

GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS, UN CAMINO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

AUTOR: Álvaro Hernando Ramírez Montufar

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ DC

22 DE ENERO 2011

GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS UN CAMINO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

AUTOR: Álvaro Hernando Ramírez Montufar

Requisito de grado para optar el Título de Magíster en Derecho Público

DIRECTOR DEL TRABAJO: Doctor Carlos Alberto Cárdenas Sierra
Filósofo, Magister en Filosofía, Abogado especialista en Derecho Administrativo y
en Docencia Universitaria.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTA DC
22 DE ENERO 2011

CONTENIDO

pág.

0. INTRODUCCIÓN GENERAL:	7
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:	111
1.1 Planteamiento del Problema:	121
1.2 Descripción del Problema:	122
1.3 Formulación de la Pregunta de investigación:	133
1.4 Formulación de Hipótesis:	144
2. JUSTIFICACIÓN:	155
3. DELIMITACIÓN:	17
4. OBJETIVOS:	18
4.1 Objetivo General:	18
4.2 Objetivos Específicos:	18
5. MARCO REFERENCIAL:	19

5.1 Marco Teórico y Conceptual:.....	20
5.2 Diseño Metodológico.....	27
CAPÍTULO I: COLOMBIA UN ESTADO MULTINACIONAL.....	29
6 Concepto de Multiculturalismo:	29
6.1 Multinacionalismo y poliétnicismo como modelos de diversidad cultural.....	32
6.2 Concepto de Poliétnicidad	33
6.3 La Poliétnicidad una figura de la homogenización.	34
6.4 Concepto de Multinacionalidad:	40
6.5 Colombia un Estado Multinacional en la SU 510 de 1998.....	51
6.6 Grupo Cultural frente al desarrollo individual en materia Indígena.	463
6.7 Justicia Indígena Ika, protección del grupo frente el desarrollo individual.	52
6.8 Decisión Constitucional frente al conflicto de libertad individual y grupo multicultural el caso Ika.....	54
6.9 El Resguardo Indígena Ika es una minoría nacional.	57
6.10 Principio de Autodeterminación.....	59
6.11 Autodeterminación y Minoría Nacional en la línea jurisprudencial que da origen a la sentencia de Unificación 510 de 1998.....	633
CAPITULO 2 JURISDICCIÓN ESPECIAL	71
7.1 Marco Jurisprudencial Que Desarrolla La Jurisdicción Especial:.....	72
7.2 Usos y Costumbres:.....	79
7.3 Identidad cultural como fuente de jurisdicción especial, sentencia t 349 de 1996 ..	82
7.4 Minimización de la Jurisdicción Especial Derecho a la vida, prohibición a la tortura y esclavitud y del debido proceso. Sentencia t 349 de 1996	85
7.5 El Fuero Indígena Sentencia t 496 de 1996	92

7.6 Debido Proceso en la Jurisdicción Especial Sentencia t 523 de 1997	98
7.7 Vacios Jurisprudenciales frente a la Jurisdicción Indígena.....	104

CAPITULO 3 TERRITORIO INDÍGENA UN MODELO ECONÓMICO PÚBLICO 122

8.1 Los resguardos indígenas en la historia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.	122
8.2 Factores Jurisprudenciales que desarrollan la importancia del territorio indígena.	126
8.3 Territorio Indígena como Factor Económico.....	127
8.4 Autoconsumo, el Modelo Económico de los pueblos indígenas en Colombia reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.	128
8.5 El Suelo y El Subsuelo. Monopolio Estatal vs Territorios Indígenas	130
8.6 Los grupos indígenas en Colombia, continúan con un modelo económico de Autoconsumo.....	134
8.7 Territorio Indígena como Factor Social:.....	136
8.8 Territorio Indígena como Factor Cultural	141

CAPÍTULO 4 LUIGI FERRAJOLI Y UN DIÁLOGO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN MATERIA HERMENÉUTICA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA INDÍGENA:..... 144

9.1 Lineamientos acogidos para el Desarrollo Luigi Ferrajoli y un diálogo hacia la efectividad del Estado Social de derecho en materia hermenéutica Jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia Indígena.	145
9.2 Democracia Constitucional:.....	148
9.3 Cambio de Paradigma:	150
9.4 Garantismo Constitucional	153
9.5 Derechos Fundamentales	154
9.6 MAYORIA Frente los Derechos Fundamentales	157

9.7 Los Derechos Fundamentales como las Leyes del más Débil.....	160
9.8 Sentencias que desarrollan el Diálogo con Luigi Ferrajoli:	16262
9.9 Luigi Ferrajoli y un diálogo hacia la efectividad del Estado Social de derecho en materia hermenéutica Jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia Indígena:	168
9.10 DIÁLOGO Segundo capítulo:	172
9.11 DIÁLOGO Tercer capítulo:	175
9.12 DIÁLOGO SU 510 de 1998 y SU 039 de 1997	176
CONCLUSIONES GENERALES	187
BIBLIOGRAFÍA:.....	193

0. INTRODUCCIÓN GENERAL:

El reto de los países ha sido preservar y regular las diferentes formas de pluralidad cultural dentro de un mismo Estado, la garantía del principio de igualdad frente a la desigualdad real, pretende frenar los actos inhumanos de segregación o racismo contrario a los mecanismos de tolerancia consagrados en la Constitución, donde cada grupo cultural desarrollan sus identidades, culturas y cosmogonías diferentes a la mayoría, sin perjuicio y sin culturización de las mayoritaria.

La mala información otorgada por los medios de comunicación, transmitida por los canales de mayor rating colombiano (RCN-Caracol), es resultado de la falta de compromiso con la investigación, que distorsiona la realidad a su antojo. La inducción consecuente al televidente deja dos resultados. El primero, observar a los pueblos indígenas como tribus barbaras por poseer una cultura, cosmogonía e identidad diferente a la adoptada por la mayoría. Y la segunda, es observar a los pueblos indígenas con una mirada de lastima, donde él colombiano observa la desaparición de estos pueblos, como un acto divino propuesta por un Dios aceptado ó como un acto de innovación, donde la función de la globalización es civilizar al indígena.

El enfrentamiento entre los pueblos indígenas que defienden sus territorios ancestrales frente a grandes empresas capitalistas que observan solamente las ganancias patrimoniales dejadas por la explotación de los recursos naturales, y desconocen el valor de estos Territorios; o el enfrentamiento entre el fute que es un uso y costumbre milenario, versus la ignorancia occidental que observa y juzga como bárbaro esos castigos desconociendo el valor espiritual de los castigos de un derecho propio.

Pero frente a la indiferencia e intolerancia de la mayoría cultural y la privada, él joven, él estudiante, él profesor deben comprometerse a realizar una exhaustiva labor investigativa para desenredar la mentira, dando a conocer la verdad que no induce a la lástima, sino que por el contrario deduce y propone soluciones a un mal constante en la sociedad. Y es por esta razón, este trabajo va en pro y beneficio de la protección de Nuestros Pueblos Indígenas en Colombia, proponiendo una solución desde el marco Constitucional que garantiza una Democracia y una efectiva garantía de los Derechos Fundamentales.

En Colombia se ha establecido la importancia de la protección de los grupos indígenas, en su mayoría la Corte Constitucional ha sido el ente protector de los derechos de estos pueblos, que en diversas jurisprudencias han dado prioridad a los pueblos indígenas frente las mayoría culturales y mayorías privadas. Dos sentencias importantes, que dan desarrollo a dos líneas jurisprudenciales en materia indígena son la SU 510 de 1998 y la SU 039 de 1997, estas sentencias consagradas como precedente Constitucional vinculante, tanto por su regla de relevancia, su fuerza vinculante y regla de cambio.

Para dar desarrollo a una propuesta teórica que generé soluciones en materia indígena, se debe concretar a qué tipo de diversidad cultural pertenecen los pueblos indígenas. Para dar solución a este cuestionamiento se da desarrollo al estudio de la SU 510 de 1998 que identifica a los pueblos indígenas de Colombia como naciones diferentes regidas por el principio de autodeterminación, ponencia muy similar a la estudiada por Will Kymlicka al mencionar el “Estado Multinacional” como tipo de diversidad cultural diferente a los grupos étnicos. En este punto se da desarrollo al estudio de la línea jurisprudencial de la SU 510 de 1998 y la doctrina de Will Kymlicka, solamente para identificar a qué tipo de diversidad cultural pertenece los pueblos indígenas en Colombia.

Al analizar la SU 510 de 1998, se puede observar de forma clara que el tipo de diversidad cultural de los pueblos indígenas en Colombia se rige frente al principio

de autodeterminación. En el desarrollo de la línea jurisprudencial 510 de 1998, se observa que este principio es regido por dos elementos a saber, La Jurisdicción Especial y El Territorio Indígena. Elementos otorgados en el Convenio 169 de la OIT y ratificado en Colombia por la ley 21 de 1991.

Un punto muy importante para diferenciar a qué tipo de diversidad cultural pertenecen los pueblos indígenas en Colombia, es el autogobierno y el territorio propio, estos elementos también son analizados en la doctrina de Will Kymlicka, al establecer que las minorías nacionales en este caso asimilándola a los pueblos indígenas de Colombia, poseen un pasado histórico, una lengua y una cultura ancestral diferente a la impuesta en la conquista y colonia, y en consecuencia se debe garantizar su conservación institucional ancestral, a través del principio de autodeterminación y sus dos elementos.

Pero el conflicto surge cuando la intolerancia de las Mayorías Culturales y las Mayorías Privadas, hacen caso omiso a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, generando como consecuencia enfrentamiento entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, ó el enfrentamiento entre la riqueza material versus la riqueza ancestral.

Frente a la constante violaciones de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en Colombia, consecuencia de la intolerancia mayoritaria; La Corte Constitucional de Colombia realiza una ardua labor para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, garantizado la maximación de la autonomía de los pueblos indígenas y protegiendo su tierra ancestral.

Pero al maximizar la autonomía de la jurisdicción indígena en Colombia, se aumenta la esfera del principio de autodeterminación, y en consecuencia pueden ocurrir dos problemas, el primero referente a la intolerancia de la mayoría y por ende su afán de culturizar y quitarles sus privilegios constitucionales, ó el segundo que el principio de autodeterminación sea tomado como un principio de

segregación generando el conflicto interno por la independencia de los pueblos indígenas frente a una Nación Intolerante.

El territorio indígena, segundo elemento constitutivo del principio de autodeterminación, también ha sido protegido como derecho fundamental como lo establece la línea jurisprudencial 039 de 1997, razón por la cual al hablar de territorio indígena hablamos del factor económico, social y cultural de las comunidades indígenas.

Pero frente al territorio indígena, nos encontramos con uno de los mayores males de la humanidad, y es la ambición del Rey Midas, ambición que lleva a las grandes empresas capitalistas y al mismo Estado a enajenar lo enajenable, embargar lo inembargable y prescribir lo imprescriptible.

Es por esta razón que mi diálogo hacia la efectividad del Estado Social de Derecho en Colombia, se enfatizara a la teoría Neoconstitucional de Luigi Ferrajoli, al analizar la Democracia Constitucional, la Garantía de los Derechos Fundamentales y la Ley del Más Débil. Y al desarrollar la ponencia de Ferrajoli, se darán tres conceptos de mayoría cada uno consecuente con los puntos tratados por el autor. Para concluir con el diálogo entre la hermenéutica acogida en la tesis y en especial la línea jurisprudencia de la SU 510 de 1998 y la SU 039 de 1997, para callar el pronunciamiento de las Mayorías y dar un nuevo paso a la Democracia y efectividad de los derechos fundamentales hacia los pueblos indígenas en Colombia.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

1.1 Planteamiento del Problema: La investigación parte del extracto jurisprudencial de la sentencia de unificación 510 de 1998, que establece:

“La constitución reconoce que dentro de la población colombiana y dentro de su territorio, **coexiste junto a la generalidad de los ciudadanos, un conjunto de naciones cuya diversidad étnica y cultural debe protegerse y garantizarse mediante instituciones** que, en cierto grado, justamente por esta razón, se informan en el **principio de autodeterminación**”. (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

En esta sentencia se puede observar que la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que existe un tipo de diversidad cultural que ostenta una característica nacional diferente a la del Estado Unitario.

Este pronunciamiento propuesto por la Corte Constitucional de Colombia es muy similar al tipo de diversidad propuesto por Will Kymlicka en su teoría sobre el “Estado Multinacional” como forma de diversidad cultural.

Dentro de la ponencia sobre un Estado Multinacional en Colombia, como forma de diversidad cultural, se establece una directriz que desarrolla independientemente a los Pueblos Indígenas de Colombia frente a las demás formas culturales y minorías étnicas existentes en Colombia.

Como lo establece el fragmento de la SU 510 de 1998, el principio rector sobre la existencia de naciones diferentes en Colombia, se desenvuelve frente al principio de Autodeterminación.

El principio de Autodeterminación que tienen los pueblos indígenas en Colombia, será analizado desde sus dos elementos esenciales, la Jurisdicción Especial y el Territorio Indígena.

En la profundización investigativa, de los dos elementos del principio de Autodeterminación, se abordará principalmente el estudio de la línea jurisprudencial de la SU 510 de 1998 y SU 039 de 1997, para desarrollar las diversas inconsistencias surgidas en la hermenéutica Colombiana al dar aplicabilidad a la Jurisdicción Especial frente a la Jurisdicción Ordinaria y los Territorios Indígenas frente a las mayorías privadas.

1.2 Descripción del Problema:

En primer lugar nos encontramos ante el término “autodeterminación”, adoptado por el Constituyente en Colombia, como un derecho y principio de los pueblos indígenas. Este término ha traído dos consecuencias estudiadas y analizadas por Will Kymlicka y el neoconstitucionalista Luigi Ferrajoli, que son la segregación de culturas o la separación de ellas del aparato Estatal vigente.

Del principio de autodeterminación interna otorgado a los pueblos indígenas en Colombia, se desprenden dos elementos, el primero es la jurisdicción especial y el segundo el territorio indígena. Estos elementos constituyen un constante enfrentamiento dentro de la hermenéutica Constitucional.

La jurisdicción especial de los pueblos indígenas en Colombia desarrolla la facultad, de la creación de una normatividad propia constituida por sus usos y costumbres, al igual de ostentar sus propias autoridades ancestrales. El problema surge cuando este factor jurisdiccional, se enfrenta a la

jurisdicción ordinaria, y en consecuencia se genera la violación de los derechos fundamentales hacia los pueblos indígenas en Colombia. .

