ciclo vital, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnica, y discapacidad, entre otras características, para promover la visibilización de situaciones de vida particulares y brechas existentes, y guiar la toma de decisiones públicas y privadas” (adaptado del artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas)<sup>25</sup>, tal como se indica en la página oficial del DANE.

Esta entidad tiene varios criterios o parámetros para el tema de la igualdad diferenciada, que son, a saber:

- Parámetro de género, se realiza con el fin de identificar diferencias o distancias causadas identificando brechas de discriminación.

- El enfoque por disminución física o intelectual, procura determinar los integrantes de la comunidad con estas limitaciones, con el fin de identificarlas y realizar acciones afirmativas de protección a sus derechos.

- Otra modalidad es por edades, para temas de mayores y menores de edad en sus diferentes subdivisiones o por su pertenencia a la actividad campesina, donde se caracteriza su contexto social, económico y demográfico.

- En cuanto al tema étnico, el criterio se refiere a la diversidad de las comunidades que cumplen con los requisitos para ser tomadas como comunidad étnica y han sido reconocidas.

Acercarse a la visión que tienen las diversas entidades públicas, también permite ver otras perspectivas estatales, como ejemplo revisar qué tiene el Ministerio de Justicia al respecto, tema de potísima importancia por las funciones que desempeña tal ministerio<sup>26</sup>, pues es el puente entre la rama ejecutiva del poder público y la rama

---

<sup>25</sup> <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/enfoque-diferencial-e-interseccional#:~:text=El%20enfoque%20diferencial%20es%20una,discapacidad%2C%20entre%20otras%20caracter%C3%ADsticas%3B%20>

<sup>26</sup> El Ministerio de Justicia y del Derecho se dedica a formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública en materia de ordenamiento jurídico, defensa y seguridad jurídica, acceso a la justicia formal y alternativa, lucha contra la criminalidad, mecanismos judiciales transicionales, prevención y

judicial, quien dirime los conflictos de competencia respecto las diversas jurisdicciones del derecho y son las altas cortes desde donde se hacen las interpretaciones de la ley; son órganos de cierre que profieren sentencias en nuestra ya fincada tradición neoconstitucionalista, (desde la constitución de 1991), que en muchos casos reemplazan, complementan, extinguen o extienden, las normas proferidas por el congreso de la república que es el órgano legislativo por naturaleza, ya sea por omisión del legislador o por falla en la interpretación de la constitución al proferir normas que son contrarias a la misma o al bloque de constitucionalidad.

Por ese motivo, tal ministerio hace esfuerzos como las iniciativas de “Ministerio de Justicia y del Derecho - Taller «La vasija» jornada de Diálogos constructivos para la Paz”, un Instrumento de actividad que aborda la situación desde lo analítico y es desarrollada conforme la jurisprudencia en vigencia de la constitución de 1991 y la normativa proferida. Se enfoca especialmente en evidenciar diferencias que pueden generar - o generan- desventajas, lo anterior en aplicación del marco del bloque de constitucionalidad puesto que el criterio a aplicar son derechos humanos, para ello el artículo 13 de la Constitución política de Colombia<sup>27</sup> afirma que el Estado es garante de que existan condiciones de igualdad, entiéndase respecto a la accesibilidad y aceptabilidad del derecho para una igualdad real, con el fin de que se tomen las medidas pertinentes de protección de los grupos que sólo han sido tenidos en cuenta conforme la vigencia de la Constitución de 1991 y del acuerdo 169 de la OIT, para nuestros efectos, como la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento.

Por eso, la Corte Constitucional ha ordenado diseñar y aplicar planes programas y proyectos, como que las diferentes autoridades diseñen políticas públicas con enfoque diferencial, es decir, se creen políticas públicas que implican proferir normas

---

control del delito, asuntos carcelarios y penitenciarios, promoción de la cultura de la legalidad, la concordia y el respeto a los derechos, dentro del Sector Administrativo de Justicia y del Derecho, Coordinando las relaciones entre la Rama Ejecutiva, la Rama Judicial, el Ministerio Público y los organismos de control para el desarrollo y consolidación de la política pública en materia de justicia y del derecho.