Al existir la continua violación de los derechos fundamentales otorgados a los pueblos indígenas en Colombia, La Corte Constitucional Colombiana, ha aumentado constantemente el principio de autodeterminación, trayendo como consecuencia una mayor intolerancia por parte de las Mayorías públicas como privadas.

El principio de Diversidad en la Unidad, estudiada por la Corte Constitucional, se debe desarrollar frente al principio de tolerancia, pero la no limitación de los elementos del principio de Autodeterminación, puede desencadenar un enfrentamiento que conduzca a la reducción de las minorías por parte de las mayorías o al contrario la independencia de las minorías.

El segundo elemento constitutivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas es el territorio indígena, el estudio de este elemento conlleva a confirmar que los pueblos indígenas están afrontando su desaparición, por la reducción empleada por la mayoría. Este elemento es estudiado por tres factores: el factor económico, el factor cultural y el factor social.

1.3 Formulación de la Pregunta de investigación: ¿Las garantías Constitucionales encontradas en la línea jurisprudencial de las sentencias de unificación 510 de 1998 y SU 039 de 1997 otorgada a los pueblos indígenas en Colombia, constituyen la efectividad de un Estado Social de derecho?

1.4 Formulación de Hipótesis:

Árbol De Problemas:

Capítulo I

¿Existe en Colombia Pluralidad de naciones que garantice la creación de un Estado Multinacional?

¿Cómo diferenciar una cultura naciente de una cultura consolidada?

¿Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias de unificación, se encuentra la existencia de un Estado multinacional?

Capítulo II

¿Cuáles son los requisitos necesarios para que los usos y costumbres constituyan una jurisdicción especial?

¿El indígena deja de ser indígena por la pérdida de su fuero territorial o personal?

¿La expansión del fuero indígena genera autonomía o autodeterminación?

Capítulo III

¿Qué es un resguardo indígena y cuantas clases existen?

¿Los Grupos indígenas en Colombia sostienen una economía de autoconsumo?

¿Qué importancia tuvo la T-025 de 2004 en los grupos indígenas?

¿Todos los resguardos indígenas poseen una cultura e identidad propia?

¿Las garantías Constitucionales encontradas en la línea jurisprudencial de las sentencias de unificación 510 de 1998 y SU 039 de 1997 otorgada a los pueblos indígenas en Colombia, constituyen la efectividad de un Estado Social de derecho?

¿Se puede vincular la ponencia de Will Kymlicka sobre "Estados Multinacionales" a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia indígena?

¿Qué es el principio de Autodeterminación y cuál es su alcance para la Corte Constitucional?

¿Cuál es la consecuencia del mal empleo del principio de autodeterminación decretado en la Carta de Naciones Unidas donde establece "todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación", y el principio de autodeterminación otorgado a los pueblos indígenas por el convenio 169 de OIT donde los pueblos indígenas no poseen una Autodeterminación Externa expuesta por Ferrajoli y Kymlicka?

¿La jurisdicción especial es un elemento de la Autodeterminación Interna o Externa en Colombia?

¿Se puede garantizar el principio de diversidad en la Unidad en Colombia?

¿Qué es el principio de Metamorfosis?

¿Cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia indígena?

¿El territorio es un elemento de autodeterminación?

¿Se garantiza la protección del suelo y del subsuelo en materia indígena?

¿Qué consecuencia trae el desplazamiento para los pueblos indígenas?

¿La identidad de los pueblos indígenas versa en su territorio ancestral?

Capítulo IV: Luigi Ferrajoli y un diálogo hacia la efectividad del Estado Social de derecho en materia hermenéutica Jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia Indígena:

2. JUSTIFICACIÓN:

Este trabajo estudia la vinculación de la doctrina de Will Kymlicka y de Luigi Ferrajoli a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia indígena. Esta vinculación doctrinaria ha sido propuesta indirectamente por la Corte Constitucional, y estudiada en el libro “Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea”, donde la magistrada auxiliar Catalina Botero Marino y demás exponentes entre ellos Rafael Escudero, observa que existe una vinculación indirecta de la doctrina mencionada, para la resolución de conflictos surgentes en la hermenéutica constitucional en materia indígena.

La importancia de la SU 510 de 1998 y la SU 039 de 1997, radica en su regla vinculante, la Sentencia de Unificación 510 de 1998, muestra la línea jurisprudencial que identifica el alcance del principio de diversidad étnica y cultural, la autonomía de las autoridades tradicionales, la protección de los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas, los límites a la comunidad indígena y los límites a su autonomía, los límites a la libertad religiosa de grupo minoritario y protección a la dignidad humana, libertad de culto en la comunidad indígena, Protección de la igualdad en la comunidad indígena frente a la protección de sanciones por la vinculación a otro credo y sobre la jurisdicción especial sobre la intensidad de una sanción. Su fuerza vinculante, desarrolla todas las sentencias posteriores a su promulgación que son estudiadas en el marco teórico de la tesis y que poseen un caso análogo por sus hechos y circunstancias. Y por último ninguna sentencia posterior a la SU 510 de 1998 ha modificado su precedente vinculante por una Regla de Cambio.

De igual manera se puede hablar de la SU 039 de 1997, donde su importancia radica en el estudio de los derechos fundamentales de las

comunidades, la explotación de los recursos naturales en el territorio indígena y el alcance y finalidad de la Consulta de las comunidades indígenas. De esta forma y de manera armónica se desarrolla el estudio de las dos mayorías existentes en Colombia, la privada y la pública.

El principio de Autodeterminación de los pueblos indígenas surge del principio Constitucional de diversidad en la unidad. La Corte Constitucional ha expuesto que la cultura de los pueblos indígenas frente a la cultura mayoritaria, no es contradictoria sino que es contraria. Frente a este planteamiento este trabajo desarrolla la teoría de complementariedad, de esta forma los pueblos indígenas pueden desarrollar una cultura diferente, pero al mismo tiempo complementaria a la historia y legado colombiano y al mismo tiempo la mayoría acepta frente al principio de tolerancia una cultura diferente pero fuente de la identidad colombiana.

Una parte muy importante de la investigación es el seguimiento de la evolución constitucional en materia indígena, de esta forma las contradicciones presentadas entre jurisprudencias, no son tomadas negativamente sino que por el contrario son tomadas positivamente, así la vinculación del estudio antropológico como el de Carlos Cesar Perafán Simmonds y Esther Sánchez, para la resolución de conflictos en materia indígena adoptada por parte de la Corte Constitucional, muestra un gran avance al estudio, aceptación y vinculación de la cultura indígena al marco de tolerancia propuesto en un Estado Social de Derecho.

El último capítulo establece un Diálogo entre Luigi Ferrajoli y la hermenéutica jurisprudencial estudiada en el marco teórico de la tesis. Este diálogo se desarrolla frente al establecimiento de tres definiciones de mayoría que son obtenidas del estudio de la teoría de Democracia Constitucional, Derechos Fundamentales y la Ley del más débil expuesta

por Ferrajoli. De esta forma se concluye que la efectividad del Estado Social de Derecho versa en la inaplicación y desvanecimiento de las Mayorías en Colombia.

La investigación propuesta, está orientada al estudio jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia indígena, un estudio que ha sido irrelevante en la investigación científica jurídica de los juristas, por esta razón una de las finalidades, es llamar al cuerpo estudiantil, docentes e investigadores de derecho a participar en nuevas investigaciones, para consolidar una doctrina estructurada y eficaz que sirva de guía a nuestros legisladores, jueces y autoridades para la resolución de conflictos en materia indígena.

3. DELIMITACIÓN:

Existe diferentes fuentes doctrinales para el estudio socio jurídico y antropológico que estudian los pueblos indígenas en Colombia. Este trabajo sólo se limitará a tratar dos autores doctrinales Will Kymlicka y Luigi Ferrajoli que desarrollan la doctrina indirecta en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

La exposición de Will Kymlicka sobre un “Estado Multinacional” sólo será empleado como una forma de diversidad cultural, directriz que diferencia a los pueblos indígenas en Colombia (Establecida SU 510 de 1998), frente a las demás formas de diversidad cultural y étnica.

En materia Antropológica, se partirá del estudio antropológico realizado en la línea jurisprudencial de la Sentencia de Unificación 510 de 1998, y se manejará diversas fuentes complementarias al estudio jurisprudencial en materia indígena.

Sobre el tema de autodeterminación y el análisis de sus elementos (Jurisdicción Especial y Territorio Indígena), se limitará al estudio de la línea jurisprudencial desarrollada en la Sentencia de Unificación 510 de 1998 y la Sentencia de Unificación SU 039 de 1997. Y otras sentencias de suma importancia para dar cumplimiento al objetivo propuesto en la tesis.

4. OBJETIVOS:

4.1 Objetivo General:

Analizar y estudiar la importancia de las garantías constitucionales establecidas en la línea Jurisprudencial constructora de la Sentencia de Unificación 510 de 1998 y Su 039 de 1997 de la Corte Constitucional en materia indígena en Colombia, las cuales dan desarrollo a la efectividad del Estado Social de Derecho en Colombia, al oponerse al sentido Mayoritario que impide la implementación de una Democracia Constitucional y las garantías de los derechos Fundamentales.

4.2 Objetivos Específicos:

- 1) Analizar fuentes jurisprudenciales, doctrinales y antropológicas el significado del principio de Autodeterminación y ¿Cuáles son las consecuencias de su mala implementación?
- 2) Analizar la importancia del debate antropológico en materia indígena adoptado por las sentencias de la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 510 de 1998.
- 3) Analizar los elementos que conforman el principio de Autodeterminación que son la jurisdicción especial y el territorio indígena.
- 4) Analizar los tres factores constituyentes de los territorios indígenas que son el factor económico, factor social y el factor cultural.

- 5) Entablar un diálogo entre Luigi Ferrajoli, y la hermenéutica de las sentencias adoptadas en la tesis y en especial la SU 510 de 1998 y la SU 039 de 1997. Proponiendo 3 definiciones de Mayoría, resultado del análisis de la ponencia sobre Democracia Constitucional, Derechos Fundamentales y la Ley del más débil.
- 6) Reconocer la importancia de los pueblos indígenas como fuente directa de la consolidación de un Estado Social de Derecho en Colombia.
- 7) Abrir el debate y la investigación de futuras generaciones enfatizado a la protección de los pueblos indígenas en Colombia.

5. MARCO REFERENCIAL:

5.1 Marco Teórico y Conceptual:

Para desarrollar la respuesta efectiva a la formulación de la pregunta de investigación y contextualizar el objetivo general y los objetivos específicos, se realizará un estudio Doctrinal, Antropológico y Jurisprudencial en materia indígena.

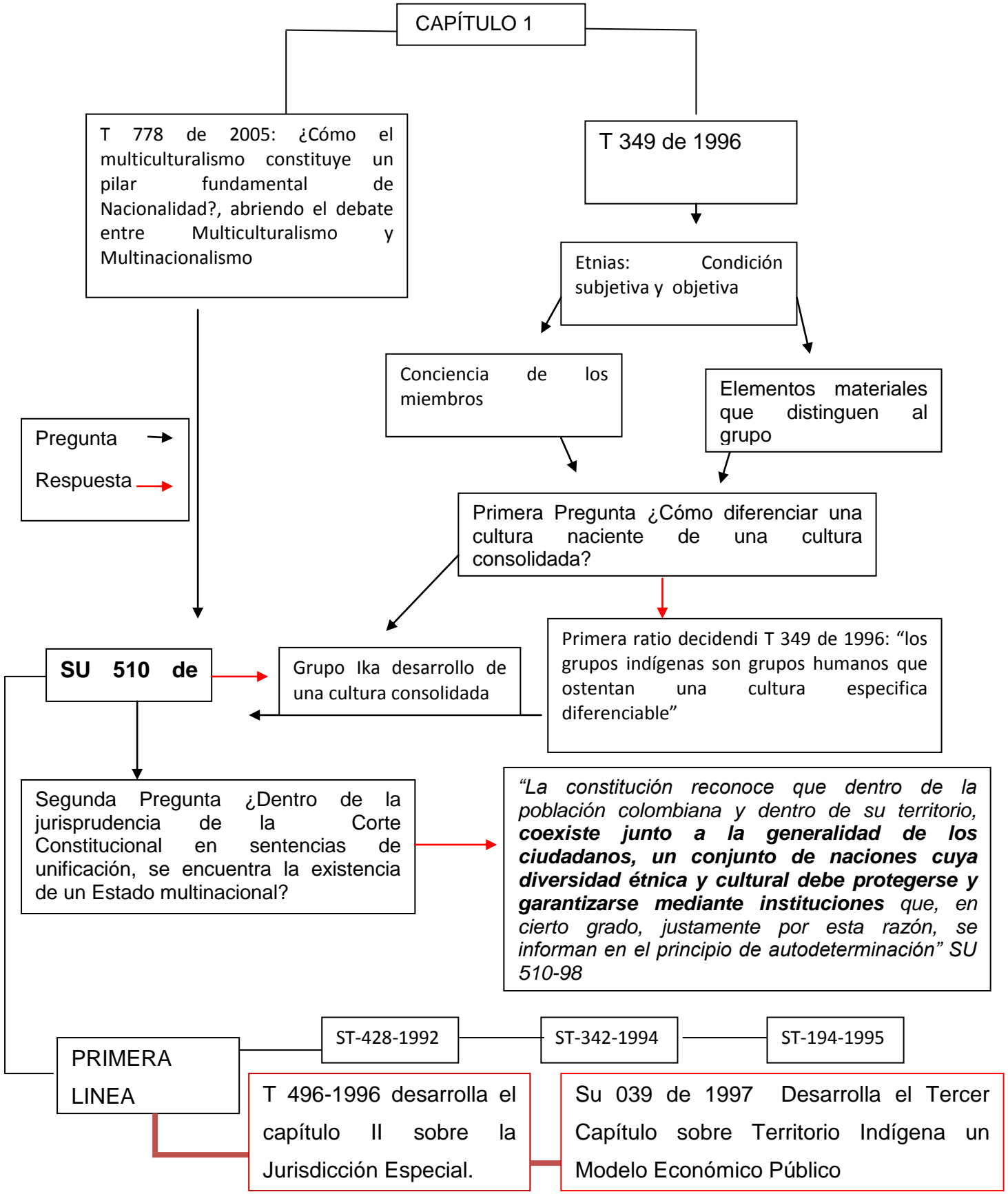
Realizado este estudio, se efectuará de forma imaginaria un diálogo doctrinal y jurisprudencial, entre las sentencias de Unificación 510 de 1998 y Su 039 de 1997 frente al Neoconstitucionalismo en la perspectiva de Luigi Ferrajoli. De igual forma se enfatizará en la importancia de la aplicación del estudio antropológico de la Corte Constitucional para resolver en casos hermenéuticos donde los pueblos indígenas son protagonistas.

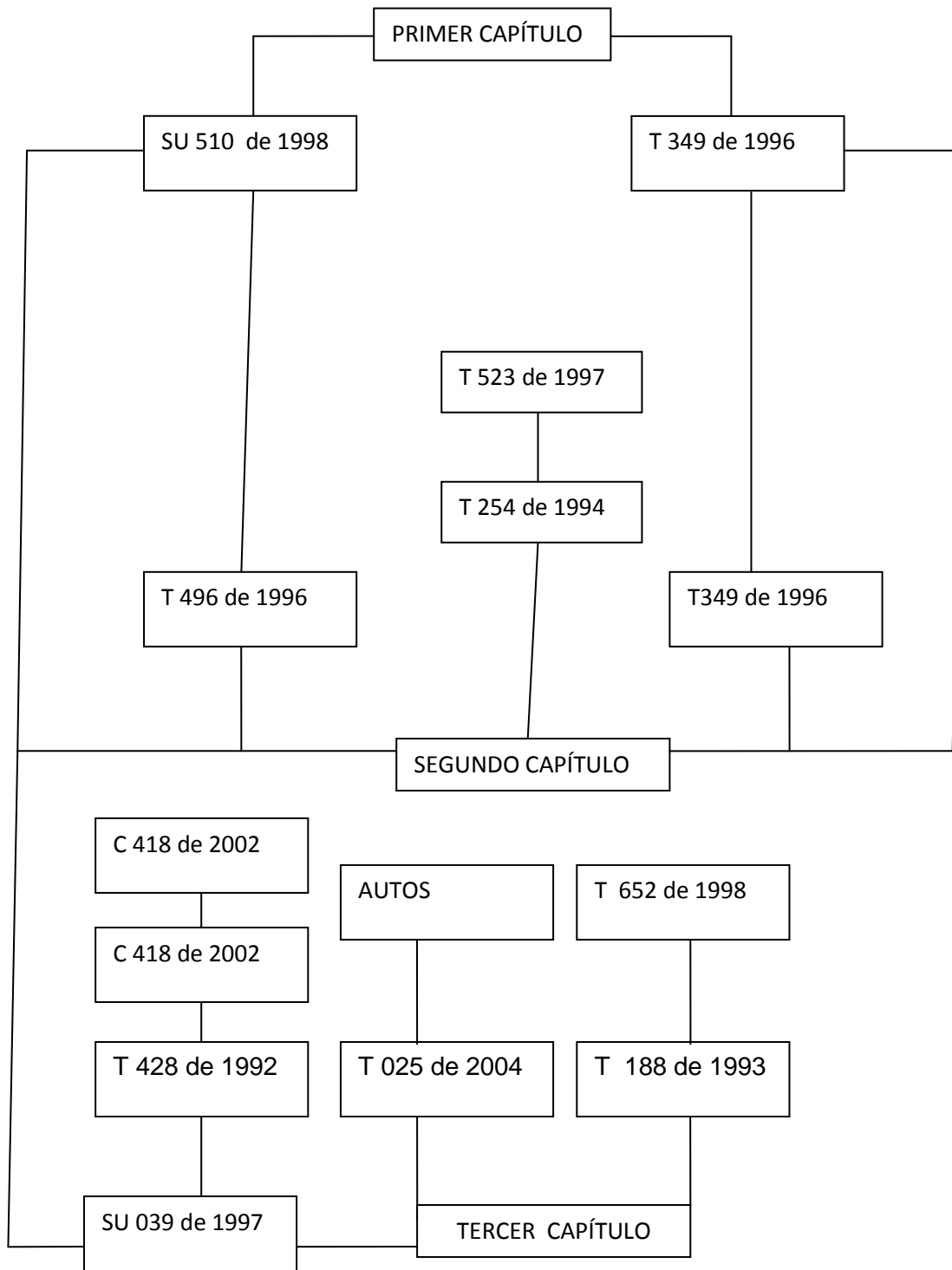
Por esta razón se estudiarán tres antecedentes:

- a) Constitucional: El estudio en materia constitucional se enfatizará en las sentencias de unificación 510 de 1998 y SU 039 de 1997. En este contexto se analizarán las sentencias que precedieron a su creación.

También se desarrollará el estudio de sentencias de la Corte Constitucional fuera de las que precedieron las sentencias de unificación antes señaladas, para dar claridad y objetividad a propuestas desarrolladas dentro de la tesis como es el caso de la Sentencia T 025 de 2004 que trata sobre el desplazamiento forzado, usado como ponencia del segundo factor creador del territorio indígena “factor social”, deducido y analizado en el tercer capítulo de este trabajo.

Todas las sentencias en estudio están conectadas como se observa en los dos siguientes gráficos:





b) Antropológico: En materia antropológica la fuente principal es el estudio realizado por las diferentes sentencias de la Corte Constitucional que entran al contexto del desarrollo de las Sentencias de Unificación antes mencionadas. Ese trabajo desarrolla el campo antropológico como material auxiliar en la investigación.

c) Doctrina: La principal fuente doctrinal es la de Luigi Ferrajoli que se analizará frente a la obra de Miguel Carbonell, sobre Democracia y Garantismo; Y el ensayo Sobre los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli encontrado en el libro Teoría Neoconstitucional Edición Miguel Carbonell; Y el libro Derechos y Garantías la ley del más débil de Luigi Ferrajoli.

Una segunda Fuente Doctrinal utilizada en la tesis es la de Will Kymlicka, sólo para analizar la gran similitud de su teoría Estado Multinacional como fuente de diversidad cultural frente a la SU 510 de 1998, que declara la existencia de diversas naciones en función al principio de Autodeterminación.

El desarrollo de esta doctrina, es implementada por la importancia de sus debates acoplados en materia indígena, como lo demuestra el libro “Derechos, Costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea” realizado por el centro de Estudios Políticos y Constitucionales, donde en la participación de Ermann Vitale, Daniel Bonilla Maldonado, Rafael Escudero Alday y la Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional Catalina Botero Marino desarrollan sus ensayos con el estudio de los doctrinantes antes mencionados Will Kymlicka y Luigi Ferrajoli.

De la misma forma se realizará el estudio de otras fuentes doctrinales que vincularán y desarrollarán la teoría del trabajo, como por ejemplo la filosofa,

magister y doctora Ángela Uribe Botero, en su obra “Petróleo, economía y cultura el caso U’wa”.

La conexión implícita en materia doctrinal y materia jurisprudencial se la explicará a continuación de acuerdo a los siguientes gráficos:

Desarrollo doctrinal y conexión jurisprudencial del capítulo 2

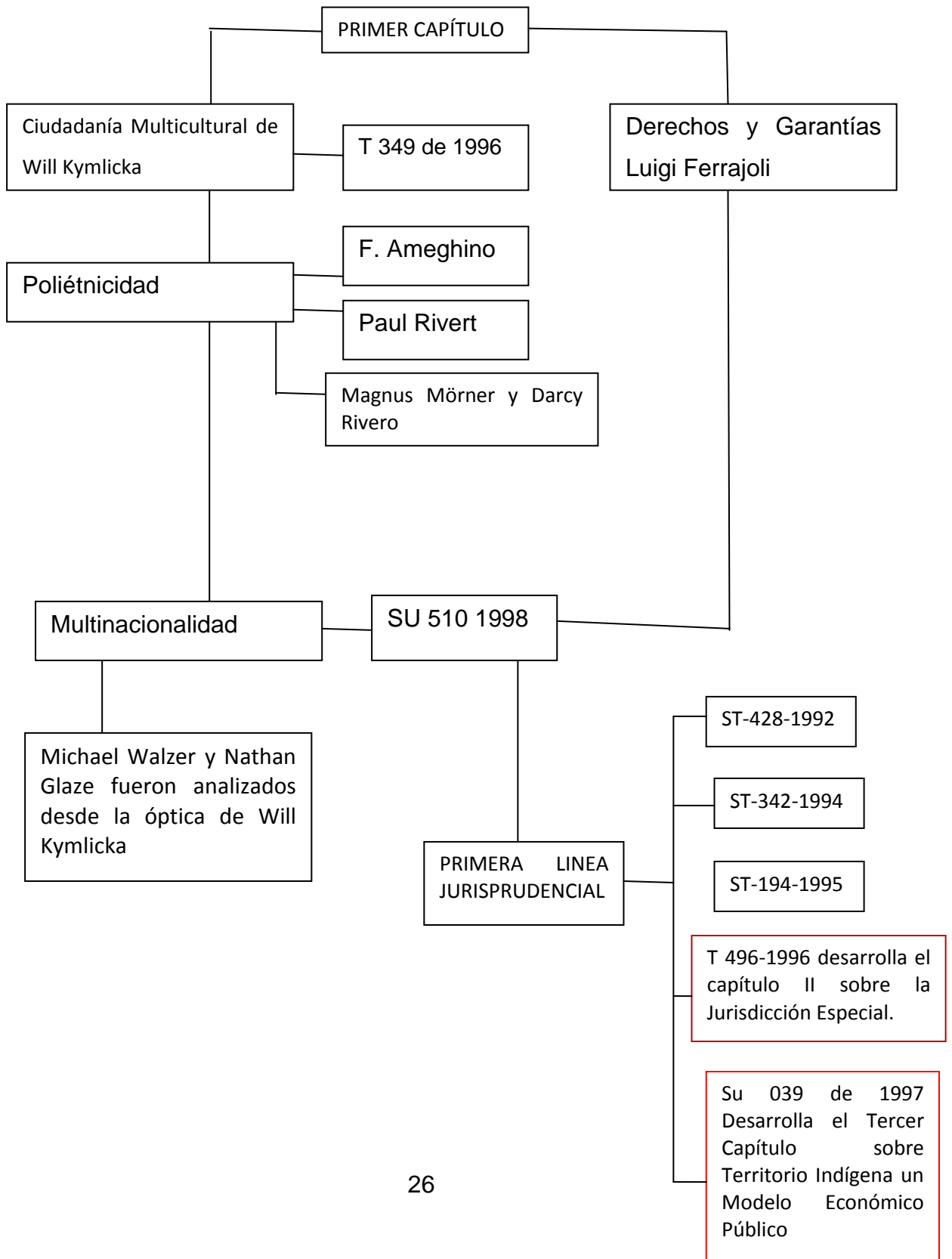
El segundo capítulo a diferencia del primero muestra un glosario doctrinal muy restringido e inferior, la razón es que las respuestas sobre el autogobierno desarrollado en la jurisdicción especial, fue adoptado bajo un concepto hermenéutico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en materia indígena. Por esta razón el enfoque antropológico ha sido reducido a lo que la Corte Constitucional ha declarado en sus sentencias y por esta razón se hace efectivo el lineamiento propuesto en la Maestría de Derecho Público.

Desarrollo doctrinal y conexión jurisprudencial del capítulo 3

- 1) La primera parte doctrinal es acerca de Will Kymlicka en su libro de Ciudadanía multicultural, se analiza y repasa nuevamente la teoría del Estado Multinacional como Forma de Diversidad Cultural.
- 2) Posteriormente viene un relato histórico encontrado en gran parte de las sentencias citadas en el marco teórico de la tesis, sobre que son y cómo se constituyeron los resguardos indígenas en Colombia. Este relato histórico es de suma importancia porque en él se entiende que la existencia de un Estado Multinacional y un Estado polietnico en Colombia, está en su historia y que su denominación “Pueblos viejos” o “Pueblos nuevos” realizada por el INCORA hace analogía al estudio de Kymlicka.

- 3) El segundo texto presentado es Análisis Económico el caso Colombiano, 2da edición actualizada 1998, este libro fue adoptado en el cuerpo de la tesis para explicar y argumentar que es una Economía de Autoconsumo, ponencia desarrollada en la totalidad del Factor Económico como elemento constitutivo del territorio indígena.
- 4) Y frente al último factor de los territorios indígenas el Factor Cultural, se trae el estudio Botero Uribe Ángela doctora de la Universidad del Rosario de Colombia que en su obra el Petróleo Economía y Cultura presenta un diálogo frente al grupo Uwa y Oxy, en otras palabras indígenas vs petróleo dialogo desarrollado en la SU 039 de 1997 y SU 510 de 1998.

Conexión Doctrina y Jurisprudencia.



5.2 DISEÑO METODOLÓGICO

Tipo de Investigación: Esta tesis es científica tal como lo señala el proyecto educativo institucional de la USTA: En primer lugar se realizó sobre un hecho conocido en Colombia como es el de los resguardos indígenas, promulgado en la Constitución Política de 1991. En segundo lugar, el trabajo versa sobre un tema que poco se ha dicho en una maestría de Derecho Público.

Este trabajo genera utilidad debido a que reúne el estudio de fuentes doctrinales y jurisprudenciales, para el desarrollo de un tema específico dejando una fuente investigativa para próximos investigadores que quieran profundizar sobre el tema expuesto en esta tesis. Y por último el desarrollo de esta investigación consta de materiales físicos que prueba mi hipótesis, al trabajar doctrina veraz y una jurisprudencia constitucional real en Colombia sobre los pueblos indígenas.

La metodología que se implementará para el análisis jurisprudencial es la expuesta por Luis Muñis Argüelles y Migdalia Fraticelli Torres en su libro la Investigación Jurídica tercera edición año 2000 pagina 39 a la 63 “Metodo P.O.L.A.R”. Con esta metodología se analizará el marco jurisprudencial de la Corte Constitucional, referente a los pueblos indígenas en materia de Autodeterminación, identificando de forma muy clara las controversias de hecho y derecho surgentes en cada jurisprudencia. Al ubicar la controversia de derecho se esclarecerá que la autoridad competente para la resolución de acciones de tutelas y demandas de inconstitucionalidad es resuelta en Colombia por la Corte Constitucional y por esa razón el trabajo está encaminado al derecho público. Las normas jurídicas que prevalecen para la resolución de conflictos de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas frente a

los derechos fundamentales y la jurisdicción nacional son inminentemente constitucionales. Y por último para desarrollar la identificación de los hechos esenciales y las controversias de derecho se implementará el método P.O.L.A.R el que consiste en analizar “P=persona o sujeto del derecho, O=objeto o relación jurídica, L=lugar y tiempo donde ocurren los hechos, A=Actos o conductas R=Remedios o defensas procesales y sustantivos”.

Método Cualitativo: Este método será implementado en el contenido del trabajo, donde desarrollara el análisis teórico de todas las fuentes doctrinales, jurisprudenciales y de la ciencia auxiliar de la antropología jurídica que llevan a desarrollar la garantía de un Estado Social de Derecho en Colombia, en materia indígena.

GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS UN CAMINO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

CAPÍTULO I: COLOMBIA UN ESTADO MULTINACIONAL

El objetivo de este capítulo es respondernos estos cuestionamientos ¿Existe en Colombia Estados Nación que garanticen la creación de un Estado Multinacional?, ¿Cómo diferenciar una cultura naciente de una cultura consolidada?, ¿Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias de unificación, se encuentra la existencia de un Estado multinacional?

6. Concepto de Multiculturalismo:

“La creciente conciencia de la diversidad étnica y cultural, provocada por las facilidades de comunicación contemporánea y la globalización de las relaciones económicas- y el declive de las concepciones éticas de corte moderno, han puesto de presente la necesidad de reconocer y proteger la convivencia, dentro de un mismo territorio, de grupos culturales que sostienen cosmovisiones distintas” (*D-1080 Carlos Gaviria Díaz , 1996*)

La sentencia T 778 de 2005, realiza una breve alusión a lo que es el multiculturalismo en la Constitución de 1991, en primer lugar nos recuerda los tres artículos pilares del pluralismo en Colombia, el artículo primero de la carta establece que Colombia es un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. A su vez el artículo 7 establece que “El

Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, y por último el artículo 70 establece que un deber del estado Colombiano es fomentar y promover el acceso de la cultura en igualdad de posibilidades al establecer: “El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”. La sentencia en estudio establece además:

“En el constitucionalismo colombiano el multiculturalismo es un pilar de la nacionalidad y en consecuencia el Estado tiene la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural y, adicionalmente, promover dicha diversidad, de lo cual depende la convivencia armónica dentro de una democracia participativa”

De acuerdo a la anterior ponencia, surge el siguiente cuestionamiento ¿Cómo el multiculturalismo constituye un pilar de Nacionalidad?, cuestionamiento central que desarrolla la política de un Estado Multinacional, desarrollado en la totalidad del trabajo.

La Corte Constitucional en sentencia T 349 de 1996 magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, ha desarrollado uno de los primeros cuestionamientos propuestos: ¿Cómo diferenciar una cultura naciente de una cultura consolidada? , Expresando:

"Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

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

"La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de "cultura". Este término hace relación básicamente al "conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana." En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos" (CONSTITUCIONAL, T 349 de 1996, 1996)

Concluyendo la Corte que los grupos indígenas son grupos humanos que ostentan una cultura específica y diferenciable.

Debe decirse que la terminología de cultura es muy amplia, y por ende es muy complicado diferenciar minorías nuevas originadas por la discriminación de las mayorías como homosexuales, discapacitados, clases obreras entre otros, frente a las minorías ancestrales que han sobrevivido el marginamiento histórico como es el caso de los pueblos indígenas en Colombia. Por esta razón, el multiculturalismo, es una política construida y desarrollada para fortalecer y socorrer, a las minorías étnicas que poseen cosmovisiones, culturas e historias diferentes de las mayorías conquistadoras.

El multiculturalismo ha sido una política de aceptación de minorías étnicas y culturales, pero esta a su vez se ha originado de diferentes formas de pluralismo cultural, un acercamiento a estas diferentes formas de diversidad cultural es el estudio de Will Kymlicka en su libro Ciudadanía Multicultural, y sus adjetivos multinacionalismo y poliétnicismo.

6.1 Multinacionalismo y poliétnicismo como modelos de diversidad cultural.

Debe entenderse por multinacionalismo, como un modelo de diversidad cultural por la incorporación de culturas, que previamente poseían un autogobierno y un territorio anterior a la integración en una cultura mayoritaria. Pero está “minoría nacional” aún tiene el deseo de ser consideradas como sociedades diferentes a la mayoría exigiendo un autogobierno y un territorio donde puedan asegurar su supervivencia.

En este punto debe entenderse que la definición de nación escogida dentro del trabajo, no será desarrollada frente a una noción occidental, sino que por el contrario será abarcada como una comunidad histórica, que posee una identidad, territorio y un autogobierno propio anterior a la integración de una cultura mayoritaria. Esta denominación es la más cercana al modelo indígena desarrollado en el marco internacional y colombiano al ratificarse el convenio 169 de la OIT que dice en su artículo primero:

“b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.
(OIT, Convenio 169 de la OIT, 1989)

Al cuestionamiento ¿Existe en Colombia Estados Naciones que garanticen la creación de un Estado multinacional?, debe decirse que antes de que se constituyera el Estado-Nación en Colombia, existían comunidades que compartían una misma lengua, que se regían con una cosmovisión diferente a la conquistadora, y que conformaban una nación cultural, una nación histórica y un legado.

Con la llegada de las tropas conquistadoras estas se integraron a otra nación, su integración no hizo desaparecer la cultura minoritaria tan solo la encapsuló en la nación vencedora. De acuerdo a esto se podría establecer que una nación puede tener diferentes naciones como lo establece Will Kymlicka: “Un país que contiene más de una nación no es, por tanto, una Nación-Estado, sino un Estado Multinacional, donde las culturas más pequeñas constituyen las minorías nacionales”.

6.2 Concepto de Poliétnicidad

“Se originó en la inmigración individual y familiar, proclives al cambio cultural, no solamente porque estaban desarraigadas sino porque se habían desarraigado a sí mismas. Sean las que fueran las presiones que les llevaron al Nuevo Mundo, eligieron irse, mientras que otros iguales que

ellos, en sus propias familias desearon quedarse, Michael Walzer”
(KYMLICKA, 1995-1996)

Existe una forma de integración que surge de la “inmigración individual y familiar”, a estos grupos Will Kymlicka los ha denominado “grupos étnicos”, que a diferencia de las “minorías nacionales”, estos no poseen un autogobierno y su objetivo “no es convertirse en una nación separada y auto gobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales.

“Los grupos inmigrantes ni son “naciones” ni ocupan tierras natales, su especificidad se manifiesta fundamentalmente en su vida familiar y en asociaciones voluntarias” (KYMLICKA, 1995-1996)

Este nuevo tipo de integración cultural formado por la inmigración, deja como consecuencia la aceptación de la cultura mayoritaria por parte de las “minorías étnicas” frente a la institución nacional vigente, caracterizada por su rigidez, en otras palabras el hecho de que entre en un país como emigrante, no es razón justificante para que la institución política, nacional, histórica y cultural sea modificada, al contrario si entra el emigrante a un Estado y nación diferente, es él quien debe conocer, aceptar e integrarse por su propia voluntad al modelo Nacional e Institucional Mayoritario.

Como se ha establecido estas “minorías étnicas”, no desean construir una sociedad aparte de la mayoritaria, tan solo son culturas imprecisamente agregadas denominadas por Will Kymlicka “polietnicidad”. Existe un efecto lingüístico frente la mayoría y las “minorías étnicas”, estas minorías emigrantes deben aprender el idioma de la cultura mayoritaria ya que si no es imposible una integración en este caso los emigrantes que llegan a Estados Unidos deben poseer el idioma Inglés ya que de otra forma no podrán ser aceptados.

“Unas de las pequeñas paradojas de la historia es que ningún imperio plurilingüe del viejo mundo se atrevió a ser tan despiadado como para imponer una única lengua a todo el conjunto de la población, algo que sí hace la república liberal que defiende la idea de que todos nacemos iguales” Gerald Johnson (KYMLICKA, 1995-1996)

El término de poliétnicidad, ha sido desarrollado en el Marco Constitucional al establecer que la finalidad del Estado Social de Derecho en Colombia es proteger la diversidad étnica. Pero en el marco de los grupos indígenas hay que cuestionarse ¿Es Colombia un Estado Poliétnico? Un primer acercamiento para dar respuesta es el estudio antropológico donde ellos nos demuestran que en épocas anteriores a la colonia y conquista, la ocupación de América se desarrollo por inmigraciones

F. Ameghino sostenía que la cuna de la humanidad era la región meridional de América del sur, debido a estudios geológicos, paleontológicos y osteológicos, pero los hallazgos hechos por este antropólogo fueron corregidos y desvirtuados al paso del tiempo por las nuevas teorías surgentes de nuevas investigaciones.

La “tesis de Rivert”, Paul Rivert, establece que la población indígena de América es el resultado de migraciones, realizadas por el estrecho de Bering y otras a través del Océano Pacífico, estas inmigraciones constituyen cuatro tipos raciales mongoles, esquimales, australoide y malayo-polineso. Tanto mongoles como malayo-polineses son los más cercanos al poblamiento en América ya que las investigaciones y experimentación ósea ha dado como resultado una gran similitud a los habitantes americanos y por otro lado está su cultura que ha sido caracterizada por una lengua y etnografía muy similar a los malayo-polineso. (COMAS, 1981.)

El antropólogo Montandon propone la siguiente tesis sobre cómo fue la emigración, en la Isla de Pascua, aislada por océano se encuentran monumentos

ciclópeos contruidos por polinesos, el propone que para la creación de estos monumentos existieron esclavos y que posiblemente los australoides fueron una civilización débil y dócil así hubo un poblamiento de los pueblos Australes.

Las investigaciones han continuado y los nuevos hallazgos son prometedores, como el encuentro con el hombre de las cavernas spirit que poseía pelo, hueso y piel y que según las investigaciones había permanecido 9.400 años, y que sus características son muy similares a la de los indígenas del Japón. Existen muchos antropólogos que afirman que la llegada de migraciones y poblamiento de América es de Asia, en todo caso a medida del avance tecnológico, de la ciencia y de las investigaciones se sabrá con exactitud la proveniencia de los habitantes Americanos (Tiempo).

Existen diversas teorías sobre el poblamiento y la inmigración a América, lo importante es que sabemos que las culturas indígenas en América son mezcla de razas debido a migraciones como la de los polinesos, mongoles, australoides, esto en base a estudios antropológicos y continuas investigaciones tanto científicas como culturales.

De esta forma se puede establecer que Colombia antropológicamente es Poliétnico, y que la diversidad cultural existente se debe a las inmigraciones realizadas en tiempos milenarios, pero las culturas inmigrantes constituyeron la primera identidad en Colombia así el mundo precolombino estaba regido por Incas. Mayas, Aztecas, culturas supremamente fuertes, evolucionadas en diversas actividades, como por ejemplo los Mayas que conocieron el cero antes de los griegos, realizaron además el calendario más preciso que el calendario gregoriano, Los incas por su parte *SACSAYHUAMAN*, fortaleza de Machu Picchu, demostraron su gran desarrollo arquitectónico considerado como una maravilla del mundo, si Heródoto hubiese visto tal maravilla la hubiese admirado como los jardines colgantes de Babilonia. Huizilopochtli confirmaba la gran fortaleza Azteca en su ejército. Se puede aludir que Europa no trajo evolución a nuestro continente,

es más en muchos campos las culturas precolombinas eran más avanzadas que la Europea.

Antiguamente Colombia, era una tierra poblada y dominada por una extensa diversidad de etnias, fuentes de cultura, tradiciones, historias, mitologías. De las culturas sobrevivientes a su cruel historia, podemos nombrar la cultura Zenú, quién regía en los ríos Sinu y San Jorge y parte baja del río Cauca; los Tairona nombre genérico de los grupos indígenas que dominaron la Sierra Nevada de Santa Marta; los Muisca se extendían desde el páramo de Sumapaz hasta el páramo de Chicamocha; y en Nariño los Pastos, Quillacingas, Abades; Los Muzo desde 1543 se enfrentaron a sus conquistadores para retener sus tierras; los Wayuu o Guajiros evolucionaron socialmente en el siglo XVII y XVIII pasaron de la barbarie a la civilización de pastoreo; Los Paeces regían el departamento del Cauca y muchas más comunidades indígenas que gobernaban las tierras Colombianas antes de ser conquistados. (ONIC, CECOIN, GHK, 1995)

“Los grupos indígenas, variados como eran en sus pautas culturales y en sus grados de desarrollo, solo habrían contribuido a la diversificación si hubiesen sido el factor preponderante. Los núcleos africanos, a su vez, que provienen de una miríada de pueblos, también habría creado múltiples rostros en nuevo mundo, si hubiesen impuesto su impronta cultura de forma dominante”. (RIBEIRO, 1981)

Concluyendo que lo que llamamos polietnicidad en realidad es nacionalidad, así los grupos indígenas de Colombia pertenecen al segundo grupo del multiculturalismo expuesto por Will Kymlicka Estado Multinacional.

6.3 La Poliétnicidad una figura de la homogenización.

La historia de nuestros pueblos indígenas se ha desarrollado de acuerdo a la siguiente realidad **“Lo que hay en esto, y es verdad, es que los indios no se han aminorado donde los había, sino que han ido españolizando y pasando a otras castas”** (ONIC, CECOIN, GHK, 1995) La Colonia representó el mestizaje de nuestros antepasados, de ahí comienza la pérdida de nuestra identidad y la pérdida de nuestras raíces. Partimos de una evolución donde las tierras y culturas Americanas eran gobernadas y protegidas por los indígenas, habitaban cerca de 6.000.000 a 10.000.000 de indígenas, cada uno tenía su historia, legado y lengua como por ejemplo en la región oriental predominaba el Muisca, en los llanos orientales la lengua Sáliva, en el sur occidente el quechua regia, y por su parte la lengua Siona en el alto Amazonas. Sus cacicazgos eran fuertes como el del Cucuy o los Guayameses, después de la conquista se transformó en una mezcla de indígenas, españoles, negros, que no tienen una identidad y su distintivo radica exclusivamente en las marcas raciales. Esto se debe a un origen marcado por la colonización y la culturización de las costumbres Europeas y expansión ibérica. (ONIC, CECOIN, GHK, 1995)

Magnus Mörner (1924), hispanista sueco. Director de la Biblioteca y del Instituto de Estudios Iberoamericanos de la Escuela de Ciencias Económicas de Estocolmo, en su investigación aplica diferentes factores para llegar a verificar la veracidad de su teoría “sociedad o régimen de castas”, primero alude que el sistema de castas se realizó por dos características la dicotomía de conquistadores y conquistados, entre amo y esclavo en cruce de razas. Segundo, realiza un análisis diferenciador entre el prejuicio racial y el prejuicio social, siendo el primero precedente del segundo, afirmando que lo que en verdad interesa es el estatus social de “pigmentocracia” los individuos eran clasificados de acuerdo con el color de la piel, antes del modelo económico defendido por Marx. Debido a esto se crearon políticas como la de 1533, Que promulgaban retirar de los indios a los españoles que habían sido concebidos en pecado, estos niños fueron

denominados mestizos. Tercero, investiga el grado de dominación étnica en una estratificación económica social, esclareciendo que es muy complicado llegar a una estratificación por servicios por la falta de información y contradicción de la investigación (mestizo=artesano, criollo=terrateniente, etc.), Aquí un punto muy importante es la vestimenta “en los siglos XVII y XVIII, los aborígenes imitando la vestidura española de la época, crearon la indumentaria que en la actualidad se considera típicamente indígena”. Cuatro sustenta la discriminación existente en las confederaciones, gremios, cofradías, consulados (asociado de comerciantes), iglesias, universidades, sustenta que la discriminación se lleva a un segundo punto cuando surge la “cedula de gracias al sacar”, ya que esta daba un estatus social de pardo y no era excluido de la tierra. Quinto, concluye que la demolición de la sociedad de castas se origina por el cruzamiento de razas masivas donde no se podía distinguir la casta a que pertenecía. Sexto, y por último hace referencia a Brasil donde se comprueba que la población esclava era superior existiendo una dicotomía estable entre amo y esclavo. (Argote, 1981.)