<sup>27</sup> 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 adoptara 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.

de carácter nacional, como normas departamentales, municipales y la inclusión en reglamentos y manuales de ese mandato por parte de las entidades públicas, de ahí la importancia en el ejercicio de la función pública y por parte de los funcionarios públicos, como de los particulares que ejercen función pública. La exigencia del conocimiento de todos estos pronunciamientos que tengan que ver con el ejercicio de su cargo y tal omisión por parte del operador administrativo, dará como resultado el riesgo de ser disciplinable a título de culpa supina y ser sujeto del derecho penal por prevaricar. Es de resaltar que tales pronunciamientos han cubierto otros sectores poblacionales que no son objeto de este estudio, pero no son menos importantes, como los desplazados, mujer, menores etc. Lo anterior, con fundamento en principios constitucionales como la vida digna y demás dogmática constitucional, para ello se cita el auto 382 de 2010 y la ley 1448 de 2011, sobre víctimas y restitución de tierras.

Habiendo hecho el anterior barrido, ya es hora de definir qué es el multiculturalismo, nuestra tradición legal no acostumbra dar conceptos o definiciones, como sí lo hacen la peruana o la mexicana, en nuestra constitución no se observan definiciones, muchas veces la ley carece de ellas, por lo cual es más útil citar dónde se encuentra incluido un concepto o sobre cuál se puede construir, como ejemplo el Artículo 7.º, de la Constitución Política de Colombia: “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”, no define figuras como el multiculturalismo, pluriculturalismo, interculturalismo o el pluri derecho, tales se deducen de sus postulados, mandatos y contenido.

En atención a lo anterior, de nuevo el DANE (2007) nos da la mano para conceptualizar, para ello se recomienda revisar el documento Colombia una Nación Multicultural<sup>28</sup>, de lo cual (y para no entrar en consideraciones doctrinales o conceptuales), se toma la definición desarrollada por un ente de carácter nacional, pero entra con otro concepto que es lo pluricultural y no se deben confundir los dos conceptos: el multiculturalismo se enfoca en la existencia de varias o muchas tradiciones culturales, que están dentro de una misma sociedad, respetando sus

---

<sup>28</sup> [https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia\\_nacion.pdf](https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf)

características que las hacen diferentes, se entendería que conviven, su objetivo se podría describir como la necesidad identificar y eliminar los discursos y hechos como actividades que generan prejuicios e imágenes o ideas aceptadas por el común de la sociedad, respecto de otros grupos sociales comunidades o situaciones, se circunscribe a que estas culturas son diferentes separadas incluso opuestas.

Entonces, qué es lo pluricultural: tal figura se puede definir conforme se resolvió la doctrina en educación en el Perú<sup>29</sup> “la interculturalidad tiene el rol crítico, central y prospectivo -no sólo en la educación, sino en todas las instituciones de la sociedad de reconstruir, paso a paso, sociedades, sistemas y procesos educativos, sociales, políticos y jurídicos”, lo cual se puede identificar como acción, mientras que el multiculturalismo posee una característica de herramienta descriptiva, de ahí la importancia de tener claros tales conceptos, máxime que son del diario uso en el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa.

Otro concepto importante a tener en cuenta y no confundir con los anteriores es la interculturalidad, que aterriza los dos anteriores, uno que es mas descriptivo, el primero y el segundo se enfoca en la actividad del estado y la sociedad en general respecto a lo multicultural. La interculturalidad se puede definir como acción respecto la multiculturalidad, nos referimos a cuando varias culturas coexisten, se toleran y respetan. Mientras que la interculturalidad se da en el momento en el que distintas culturas interactúan y generan expresiones culturales compartidas<sup>30</sup> conforme indica la Universidad Unade de México.

En Colombia tomaremos como guía la tesis de maestría propuesta por Duque (2015), quien argumenta:

“Con estas nuevas concepciones y apertura al reconocimiento de la diversidad cultural, las acepciones del multiculturalismo y pluriculturalidad, han denotado su aceptación a nivel general, sin embargo no reflejan realidades latentes en los Estados. Estos términos llevan a pensar en culturas aisladas,

---

<sup>30</sup> <https://unade.edu.mx/multiculturalidad-e-interculturalidad/#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20cuando%20hablamos,y%20generan%20expresiones%20culturales%20compartidas.>

siendo que en la práctica las relaciones interculturales son constantes”. (pág. 70)

Puesto que la interculturalidad implica no solo la existencia de otras culturas o pueblos, realiza una apreciación de la relación entre las mismas, pero dentro de la igualdad y el respeto a la dignidad humana para lograr la convivencia armónica, ya es el multiculturalismo y el pluriculturalismo implementados en acción, sale de lo enunciativo y la acción al resultado deseado.