Esta investigación es muy importante ya que de ella podemos concluir que la cultura en conquista y colonización se fue mezclando con las razas, así por ejemplo algunas indumentarias y vestimentos indígenas se constituyeron por la observación y copia de los vestuarios españoles. Esta mezcla de razas, castas y culturas llevó a una segregación, y a un racismo, cada una defendiéndose y sobreviviendo a las razas más dominantes en pro a la subsistencia de su legado. Por otro lado Magnus, plantea que una de las principales características de la terminación de castas es su continua mezcla y así es muy difícil diferenciar su origen. Tal vez por esta razón la Corte Constitucional ha desarrollado el territorio indígena como fuente de separación de “minoría nacional” y mayoría nacional.

Darcy Ribeiro, se cuestiona sobre la existencia o inexistencia de la cultura en América latina y cuál ha sido el proceso de aculturación y la carencia de identidad en Latinoamérica. Parte de una evolución donde la cultura latinoamericana es una mezcla de indígenas, españoles, negros, y no tienen una identidad clara y su

distintivo es únicamente las marcas raciales. Esto se debe a un origen marcado por la colonización y a culturización de las costumbres Europeas y expansión ibérica.

Establece que la discriminación persiste ya que el paralelismo entre el color de la piel y la pobreza da lugar a una estratificación social, ya no son esclavos, pero ahora son pobres. Los rasgos faciales y raciales entre indígenas y negros operan como un indicador de condición social inferior. Esta discriminación es de “marca y no de origen” esto significa, que recae sobre una persona de rasgos racialmente diferenciadores que tiende a homogenizar y transformar (blanquearse).

La homogenización también se encuentra en aspectos lingüísticos y culturales. Existe la América rica y la América pobre, desde el punto de vista externo, de la visión de otro pueblo, ellos podrían establecer que “América Latina unifican y confunden nuestros países como variante de un mismo padrón de pueblos, resultantes todos de la colonización Ibérica y percibidos todos como atrasados y subdesarrollados”. (Argote, 1981.)

Pero frente a la homogenización de la conquista y la colonia, y pese a la poliétnicidad antropológica de los pueblos indígenas en Colombia, estos aun como grupos sociales diferenciables son llamados a conformar la diversidad nacional de un país que apenas ha empezado a protegerlos dentro del núcleo fundamental de la Constitución Política de 1991.

6.4 Concepto de Multinacionalidad:

Will Kymlicka, desarrolla este tipo de diversidad cultural denominándola “minorías nacionales”, donde las características de estas minorías, se desarrollan porque son culturas que han sido integradas a otra cultura mayoritaria, pero en ningún momento la cultura sometida tiene el mismo gobierno de la cultura mayoritaria,

sino que al contrario esta poseía su propio autogobierno antes de su integración. Existen dos formas para constituirse Estados multinacionales, uno es ser conquistado e integrado a una cultura mayoritaria, y la otra es como un acuerdo constituirse en un Estado federado.

“Por tanto, un estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un Estado Multinacional), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un Estado Poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política” (KYMLICKA, 1995-1996).

Will Kymlicka, en su trabajo Ciudadanía Multicultural cita a Michael Walzer y Nathan Glazer. Sobre el primer autor establece con simpatía un acercamiento de teoría pero con una escritura diferente, así para Walzer ha distinguido en la diversidad étnica los “Viejos mundos” de los “nuevos mundos”, el primero es constituido por “comunidades intactas y arraigadas” que “se establecieron en tierras que han ocupado durante muchos siglos” y por otro lado el Nuevo Mundo se configura por “una inmigración individual y familiar”.

Frente al segundo autor Nathan Glazer, distingue que los países del viejo mundo son “federación del pueblo” y el Nuevo Mundo está compuesto por grupos inmigrantes “dispersos, mezclados, asimilados e integrados”. Pero Will Kymlicka, discrepa de las dos teorías al exponer:

“No es cierto que en el nuevo mundo no existan “comunidades intactas y arraigadas, que se establecieron en tierras que ocuparon , compactas y consientes de sí que mantengan sus culturas, que puedan reivindicar derechos nacionales por haberse establecido en territorios norteamericanos antes de que éstos formasen parte de los estados Unidos” (Glazer). Afirmar tal cosa supone ignorar la existencia de los indios norteamericanos, portorriqueños, de los nativos hawaianos o los chamorros de Guam entre otros”. (KYMLICKA, 1995-1996)

Es cierta y comparto esta crítica frente al desconocimiento y negación de la existencia de “minorías nacionales” en la historia, que fue desbastadora para las comunidades indígenas en Colombia, debido a su sometimiento donde el nuevo mundo se construía con la muerte del viejo mundo.

“De hecho, la historia de ignorar las minorías nacionales en el Nuevo Mundo, está inextricablemente ligada con las creencias europeas acerca de la inferioridad de los pueblos indígenas que habitaban el territorio antes de la colonización Europea” (KALMANOVITZ, 2006)

La fuerza de los conquistadores, se fundó en la evolución de medios de opresión como las armas, que con su llegada Bocotá se escuchó por primera vez el trueno dominado por el hombre y construido en China entre el siglo VII y IX y expandida posiblemente en Europa por los árabes. Me refiero a la Pólvora invento que indujo a la creación de la culebrinas y falconetes en 1308, Roger Bacon hablo de ella en el siglo XII, y en Holanda evoluciono como el Snaphause o “picotazo de gallina” hasta convertirse en Flinstlosk o sistema de piedra y posteriormente en el sistema miguelete hasta llegar a la pistola de percusión 1807 y asimismo seguirá evolucionando por décadas, nuestros antepasados sucumbieron ante la magia

que asesinaba con la velocidad de un rayo y con el estridor de un trueno, antes de que el indio llegase a poner sus manos sobre el blanco invasor. El taino ha perecido por la magia oriental dominada por el fuego y el estruendo occidental que ocasiona la muerte sin compasión alguna, así fueron las batallas entre conquistadores y musca penunga “dicen que son como moscas”, y la victoria del mago blanco proclamó al General Quesada victorioso indigna guerra del poder.

6.5 Colombia un Estado Multinacional en la SU 510 de 1998

Esta sentencia muestra la aplicación de la prevalencia de diversidad cultural frente al principio liberal de libertad de culto y de conciencia, es una muestra hermenéutica de cómo la corte ha garantizado y dado prevalencia a la protección de la cultura indígena. Es necesario dar a conocer en forma muy sucinta los hechos que dan inicio a esta sentencia unificadora de derecho constitucional.

La Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC) y 31 indígenas más pusieron la acción de tutela por presunta vulneración a los derechos de integridad personal, libre desarrollo de la personalidad, libertades de conciencia, libertad religiosa y de culto, libertad de expresión y a la libertad personal consagradas en la Constitución Política de 1991.

Cuando IPUC se instala en Santa Marta, varios indígenas de la comunidad de Arhuaca, acogieron y adoptaron la religión evangélica, frente a esto la comunidad indígena prohibió la adopción de esa religión por parte de sus miembros, como lo relata un miembro de la comunidad que acogió el culto occidental “tales atropellos han consistido concretamente en prohibiciones de realizar cultos a Dios bajo amenazas de detención; despojo de textos bíblicos y objetos personales; detenciones encarcelamientos efectivos a miembros de la iglesia a quienes se les obliga a doblar las rodillas sobre piedras; desalojo y sellamiento arbitrario del

templo donde inicialmente funcionaba la IPUC” (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

La instalación del IPUC fue realizada hace 39 años y los “atropellos” hacia los indígenas evangélicos se agudizó hace 15 años relata la sentencia, es de entenderse que esta sentencia inicia en 1997, así que la culturización religiosa inicia antes de proclamarse y constituirse la Constitución Política de 1991.

Otro hecho importante es que las autoridades tradicionales de la comunidad indígena, arrestó a personas ajenas a su cultura como es el Pastor Salcedo de acuerdo a los hechos narrados en la Sentencia.

“Se debe más que todo a una división que han tratado de implantar entre el indígena que es creyente y el indígena que es tradicional, aunque podrían vivir perfectamente unidos porque tanto los indígenas creyentes o no creyentes, todos son indígenas” Pastor Salcedo (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

El indígena evangélico Juan Torres Izquierdo, narra en la sentencia en estudio: “nos han venido maltratando el tradicional indígena, Yo en lo que he creído solamente es en Dios y han tratado de quitarme la creencia, entonces la primera vez me pusieron preso porque me hice creyente, dure preso un día una noche junto con mi mujer y mi suegra, entonces fue ahí cuando me sacaron al otro día, me dijeron que tenía que dejar de ser creyente , entonces me prohibieron que fuera creyente, me pusieron una fianza de treinta mil pesos cada uno y me dijeron que si seguíamos asistiendo a las reuniones nos ponían más multas, así que dejamos de asistir”

En respuesta a estos atropellos el cabildo del gobernador de la comunidad indígena Arhuaca, manifestó que las autoridades indígenas no han cometido

ningún atropello aduciendo “lo único que hecho es que se ha venido corrigiendo los errores, hay unos jóvenes que han estado robando gallinas, y cuando el comisario del cabildo de la región los va ajustar corren a la iglesia pentecostal para que los apoyen, entonces nosotros hemos llamado a los indígenas para corregirles los errores, entonces el pastor no los ha querido mandar y entonces nosotros vamos a buscarlos , esos son los atropellos que hacemos”. De igual forma clarifico que los mamos son los encargados de la religión en Arhuaca, las cuales emanan desde “el principio de la creación”, así que ellos ordenaron las actuaciones realizadas por el cabildo.

“No voy a permitir que el pastor siga predicando el evangelio porque esta contra nuestras propias creencias, pues con eso se está acabando al indígena” Cabildo (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

El corregidor del cabildo Joaquín Emilio Robles Torres, argumentó que el cabildo si ha establecido mecanismos para que la IPUC deje de evangelizar a los indígenas, pero en ningún momento se ha castigado al indígena por ser evangélico sino por cometer actos en contra de las normas mamos como robar, violaciones entre otras. Y manifestó que la religión evangélica está produciendo una destrucción a la cultura “por los hechos que se han visto, la religión evangélica prohíbe la utilización del poporo, el matrimonio tradicional, el uso del ayo, la mortuoria, y la aseguanza”.

“la relación pueblos indígenas-sociedad nacional, de tal forma que garantice a los primeros la posibilidad de tomar decisiones en torno al tema de su reproducción social como sujetos colectivos” Eva Alonso Camacho Jefe de Asuntos Indígenas (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

Lo anterior fue una breve narración de hechos y testimonios de la sentencia donde se observa un conflicto entre las garantías liberales constitucionales frente al multiculturalismo, la finalidad es encontrar como la Corte Constitucional resuelve las tensiones conceptuales y jurídicas.

6.6 Grupo Cultural frente al desarrollo individual en materia Indígena.

¿Qué importancia tiene un grupo cultural frente al desarrollo individual?, En primer lugar la Corte Constitucional en la SU 510 de 1998, revisa la existencia de la cultura Arhuaca, que desarrolla la cultura Ika, donde se encuentra una cosmovisión totalmente diferente a la cultura mayoritaria integrando lo moral, religioso, jurídico y político. El resguardo indígena Ika o Arahuco está ubicado en la Sierra Nevada de Santa Marta, habitada por 30.000 indígenas, organizada por tres pueblo los Kogi, los Arahucos y los Arsarios. De acuerdo a las autoridades tradicionales el pueblo Arahuco o Ika está conformado por 15.000 Ika, 10.000 Kogi y 5.000 Wiwa (de acuerdo al estudio de la SU 510-98). A su vez el grupo Ika se subdivide en un grupo tradicional que intenta evitar cualquier contacto con los blancos, un segundo grupo que tiene características mestizas denominado semitradicional, que a diferencia del primero si tiene contacto con los blancos pero respeta y conserva el derecho indígena y un tercer grupo insertos a una sociedad blanca, compuestos por individuos separados de sus padres y educados en la fe Católica.

De acuerdo a lo anterior podemos observar que existe una minoría nacional, que ha subsistido ante la culturización y los graves problemas ambientales ocasionados por empresas que han deteriorado el territorio indígena. En palabra de los mamos:

"Antes de llegar el hermanito menor había bosque hasta la playa, también había mucho indígena en la Sierra y alrededor. Ellos no talaban; para que no hubiera enfermedades y para que el agua se alimentara y los árboles se alimentaran por medio del vapor de las nubes. Los indígenas, los árboles y el agua se respetaban por igual; los árboles respetaban el agua y nosotros a los árboles y el agua a nosotros, todos nos respetábamos por igual. (...). Pero hermanito menor dijo que si no tenía finca no era señor; si no tenía ganado no era señor, era salvaje, y así toda la gente empezó a tumbar el bosque, comprar ganadito y finca. Por eso hoy en día es muy difícil recuperar todo. Ahora nos ataca la enfermedad, el hambre; se acaba la quebrada, se seca el río. (...). Pero el mismo Serankua dijo que el aparato material podría dañar el corazón de todo mundo-universo. Porque la Sierra es corazón. Otras montañas pueden ser codos y rodillas, pero aquí está el corazón. (...). Si se enferma el corazón todo se enferma; por eso en el pie de la Sierra no se puede talar. ¿Qué piensa el hermanito menor? ¿Tiene o no corazón? ¿Porqué no dejan los bosques para que los nietos también puedan gozar? Todo porque falta la plata. (...). Ahora tenemos mucha plata, pero ¿para qué va a servir? No podemos dejar que el corazón se debilite. La Sierra está avisando para que la cuidemos" (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

De acuerdo a los estudios etnológicos, se señala que los Ika poseen una política centralizada de carácter piramidal, pero ésta organización es compuesta para descentralizar y canalizar el poder de los mamos quienes son portadores de la "Ley de Origen" o "Ley de la Madre", así para cualquier decisión adoptada por el cabildo se realizara conforme a la decisión de los mamos que la consultaran en un lugar sagrado para no ir en contra a sus leyes.

Reichel-Dolmatof, citado en la Su 510-98 muestra la religión Ika en las siguientes palabras:

“Así, cada roca, cada vuelta del camino, cada pozo en el río, tiene para los Ika, un profundo significado sobrenatural. El pasaje entero está impregnado de la viva presencia del pasado, desde la creación del universo hasta el recuerdo de un abuelo recién fallido; desde la hazañas de la mitología heroica hasta las reminiscencias de los ancianos que todavía cuentan las guerras civiles, de episodios del siglo pasado cuando aún había mamos que podían transformarse en jaguares (...), Así el paisaje es un código, un mapa, un palimpsesto, sobre cuyos diversos planos se mueven los hombres, siempre sobre caminos ya trazados por otros que les precedieron; con cada paso uno se aleja de algo, se acerca algo, en esta gran malla reticular que es la Sierra Nevada, que es su pasado, su presente y su porvenir. En ninguna parte del país he encontrado tribus tan arraigadas en su tierra, tan consientes de su historia y tan convencidos de tener una misión: la de vivir una vida ejemplar para una pobre humanidad desorientada.” (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

La “Madre Universal”, es la base del culto Ika, fertilidad, vida, muerte y reencarnación son la secuencia de la “Ley de Origen” o la “Ley Madre”, la Madre es el origen de todo lo que rodea al hombre como la tierra, las plantas, animales entre otros así:

“La Sierra Nevada es el cuerpo de la madre, y por ende, el propio corazón del mundo; el telar en cuanto los varones Ika tejen las telas de algodón que les sirve para elaborar sus vestidos, es también , una representación de la Sierra y en consecuencia , del cuerpo de la madre; la Kankúrua o casa ceremonial Ika simboliza , al mismo tiempo, el útero de la madre y el universo con todos sus niveles. La madre esta personificada en cada mujer, en el mar, en cada río, charco, pozo o laguna; en los orificios, grietas y abismos de la tierra que representan su vagina y su útero; en la hamaca que, como una placenta, envuelve al durmiente; en las mochilas que tejen las mujeres; en las ollas de barro en que se preparan los alimentos; en el hilo de algodón en que se tuerce como un cordón

umbilical; y finalmente, en la tumba que recibe al difunto colocado en posición fetal, como si volviera al vientre de su madre”. (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

Frente a la “Ley Madre, existe una regla de opuestos donde la existencia del mundo es contradicha y complementada por su otra parte, así la mujer no podría ser completa y existir sin el hombre, o la luz frente a la oscuridad, o la felicidad frente a la tristeza, buscando el equilibrio cósmico de la yúluka en palabras de los Ika “ponerse de acuerdo”. Para encontrar esta armonía, la cultura Ika, realiza ofrendas, que consisten en alimentos, cabello humano, sangre, hilos de algodón conchas marinas, trabajo comunal etc. Este rito es complementado con la predisposición de cada indígena ya que además de la entrega de la ofrenda el individuo también entrega su alúna, al dueño o dueña universal. El telar también es una actividad espiritual para los Ika ya que ello cree que al estar construyendo un tejido están construyendo su vida, el telar es sinónimo de pensar ya que cada hilo es un pensamiento.

La primera tensión a desarrollar es la importancia del grupo cultural frente a las libertades individuales, cuestionándonos si la identidad del individuo radica en el grupo cultural, así el grupo cultural debe ser protegido frente a la libertad individual, la Corte Constitucional también se cuestiono esto, pero lo desarrollo de otra forma, cuestionando al grupo indígena en estudio (Ika) y que ellos den la respuesta, así que antes de cuestionarse la importancia del individuo frente a la cultura, hay que respondernos qué importancia tiene el indígena para la comunidad, y así fue contestada:

“Ciertamente, el sentir religioso y espiritual de los Ika, se inserta dentro de un sistema de reciprocidad obligatoria entre los individuos entre sí y entre estos y la naturaleza. Nada puede ser tomado de ésta o del conjunto social sin que éstos resulten retribuidos de alguna forma, a riesgo de poner en peligro la armonía social y natural (....) además de antisocial y potencial

criminal, pone en serio peligro a la sociedad y la vida: la enfermedad y la epidemia podrían sobrevenir; la violencia reciproca y con ella el desorden y el caos podrían enseñorearse; hasta grandes catástrofes ambientales e incendios incontenibles podrían tener su curso devastador a menos que el equilibrio se restituya. El sujeto que resulta de esta perspectiva de la existencia se encuentra determinado, en forma primaria por lo colectivo antes de lo individual”. (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

En el análisis del anterior sustrato de la SU 510 de 1998, identifica como el grupo indígena Ika, desconoce de las libertades individuales y de la democracia liberal, ya que en ellos prevalece la unión como comunidad, como tierra y como universo por esta razón “la construcción cultural indígena del sujeto y de su mismidad, de sus derechos y obligaciones pasa una mediación en donde prima lo colectivo antes de lo individual”.

En esta parte podemos establecer que la importancia cultural de una comunidad o grupo indígena no es objeto de discusión frente a la libertad individual del miembro o indígena dentro del grupo, ya que la cosmogonía y cultura ancestral son fuente jurídica, política, religiosa, social y moral de la comunidad, de esta forma en este caso la importancia de la colectividad primaria sobre las decisiones individuales ya que cada individuo constituye un núcleo, constituyen un todo, constituyen un equilibrio. Pero cuando este planteamiento es observado por terceros, encadenados a la institución occidental y a la democracia liberal, se atacarían a tales argumentos y se defenderían las libertades individuales frente a la colectividad, en este punto desarrollare la tesis que defiende la libertad individual frente a la decisión colectiva desarrollada en los salvamientos de voto realizados por José Gregorio Hernández y Vladimiro Naranjo, pero antes se debe observar la decisión de la Corte Constitucional.

El conflicto que se encuentra en esta sentencia radica en la cultura Ika, frente al desarrollo individual y su libertad de culto, en primer lugar se debe desarrollar la

influencia de la IPUC y su diferencia cosmogónica sobre el mundo, en segundo lugar como esta nueva cultura puede incidir en la destrucción de la minoría étnica y como la comunidad indígena protege su colectividad, y por ultimo como la Corte Constitucional resuelve este conflicto.

La comunidad Ika posee una visión del mundo diferente a la occidental, está es una unión religioso, público y privada, esta cultura desarrolla un ethos y cosmovisión del grupo humano frente a sus costumbres e implementos religiosos, así el ethos debe ser entendido como “él tono, él carácter y la calidad de vida de un pueblo, su estilo moral y estético” y la cosmovisión entendida como “el cuadro que ese pueblo se forja de cómo son las cosas en la realidad, sus ideas más abarcativas acerca del orden”, en este sentido de ideas la Corte Constitucional establece una incompatibilidad entre la cosmovisión Ika y la IPUC por las siguientes razones: primero, el carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos frente a la concepción del sujeto dentro de la cosmovisión Ika, considerando al “indígena hermano mayor” con la finalidad de proteger el orden universal; Segundo, la iglesia evangélica busca la salvación individual, dejando al individuo a realizar acciones buenas para alcanzar su salvación, esta idea se contraponen directamente con el sentido colectivo de la cultura Ika. De esta forma se observa que la incidencia individual de la religión IPUC atenta de forma directa con la colectividad y cosmovisión Ika, a esto hay que aumentar que los ritos rechazados y prohibidos por la religión evangélica como el poporo, la seguridad o la confesión con los mamos son de carácter fundamental para la cultura.

“Para los Ika, la presencia de su territorio ancestral de unos individuos que pertenecen a su pueblo pero que rechazan el rasgo fundamental de su identidad cultural (la concepción religiosa del mundo) y se niega a someterse a la autoridad de los mamos, constituye un peligro y una amenaza a su supervivencia como comunidad y al equilibrio e integridad de todo el universo. No debe olvidarse que para esta cultura, las acciones humanas tienen la potencialidad de destruir el orden universal si el individuo

no realiza los pagos adecuados y se somete, al confesión, al consejo del mamo, quién es el único capaz de indicarle cuál debe ser el curso adecuado de su comportamiento. Con forme a lo anterior, no es difícil concluir que la conversión de un individuo Ika a la doctrina evangélica no significa una mera sustitución de una creencia por otra sino un cambio total de existencia, en tanto implica la sustitución de una forma de pensamiento y de acción por otra que le es contraria” (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

A forma de conclusión, el que deja la “ley de origen” por una biblia o al mamo por un pastor evangélico, quebranta el equilibrio universal de la cultura Ika y por ende la desaparición de un grupo cultural ancestral y no la desaparición de un individuo, de esta forma el pueblo indígena Ika, se conforma de un grupo cultural indígena y no de derechos individuales indígenas. Ante estas situación el resguardo indígena, a través de su cabildo y cumpliendo el orden protegido por los mamos, implementan acciones para la no evangelización y por ende la desaparición de sus miembros.

6.7 Justicia Indígena Ika, protección del grupo frente el desarrollo individual.

Como se observó anteriormente, dentro de la Cultura Ika no existe ningún argumento individual, así la ley y la religión, invocan un equilibrio universal donde el ser humano no se compone de si mismo sino de todo lo que lo rodea, es uno solo y la pérdida o desaparición de un integrante de la comunidad es el desequilibrio colectivo y universal. Por esta razón el grupo indígena Ika desarrolla su jurisdicción, sus leyes, su justicia en un pro colectivo y no en pro individual.

“Buscara la causa del problema, (que) puede estar en pensamiento y en actuaciones del acusado o en acciones, faltas o delitos de los padres y abuelos. El fin es restablecer el equilibrio y la armonía de los pueblos indígenas de la Sierra y con la Madre” Principio básico de Justicia Ika (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

En la ley Ika, prevalece su cosmovisión en función de su religión, de esta forma las leyes buscan la protección de la ley Madre y sancionan cualquier acto que destruya el equilibrio ancestral, la resolución de una falta es una decisión pública, ya que la infracción del individuo puede perjudicar a toda la sociedad, así que para encontrar el equilibrio y encontrar una solución colectiva, los mamos y el resguardo se reúnen por varios días para dar la mejor solución a las faltas individuales cometidas que van en contra y perjudican al grupo, a la tierra y al universo.

Existen dos clases de faltas y por ende dos clases de sanciones, el primero es un delito leve, un ejemplo de este delito pueden ser los malos pensamientos, que serán sancionados y corregidos por el mamo, su castigo puede ser un golpe en la cabeza con el palo del poporo. En el caso de faltas más graves como un homicidio, robo y faltar el respeto al mamo, entre otros, el individuo pasa a la cárcel de Nabusimake, donde la ofensa se hará pública y quedará manchado de vida. La negación admitir el castigo de la ley de origen, es considerada como una conducta que atenta directamente con la identidad cultural del pueblo, y su sanción puede ser el extrañamiento o expulsión de la comunidad.

La autoridad prevaleciente de la cultura Ika, son los mamos que en palabras de Uribe:

“El aspecto más importante del rol de los mamos es el político, como que todas las decisiones de carácter político que se adoptan en el interior de la comunidad resultan determinadas, validadas y fundamentadas por el

discurso sagrado que sólo el mamo es capaz de articular. Por una parte, los mamos han sabido reelaborar la tradición sagrada de los Ika a partir de los interrogantes que su contacto con el mundo que se extiende fuera de las fronteras de la Sierra Nevada de Santa Marta ha suscitado. En efecto los sacerdotes serranos han logrado acordar un papel de “civilización blanca” dentro de su discurso sacro, conforme al cual los Ika (y, en general todos los pueblos indígenas de la Sierra) son los “hermanos mayores” de la humanidad a quienes corresponde velar por su integridad y equilibrio del universo y cuidar de sus “hermanitos menores” los blancos, quienes se empeñan en destruir el universo cuyo centro es la Sierra Nevada. De otro lado, el poder político de los mamos Ika reside en el manejo de una forma especial de oratoria sagrada, a través de la cual se suponen que hablan los ancestros en persona y, por lo tanto, es el discurso de la autoridad y el poder”. (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

6.8 Decisión Constitucional frente al conflicto de libertad individual y grupo multicultural el caso Ika.

Una de las finalidades de este primer capítulo es respondernos si en Colombia la teoría de Will Kymlicka de “Estado multinacional” es adoptada por ordenamiento constitucional en Colombia, una de las principales inquietudes es la existencia de minorías nacionales dentro del Estado Colombiano.

Partimos del cuestionamiento ¿Qué importancia tiene un grupo cultural frente al desarrollo individual?, formulando hipótesis sobre la prevalencia del grupo sobre el individuo en materia indígena, a primera vista, se puede concluir que en la Sentencia de Unificación 510-98 existe una prevalencia de grupo dentro de la comunidad frente al individuo, así dentro del grupo indígena Ika, se observa que la salida o el cambio de culto de un miembro de su comunidad origina un

desequilibrio dentro del grupo, la tierra y el universo, pero aún no se ha analizado la decisión de la Corte Constitucional y como desarrolla la ponderación de dos derechos fundamentales, la libertad individual versus la conservación cultural de los grupos indígenas en Colombia.

La decisión adoptada por la Corte Constitucional fue que la aceptación de la vinculación de un indígena a una religión diferente y que la iglesia pentecostal entre al territorio indígena Ika, debe ser autorizada por la comunidad indígena representada por sus autoridades comunitarias. Para tomar esta decisión la Corte analizó los siguientes puntos:

En primer lugar realiza una aclaración en el sentido de ciudadanía y el sentido comunitario, el primero corresponde a los derechos constitucionales de cada individuo así la libertad de asociación es una libertad individual protegida por la constitución, pero en materia indígena surge un sentido comunitario que se desarrolla en pro del desarrollo de una comunidad de origen, que a diferencia de otros vínculos, la persona traba en su decurso existencial, así el vínculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento, y salvo renuncie libremente a él termina sólo con su muerte. Pero las comunidades indígenas no deben ser confundidas frente a otros derechos colectivos de otros grupos humanos, dado que la comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos e intereses difusos. De esta forma se puede concluir que en materia indígena la corte constitucional ha otorgado a la comunidad indígena una prevalencia sobre el individuo en pro de su desarrollo y su protección básicamente enfocado al derecho de subsistencia como lo establece la SU 510 de 1998.