Como la interculturalidad se refiere a las acciones para los resultados deseados, se trae como ejemplo la sentencia C-054/13, proferida por la honorable Corte Constitucional frente a la educación indica sobre la interculturalidad que es: “la capacidad de conocer la cultura propia y otras culturas que interactúan y se enriquecen de manera dinámica y recíproca, contribuyendo a plasmar en la realidad social, una coexistencia en igualdad de condiciones y respeto mutuo” (art. 2, Decreto 804 de 1995)”. Lo anterior en la interpretación que hace una sentencia sobre la existencia y lo deseable de programas educativos dirigidos a comunidades, en específico a la protección y divulgación del patrimonio cultural, concreto la Cátedra de valores y talentos vallenatos, Consuelo Araujo Noguera, como optativa en interpretación que hace la corte del literal (c) del artículo tercero de la Ley 739 de 2002, por medio de la cual se declara Patrimonio Cultural de la Nación el Festival de la Leyenda Vallenata, se rinde homenaje a su fundadora y se autorizan apropiaciones presupuestales.

La Sentencia T-221/21, Derechos Fundamentales de Comunidad Indígena y de sus Miembros, establece las Reglas para la solución de conflictos internos, cita criterios interculturales para el caso de conflictos en la comunidades indígenas y las competencias de la jurisdicción constitucional y ordinaria para resolver controversias en el entendido que no hay legislación sobre el tema y el gobierno tampoco ha utilizado los mecanismos apropiados para tales eventualidades, la corte resuelve el tema y crea los citados parámetros interpretativos que a saber son:

a) Maximización de la autonomía de las comunidades indígenas. Implica que la intervención de las autoridades estatales (entre las cuales está el juez de tutela) en

las relaciones puramente internas de la colectividad es excepcional. Solo resulta admisible en los eventos en los que la autonomía indígena esté en tensión con un bien de mayor jerarquía, como puede serlo el derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de tortura y la servidumbre, como también el principio de legalidad, asumido desde el punto de vista de la “predictibilidad de las decisiones”.

De igual forma, casos como los de narcotráfico se remiten a la jurisdicción ordinaria por parte de las comunidades o delitos que solo existen para el derecho occidental o para la sociedad mayoritaria, ello no implica una autonomía absoluta, está circunscrita a los derechos fundamentales.

b) Mayor autonomía para resolver conflictos internos. Se refiere a la capacidad dentro de la organización y de su derecho de origen para reglamentar las relaciones entra la comunidad y resolver conflictos internos sin a intromisión de la jurisdicción ordinaria o autoridad externa de la comunidad.

c) A mayor conservación mayor necesidad de diálogo intercultural. Lo anterior con el fin de mantener y salvaguardar las culturas de los grupos étnicos y que estas pervivan dentro de sus usos y costumbres, sin la intervención externa, para no ser sujetos de procesos de aculturización o absorción por parte de la sociedad mayoritaria.

Otra figura importante a tener en cuenta es el *Pluri derecho*, que se refiere al pluralismo jurídico, una manifestación del interculturalismo como guía. Bacca (2008) propone el artículo titulado *Aporías alrededor del Pluralismo Jurídico: Hacia una configuración del estado del arte y una crítica de sus supuestos conceptuales*, en el cual hace una dura crítica a la interpretación de los conceptos de multiculturalismo e interculturalismo, pues es importante tener en cuenta que si se da aplicación a estas figuras en interpretaciones extremas en el marco de protección de derechos, el resultado de las relaciones entre diferentes culturas puede dar como resultado situaciones enervantes y crear nuevas tensiones sociales.

## CONCLUSIONES:

1. El derecho de origen es el fundamento para la jurisdicción indígena y ésta solo puede existir por reconocimiento del Estado, solo éste puede hacerla efectiva al protegerla de la sociedad mayoritaria, algo que completa y fortalece la entidad estado en la forma plasmada en la constitución pues es muestra del pluralismo y su protección, sólo así se logra la pervivencia de las diversos grupos étnicos que habitan a lo largo y ancho de nuestro territorio. Es de resaltar que son grupos que poseen una cultura viva y que no solo existe en los museos como testimonio de los pueblos que habitaron el territorio desde épocas prehispánicas, sino que hacen parte viva de la sociedad enriqueciéndola y aportando a la construcción del país, por tal motivo, a título de recomendación tales postulados del derecho de origen deben ser protegidas y tienen derecho a existir en armonía con la sociedad mayoritaria.