“En estas condiciones, como fue mencionado, la Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y multiculturales”. (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

Una segunda premisa que adoptó la Corte Constitucional fue el estudio de la importancia de la religión Ika, como fuente de su cosmovisión y de la importancia de la protección cultural en manos de las autoridades tradicionales por esta razón la Corte Constitucional establece:

“Sus autoridades indígenas por definición llamadas a secundar las creencias del grupo, no estarían obligadas a garantizar la libertad general de elección religiosa. La correcta interpretación del principio de protección de la diversidad étnica cultural de la nación colombiana, impide asignar a las autoridades de un grupo indígena portador de arraigadas creencias religiosas, la tarea de obrar como órgano garante de la apertura religiosa de la respectiva comunidad”. (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

En este punto podemos dar respuesta a la importancia cultural frente al desarrollo individual, es claro que la Corte Constitucional protege en materia indígena al grupo y a la comunidad frente algunos derechos individuales como es el de libertad de culto, prevalece en materia indígena el bienestar colectivo que es defendido por las autoridades comunitarias frente al desarrollo individual. Se debe observar que los Ika, contienen una cultura ancestral que ha obtenido fortaleza por su protección, y debilitamiento ante la culturización, la misma sentencia indica como otros pueblos indígenas (Paéz, Wayuu, Piapoco, Curripaco), no poseen

reglas de orden universal que identifica a una cultura ancestral, sino que al contrario se han dejado culturizar por factores sociales y no universales. Frente a este planteamiento podemos darnos cuenta que no todos los resguardos indígenas poseen una cultura ancestral, acercándonos a la segunda tensión “cuál es el grupo culturalmente protegible”, cuáles son sus características, hasta el momento se puede concluir que la defensa de la Corte Constitucional frente las comunidades indígenas no reposa tanto en el individuo sino en la colectividad de grupo pero esta colectividad debe estar antecedida a un estudio etnográfico, que argumente la existencia cultural ancestral del grupo indígena.

6.9 El Resguardo Indígena Ika es una minoría nacional.

El desarrollo de la SU 510 de 1998 indica cuál es el “grupo culturalmente protegible”, y en consecuencia se puede establecer que dentro de la jurisprudencia Constitucional existen un claro ejemplo de “minorías nacional”.

“La constitución reconoce que dentro de la población colombiana y dentro de su territorio, **coexiste junto a la generalidad de los ciudadanos, un conjunto de naciones cuya diversidad étnica y cultural debe protegerse y garantizarse mediante instituciones** que, en cierto grado, justamente por esta razón, se informan en el principio de autodeterminación”. (COLOMBIA C. C., SU 510-98, 1998)

El anterior extracto jurisprudencial, da respuesta inmediata a nuestra incógnita propuesta ¿Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias de unificación, se encuentra la existencia de un estado multinacional?, en primer lugar la Corte Constitucional acepta la existencia de naciones diferentes a la República de Colombia, que poseen una diversidad étnica y cultural diferente a la nacional, y por otro lado da como cierto la existencia del principio de autodeterminación hacia a esos “Estados nacionales”.

6.10 Principio de Autodeterminación.

Antes de abordar la temática sobre el principio de autodeterminación se debe aclarar que la escogencia de estas dos fuentes doctrinales no fue realizada al azar. Como se puede observar en la parte metodológica de la tesis sobre el Marco Referencial en lo referente al Marco Teórico, se establece claramente que en trabajos recientes “Derechos, Costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea” realizado por el centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2008, con la participación de Ermann Vitale, Daniel Bonilla Maldonado, Rafael Escudero Alday y la Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional Catalina Botero Marino desarrollan sus ensayos en materia indígena en base a Will Kymlicka y Luigi Ferrajoli. Por esta razón se parte de un principio, la existencia de vínculos dogmáticos a la realidad hermenéutica de Colombia.

Aclarado en el anterior punto sobre la existencia de investigaciones en materia indígena desarrollando la doctrina empleada en la tesis, proseguiré a desarrollar otro punto muy importante y es esclarecer que el dialogo Ferrajoli y Kymlicka se hace frente al derecho indígena en Colombia y no frente a los dos doctrinantes ya que la única forma de desarrollar un dialogo entre ellos sería que alguno de los dos escriba un libro frente a la ponencia del otro. Esta metodología se la encuentra en todo el desarrollo metodológico de la tesis.

Por último cabe recordar que el análisis del trabajo desarrollado por Wil Kimlicka solamente es para observar la ponencia sobre qué es y cómo se conforma un Estado multinacional, y frente a Luigi Ferrajoli se aborda su tesis central la Ley del más débil. Cabe recordar que en el desarrollo investigativo se observo una conexión entre los dos autores y es frente al peligro del término Autodeterminación.

En la búsqueda para dar un significado de Cuales son los derechos fundamentales Luigi Ferrajoli desarrolla dos respuestas la primera es que los derechos fundamentales son derechos inalienables a la persona pero esto no describe cuales son sino da respuesta a que son los derechos fundamentales. La segunda respuesta es positiva y establece que los derechos fundamentales son los encontrados en la declaración de los derechos humanos de 1948.

Frente a las dos respuestas anteriores Ferrajoli, indaga no por cuales son los derechos fundamental sino “que derechos deben ser garantizados como fundamentales”, la respuesta otorgada por el autor consta de tres criterios el primero es “el nexo entre derechos humanos y paz”, “nexo entre derecho e igualdad” y “leyes del más débil”.

Frente al primer nexos entre derechos fundamentales y paz, Ferrajoli analiza cuales son los derechos fundamentales cuya violación sistemática justifica el conflicto, estos derechos se encuentran justificados contra la ley del más fuerte, en otras palabras integran la ley del más débil, por ejemplo, la vida, la libertad y los derechos sociales a la supervivencia como la salud, educación, subsistencia y prevención social. Pero al llevar estos derechos a un discurso entre Estados o derecho Internacional, se debe cuestionar ¿Qué significa y cuál es el alcance normativo de este derecho de autodeterminación?, Ferrajoli, se realiza este cuestionamiento y lo desarrolla de la siguiente manera. Primero, analiza donde se encuentra el vínculo de paz en tratados internacionales como en la Carta de las Naciones Unidas donde promulga “relaciones pacíficas y amistosas entre naciones”, por otro lado el Pacto de 16 de diciembre de 1966 establece “basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, en virtud a esa condición los pueblos establecen libremente su condición política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural”, agrega “todos los pueblos pueden disponer libremente sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación

económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional.

En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia". Ferrajoli, concluye estableciendo que existe un derecho "complejo de autonomía", articulado en dos dimensiones "autodeterminación interna", que consiste en que los pueblos "deciden libremente de su estatuto político", y una "autodeterminación externa" que consiste en el mismo derecho solo que ahora es a nivel internacional. (CARBONELL, 2008.)

La "autodeterminación interna" es dar un ordenamiento democrático fundamentado en el ejercicio de los derechos políticos o "soberanía popular", otro muy distinto y complicado es la autodeterminación externa que desemboca la creación de nuevos Estados independientes. Para Ferrajoli, la creación de nuevos Estados es una nueva era causada por la globalización que en sus palabras establece:

"El estado no sólo ha dejado de ser un instrumento de unificación y pacificación interna, sino que se ha convertido en un obstáculo tanto para una como para otra. La globalización está haciendo surgir, precisamente a causa de la creciente integración mundial, el valor tanto de las diferencias como de las entidades" (CARBONELL, 2008.)

Este "legado envenenado de la colonización" denominado Estado como única forma de organización política, inestabilidad la paz mundial, ya que la mezcla de culturas y de naciones, pone en riesgo la creación de nuevos Estados artificiales, donde la pretensión de subsumir pueblos y naciones en una unidad atentan contra las diferencias e identidades comunes.

“Siempre habrá en las minoría que lleva a cabo la secesión otra minoría que querrá a su vez implantarla contra la antigua minoría que se ha convertido en mayoría” (CARBONELL, 2008.)

La tragedia de la Ex Yugoslavia que desencadenó una limpieza étnica es lo que se debe evitar en la creación de nuevos estados, por esta razón para Ferrajoli, la no tenencia de una “autodeterminación externa” o la ambición de congregarse un nuevo Estado tan solo es un derecho a “autonomía”, que es “autonomía local en el máximo de número de funciones públicas, integrada por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser privados de los propios medios de subsistencia”.

Por lo tanto si el derecho de autodeterminación no se desarrolla en la consolidación de un Estado nuevo, se hablaría de una autonomía externa la cual radica en la disposición de sus propias riquezas y recursos naturales y al no ser privado de medios para la supervivencia, presuponiendo la existencia de una autodeterminación interna y por lo tanto la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad frente al régimen de tolerancia y pacífica convivencia.

Por otro lado Will Kymlicka, desarrolla los derechos de autogobierno para las minorías nacionales, estos son otorgados para reivindicar algún tipo de autonomía, política o jurisdicción territorial, para desarrollo pleno de sus culturas y cosmovisiones, y en el caso más extremo, las naciones desean la secesión considerando que la autodeterminación es imposible dentro de la nación. La autodeterminación es reconocida con ciertas limitaciones, de acuerdo a la Carta de Naciones Unidas “todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación”, y siguiendo la línea de Ferrajoli, Will Kymlicka, también expone que el término pueblo no ha sido definido, así dando autodeterminación a las colonias de ultramar y no a las “minorías nacionales”, que insisten en consolidarse como pueblos o naciones constituidas por su autodeterminación.

“Estas minorías nacionales reivindican determinadas competencias de autogobierno, a las que no han renunciado por su incorporación (muchas veces involuntaria) a un Estado mayor”. (KYMLICKA, 1995-1996)

Un mecanismo de esas reivindicaciones de autogobierno es el federalismo, “Allá donde las minorías nacionales están concentradas territorialmente, se pueden trazar los límites de las subunidades federales de manera que la minoría nacional forme una mayoría en una de estas subunidades”. De esta forma Will Kymlicka, llega al mismo punto trazado por Ferrajoli, considerando que el federalismo es la mejor forma de autodeterminación, anexando el derecho de autogobierno a las minorías nacionales. (KYMLICKA, 1995-1996)

“No hay una conexión intrínseca entre el federalismo y la diversidad cultural. No obstante, el federalismo constituye una estrategia común para acomodar a las minorías nacionales. No es sorprendente que países que son una federación de pueblos hayan constituido también una federación política”. (KYMLICKA, 1995-1996)

De esta forma encontramos que doctrinalmente el problema de autodeterminación y la adopción de “minorías nacionales”, traen consigo un gran problema que puede desencadenarse en una segregación o en una federación, la pregunta es ¿Por qué la Corte Constitucional en la Su 510 de 98, reconoce el principio de autodeterminación y la existencia de una minoría nacional?, ¿Los resguardos indígenas en Colombia poseen autodeterminación?, ¿Colombia es un Estado federado sin pronunciamiento?, estos cuestionamientos serán desarrollados y estudiados de acuerdo a las sentencias recopiladas para dar origen a la sentencia de Unificación de 1998.

6.11 Autodeterminación y Minoría Nacional en la línea jurisprudencial que da origen a la sentencia de Unificación 510 de 1998.

Constitución Política de Colombia 1991 Art.9 “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados en Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

Este artículo 9 hace referencia a las relaciones exteriores contrario a lo establecido por la Ley 21 de 1991 que acoge el convenio 169 de la OIT hacia los pueblos triviales, en el numeral tercero del artículo del convenio establece “la utilización del término pueblos en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse dicho término en el derecho internacional” ¿Por qué razón el artículo 9 sobre el derecho de autodeterminación en relaciones exteriores es adoptado para los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional sobre derecho indígena?

El constituyente, ha establecido en el artículo 1 y 7 de la Constitución de 1991, los principios de respeto a la integridad y diversidad étnica y cultural, de cual se deriva la creación del artículo 9 sobre el derecho a la autodeterminación de los pueblos según lo establece la SU 510 de 1998, la pregunta es ¿qué pueblos poseen la autodeterminación dentro de Colombia?, Para dar respuesta a las anteriores inquietudes sentencia SU 510 de 1998 nos da una línea jurisprudencial que comprende la ST-428 de 1992 de Ciro Angarita Barón, la ST-342 de 1994 de Antonio Barrera Carbonell, SC-104 de 1995 de Hernando Herrera Vergara, la ST

496 de 1996 por Carlos Gaviria Diaz y la SU 039 de 1997 de Antonio Barrera Carbonell. Que serán analizadas a continuación.

ST-428 de 1992: En primer lugar esta sentencia nos da un recorrido histórico sobre la lucha de los indígenas para acceder al reconocimiento constitucional, Francisco Rojas Birry y Lorenzo Muelas, fueron los principales percusores y defensores de los derechos indígenas.

“Es esa presencia de diversidad cultural, reconocida y no desconocida promovida y no avasallada la que puede llegar a constituirse en la mejor barrera para la intolerancia en que se enraízan los compartimientos más violentos” Rojas Birry; “Dentro del panorama de inseguridad, de falta de trabajo, de tierra y conocimientos, de corrupción política, de secuestro del poder, plagas estas que afrontamos los indígenas además de la discriminación por ser distintos de los demás, porque pensamos diferente, sentimos diferente, actuamos diferente. Por eso reclamamos el reconocimiento de la diversidad” (COLOMBIA., 1992)

La Asamblea Constituyente frente a las poblaciones indígenas promovió y reconoció el derecho de diversidad étnica y cultural, pero al brindar ese derecho ¿también brindó a los pueblos indígenas el derecho de autodeterminación?, en esta sentencia de 1992 establece de forma muy tenue al igual que la sentencia de unificación 510 de 1998, que en pro a la protección de la diversidad étnica y cultural se realiza la vinculación directa otros derechos en el que se encuentra el artículo 9 sobre autodeterminación. Esta sentencia muestra como el interés general económico de la nación no prevalece frente al interés de subsistencia del resguardo indígena de Cristianía, que será analizado en el tercer capítulo sobre el Territorio Indígena.

ST 342 de 1994: Esta sentencia es muy importante ya que ella nos contesta una de las incógnitas antes planteadas ¿Cuáles son las características de las minorías nacionales en Colombia? Que será desarrollada más adelante comprendiendo los dos elementos Jurisdicción Especial (segundo capítulo) y Territorio Indígena (tercer capítulo). Esta sentencia igual que la Su 510 de 1998 realiza un estudio de la comunidad, de forma antropológica y etnográfica, caso que no sucede en todas las sentencias de tutela y sólo suelen analizar los derechos fundamentales de los indígenas, pero no realizan el análisis de la existencia de una comunidad que posea una cultura y cosmovisión diferente a la nacional.