2. El concepto de jurisdicción indígena, legitima al estado colombiano, pues con ello los postulados de igualdad y Dignidad Humana se amplían para un gran margen de población superior a 1.5 millones de personas. No hay que temer al concepto de jurisdicción indígena, tal postulado no atenta contra la institucionalidad y tampoco menoscaba la soberanía estatal, es más, en nuestro país es necesaria, pues no hacerlo, es ir al traste con los postulados constitucionales y contradice los logros históricos de las luchas dadas por los diferentes pueblos y que solo recientemente en nuestro devenir histórico como nación han sido reconocidos como parte importante de la sociedad, haber incluido la jurisdicción indígena permite dar aplicación y estudiar otros mundos jurídicos que enriquecen la tradición jurídica del país y dan solución a muchas conflictividades en torno a los puntos de inflexión social y cultural.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexi, R. (1986). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales. Madrid

Bacca, P. (2008). Del pluralismo jurídico al interior del país. Aporías alrededor del Pluralismo Jurídico: Hacia una configuración del estado del arte y una crítica de sus supuestos conceptuales. Sección II. Tema Central- Del pluralismo jurídico al interior del país. Revista de Derecho Principia Iuris. No. 9. Pág. 117. En: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/476/509>

Bogotá, A. d. (19 de 10 de 2015). Alcaldía de Bogotá.gov.co. Recuperado el 19 de 10 de 2015, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Botero, E. S. (2007). Derechos Propios. Bogotá: Instituto del Ministerio Público.

Bravo, J. L. (2009). El Simbolismo de los Contrastes en el Mito Indígena Emberá. Bogotá D.c.: Universidad Santo Tomas Facultad de Filosofía.

Colombia, M. D. (10 de 10 de 2014). Decreto autonomico . Decreto 1953 de 2014. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República (1991). Constitución Política de Colombia.

De la Guardia (1889). Biblioteca judicial zas lem de indias cois las posteriores a este codigo yigentes y un epilogo sobre las reformas legislativas ultramarinas por don Miguel de la guardia. Tomo primero. Madrid.

DANE (2005). Censo Nacional de Población y vivienda, CNPV.

(2018). Censo Nacional de Población y vivienda, CNPV.

Duque, L. (2015). La Interculturalidad Colombiana: Mirada Necesaria para Comprender el Territorio y Superar Conflictos. Universidad Santo Tomás Bogotá Maestría En Defensa De Derechos Humanos Y Derecho Internacional Humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales.

Durkheim, E (1902). La división del trabajo en la sociedad. Editorial: Editorial Biblioteca Nueva. Colección: Clásicos del Pensamiento Económico y Social. 2012. Madrid. España.

Engels, F (1884). El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Primera vez publicado: En octubre de 1884 en Hottingen-Zürich. Título original: Der Ursprung der Familie, des Privatigentums und des Staats. Fuente de la traducción al castellano: Editorial Progreso, Moscú.

Krotz, E. (2014). Antropología Jurídica perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. Iztapalapa - Mexico: Esteban Kortz. 2 ed.

FUPAD (s.f). Guía frente a la aplicación de los enfoques diferenciales en los mecanismos de justicia transicional: usos y adaptación de buenas prácticas Fundación Panamericana para el Desarrollo. (págs 11 a 14). Ministerio de Justicia. Colombia. Disponible en:

<https://www.minjusticia.gov.co/ojtc/Documents/Publicaciones/9%20Guia-apliacion%20enfoque-.pdf>

Garavito, C. (2009). La globalización del estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina. Colección Estudios CIJUS. Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, 2009

Guio, J. (2016). Análisis histórico de la separación de poderes y el papel de los jueces en los modelos del Estado Liberal de Derecho: Rule of Law; Democracia Constitucional Estadounidense; Estado Legalista Francés y el Rechtsstaat Alemán. Universidad Santo Tomás.

Hobbes, T. (s.f) Elementos de derecho natural y político. (publicado en PDF internet año 2012). Leviatan. Bogotá Colombia: Skala.

Kelsen, H. (1941). La Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.

Petit, E. (2007). El tratado Elemental de Derecho Romano. México: Porrúa.

R., I. R. (2011). Derecho Administrativo General. Bogotá D.C.: Temis.

Romeo, F. (2011). El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica. Revista General de Derecho Universidad De Zaragoza.

Sánchez, E., Jaramillo, I. (2001) La jurisdicción especial indígena. Bogotá. (2007 (2 ed.)). Bogotá D.C. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Procuraduría General de la Nación- Procuraduría Delegada Para Minorías Étnicas.  
En: <http://alertanet.org/b-sanchez2.htm>

Valencia, H. (1987) Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano. Santa fe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Villegas, B. (2004). Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre 1 reimpresión.

#### Webgrafía

<http://www.claseshistoria.com/america/colonial-administracion-leyesindias.html>