Los NUKAK-MAKU, ocupan parte de la reserva Forestal en la Amazonia Colombiana entre los ríos Guaviare e Inírida, y desde las Sabanas de la Fuga hasta el límite Occidental del departamento de Guainía. Esta población es caracterizada por su nomadismo, en grupos de 6 y 30 personas unidas por afinidad o alianza, se desplazan aprovechando puntos de agua, concentración de vegetales para la recolección de frutos y zonas de pesca y cacería. En este grupo no existe clase ni propiedad privada. “El mito, el ritual, la música, la danza, la pintura, el chamanismo, y la medicina tradicional son expresiones de su mundo espiritual”, su existencia se contempló en 1988, cuando 40 personas de la localidad de Calamar se mostraron ante la nación.

Es importante resaltar aquí como la Corte vincula a este grupo con el artículo 8 de la Constitución Política de 1991 sobre la protección a las riquezas naturales y culturales, que es más integral que el derecho de autodeterminación o acaso ¿Cuándo un Patrimonio Cultural de la nación ha solicitado ser independiente a ella? En palabras de la Corte:

“Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la

conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado” (CONSTITUCIONAL, 1994)

Además este principio de diversidad étnica y protección al patrimonio cultural de la nación desarrolla de una forma integra el convenio 169 de la OIT que estipula:

"los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con los territorios que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de su relación"; igualmente, "deberán tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; a este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes" (CONSTITUCIONAL, 1994)

De acuerdo a esta sentencia podemos concluir que es más importante la protección de la diversidad étnica y cultural como patrimonio nacional que reivindicar un derecho de autodeterminación que puede acarrear una segregación cultural o una separación federal.

C 194 de 1995: Esta sentencia declara exequible el “Convenio Constitutivo de fondo para el desarrollo de los Pueblos indígenas de América Latina y del Caribe”, el artículo primero de este convenio sobre el objeto de este convenio establece:

“Se entenderá por la expresión pueblos indígenas a los pueblos indígenas que descienden de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Además la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio constitutivo. La utilización de pueblos en este convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional”. (Vergara)

En primer lugar se ratifica que una de las características de pueblos indígenas o también minorías nacionales es la descendencia de una época de conquista o colonización y que tengan una identidad indígena conservando sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. En este punto el convenio expresa los mismos elementos de una “minoría nacional” establecida por Will Kimlycka que describe que existen grupos que tuvieron un autogobierno antes de su colonización que también se encuentra en los primeros artículos del convenio 169 de la OIT. Por otro lado este convenio de igual forma que el convenio 169 de la OIT realiza una aclaración de que los pueblos indígenas no pueden ser adoptados en terminología del derecho internacional, en este punto concuerda con el análisis de Luigi Ferrajoli, estableciendo que existen pueblos que se les otorga dos clases de autodeterminación una externa y una interna, pero al final esta autodeterminación sólo es sinónimo de autonomía para pueblos que habitan dentro de una misma nación.

Dentro del mismo artículo primero numeral 1.2) de este convenio logra esclarecer con mayor claridad el principio de la autodeterminación de los pueblos indígenas en Colombia, donde en el literal a) establece: “Proveer una instancia de diálogo

para alcanzar la concertación en la formulación de políticas de desarrollo, operaciones de asistencia técnica, programas y proyectos de interés para los pueblos indígenas, con la participación de los gobiernos de los Estados de la región, Gobiernos de otros Estados, organismos proveedores de recursos y los mismos pueblos indígenas”. En primer lugar el artículo primero de este convenio establece que los pueblos indígenas no poseen una autodeterminación externa, pero al mismo tiempo el numeral 1.2) establece la existencia de unos Estados de la región, esto quiere decir que este convenio reconoce la existencia de otros Estados dentro de la región, a primera vista se podría aludir que el convenio hace referencia a la región del Caribe, en este caso a los grupos indígenas del Caribe Colombiano, pero si esto es así se desconocería a los otros pueblos indígenas que se encuentran fuera de la zona del Caribe, así que al dejar sólo instituida la palabra región, se establece que en Colombia existen otros Estados que están reconocidos en este convenio la pregunta es ¿Cuáles?

Este convenio fue constituido para los pueblos indígenas de América Latina y del Caribe, de acuerdo a esto sólo se tiene en cuenta a los pueblos indígenas residentes en el Caribe, y al hablar de “Estados dentro de la región” se podría establecer que son estados dentro de la región del Caribe o fuera de la región que se encuentran en Colombia, porque si no fuera redundante anunciar la colaboración de Gobiernos de otros Estados. Por otro lado el artículo segundo establece cuales son los Estados Miembros estableciendo: 2.1) “Miembros: Serán miembros del Fondo Indígena los que depositen en la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas el instrumento de ratificación, de acuerdo con sus requisitos constitucionales internos” , y a su vez el artículo 3 referente a la composición establece “El Consejo directivo estará compuesto por nueve miembros elegidos por la asamblea general, que representen en partes iguales a los gobiernos de los Estados de la región miembros del Fondo Indígena”. A su vez el artículo 14 en su numeral 1 establece “El Presente Convenio se depositará en la Secretaria General de la Organización de las Naciones Unidas, donde

quedará abierto para la subscripción de los representantes de los Gobiernos de los Estados de la región y de otros estados que deseen ser miembros del Fondo Indígena”. De acuerdo a esto al hablar de Estados región, ¿hablamos de los estados miembros del Fondo indígena?

Es muy controvertible este Convenio, en primer lugar al realizar la declaración de que otros pueblos indígenas pueden ser miembros del Fondo Indígena, así lo establece en el artículo primero, “organismos proveedores de recursos y los mismos pueblos indígenas”, y donde el artículo 14 no es claro nuevamente y deja abierto la subscripción de los representantes de Estados región para constituirse miembros, podríamos cuestionarnos ¿Si un pueblo indígena de Colombia miembro del Convenio tiene derecho de la autodeterminación externa?

Este análisis fue realizado para observar que existe un gran problema de terminología, por un lado Naciones Unidas, no han establecido que es un “pueblo” pero si ha establecido que “todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación”, es algo incomprensible que al no tener en claro que es pueblo se otorga un derecho de autodeterminación interna quitando la autodeterminación externa, como es el caso de los pueblos indígenas. Frente a esto se podría concluir que las Naciones Unidas, dan una autodeterminación interna que termina generando segregación nacional, es por esta razón que Colombia versa sobre el principio de autodeterminación expuesta en la SU 510 de 98 sobre los pueblos indígenas en el territorio Colombiano, pero al final puede ser una bomba de tiempo que termine con el enfrentamiento de los pueblos indígenas para adquirir la autodeterminación externa que como pueblos poseen.

La importancia de las dos sentencias siguientes que son la T496-96 y Su 039 de 97, que serán analizadas posteriormente; ya que dentro de esta investigación un propósito es analizar la autodeterminación interna de los pueblos indígenas estudiando los dos elementos constitutivos la jurisdicción especial y el territorio profundizados en los dos próximos capítulos.

En conclusión los grupos indígenas en Colombia poseen una autodeterminación interna que es desarrollada dentro de dos elementos fundamentales, el primero es el denominado autogobierno o jurisdicción especial y el segundo es el constituido por el territorio, que han sido otorgados por la Constitución Política de 1991 y limitados jurisprudencialmente.

Los grupos indígenas contienen una gran similitud con las “minorías nacionales” desarrolladas por Will Kimlycka, la única diferencia entre estas y los pueblos indígenas es su realización en un Estado federal. La terminología de que son pueblos y autodeterminación, son elementos que pueden desencadenar dos consecuencias segregación o limpieza étnica, así que es importante desarrollar e implementar de una forma correcta esos términos jurisprudencialmente, legalmente y doctrinalmente de acuerdo a la realidad de cada gobierno.

CAPITULO 2

JURISDICCIÓN ESPECIAL

El reconocimiento de la jurisdicción especial para los pueblos indígenas, es un acercamiento al autogobierno estudiado por Will Kymlicka en los Estados Multinacionales. La jurisdicción especial, otorgada constitucionalmente a los pueblos indígenas en Colombia contemplada en el artículo 246 de la Carta política, ha generado hermenéuticamente diversos enfrentamientos entre jerarquía de jurisdicciones y contrariedad frente al principio de diversidad en la unidad.

En el primer capítulo se estableció que la existencia del principio de autodeterminación, es uno de los principales elementos que han generado controversia en materia doctrinal como jurisprudencial. Esta controversia ha sido originada por su mal uso y su mal entendimiento por parte de la comunidad internacional como nacional.

La jurisdicción especial es un elemento de Autodeterminación interna de los pueblos indígenas en Colombia, garantizada constitucionalmente y complementada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional.

Al analizar las principales fuentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia en materia de jurisdicción especial de los pueblos indígenas, encontramos una continua evolución, donde los primeros problemas resueltos en materia jurisdiccional, han ido estructurando una nueva óptica sobre cómo resolver las diferencias, en un marco de tolerancia y garantía constitucional.

Uno de los principales cambios implementados por la Corte Constitucional en la resolución de conflicto jurisdiccional, es la aplicación de estudios antropológicos sobre la comunidad indígena en estudio. Frente a esta evolución jurisprudencial, se desarrollará el estudio de la jurisdicción especial indígena en Colombia

A continuación se analizarán las principales jurisprudencias de la Corte Constitucional referentes al manejo de las tensiones entre jurisdicción especial y jurisdicción nacional y cuál ha sido su desarrollo y evolución en materia indígena. Posteriormente se analizará la intervención de estudios antropológicos en materia indígena aplicada en la jurisprudencia constitucional en Colombia, para dar desarrollo a la importancia de los usos y costumbres como fuente del derecho e identidad indígena.

7.1 MARCO JURISPRUDENCIAL QUE DESARROLLA LA JURISDICCIÓN ESPECIAL:

7.1.1 SENTENCIA T 254-1994 Fortalecimiento de la unidad Nacional en la diversidad.

Uno de los primeros conflictos de tensión resuelto por la Corte Constitucional frente a la consagración de una autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas y los derechos fundamentales consagrados en Constitución política es el previsto en la sentencia T 254 de 1994 magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz donde en ella establece:

“Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos

humanos consagrados en los tratados internacionales. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogida en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones presupuesto de la paz, la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos” (cita T 254 de 1994)

Esta sentencia será analizada, enfocándose en los siguientes puntos decididos por la Corte Constitucional:

- 1) Desarrollar el significado de comunidad
- 2) Principios y reglas surgentes a la tensión entre régimen político unitario republicano y la autonomía de las comunidades indígenas:
 - a) Fortalecimiento de la Unidad Nacional
 - b) Reglas que condicionan la jerarquía de los usos y costumbres de las comunidades indígenas.
 - c) No condicionamiento legal de la Jurisdicción especial.
 - d) Primacía de los derechos fundamentales.
- 3) Destierro política de Autodeterminación Externa
- 4) Proporcionalidad al debido proceso

En un breve resumen de los hechos: Ananías Narváez, interpone una acción de tutela contra la comunidad indígena del Tambo que se localiza en el Municipio de Coyaima. Debido a que el día 19 de Diciembre de 1992 la comunidad indígena adoptó la decisión de expulsarlo a él y a su familia. La justificación de esta pena fue constituida por el delito de hurto, en palabras del cabildo:

“Se le encontró serias fallas, errores al compañero ANANIAS NARVAEZ que mucho tiempo atrás venia cometiendo con algunos vecinos y la misma comunidad como robo de sorgo, plátanos, hojas de plátano, ovejas, un contador de la luz y venenos como insecticidas que tenía la comunidad para

defender los cultivos de la misma comunidad. Se le sindicó también de un potro de Emilio Peña y una burra”. (Cita T 254 de 1994)

Los derechos vulnerados alegados por Ananías, fueron el derecho al debido proceso, al trabajo, a la honra, al buen nombre y a la vida, y por otro lado también sostiene que la comunidad indígena desconoce sobre la existencia constitucional de exclusión de la pena de destierro.

El primer derecho vulnerado que él considera es la vulneración al debido proceso y en su defensa Ananías, establece que la comunidad adoptó una decisión que perjudica y está en contra de sus derechos y los de su familia sin haber agotado un debido proceso en sus palabras establece “sin agotar ningún procedimiento investigativo y dándole plena credibilidad a rumores que ninguna persona sustento”.

Frente al derecho de trabajo Ananías, alegó dos cosas: la primera que al haberle quitado su parcela, que era su única forma de sustento para él y el de su familia lo deja en una situación precaria para satisfacer sus necesidades y subsistir con su familia. En segundo lugar argumenta que él es un indígena de avanzada edad y tiene limitaciones físicas “carece de habilidades para trabajar en una zona urbana, porque sus labores las ha realizado en zonas rurales”.

Sobre el derecho a la vida y a la honra, se sustenta en primer lugar que el lugar donde habitan existen problemas de orden público, donde grupos aplican justicia por su propia mano poniendo en peligro su vida, y el hecho de realizar acusaciones por parte del cabildo sin la plena seguridad, vulnera su derecho a la honra y buen nombre.

Estudiado el caso de forma muy sucinta, la Corte Constitucional establece lo siguiente:

Significado de comunidad: En primer lugar la Corte Constitucional, establece que las comunidades indígenas no son una asociación, sino que

son una realidad histórica, dinámica donde se ostentan derechos subjetivos y objetivos desvirtuando un animus societatis expuesto en decisión del tribunal argumentando que la desvinculación o expulsión de una indígena de su resguardo se realiza por libertad de asociación “nadie está obligado a continuar asociado contra su voluntad”. En este sentido la Corte Constitucional expone “Ferdinan Tonnies distingue los conceptos de comunidad y asociación. La primera, se caracteriza por la existencia de una voluntad orgánica; la segunda, por una voluntad reflexiva de sus miembros. La comunidad es una forma anterior a la sociedad que se desarrolla a partir de la familia y, ordinariamente, en pequeñas poblaciones, en las cuales no prevalece la obtención de beneficios económicos sino de los lazos de sangre y la costumbre”.

Principios y reglas surgentes a la tensión entre régimen político unitario republicano y la autonomía de las comunidades indígenas:

“El método de adopción de una decisión no es criterio determinante para precisar su naturaleza”. Este es un punto muy importante que estudio la Corte Constitucional, debido a que la decisión tomada por la comunidad indígena a primera vista fue democrática; ya que no fue el cabildo quien adoptó la sanción a Ananías sino que fue la comunidad. Frente a esto la corte Constitucional entra a determinar la admisibilidad del ejercicio de la jurisdicción especial, enunciando principios y reglas que surgen de la tensión entre el régimen político unitario republicano y la autonomía de las comunidades indígenas:

a) Fortalecimiento de la Unidad Nacional:

“El fortalecimiento de la unidad nacional es uno de los fines postulados en la Constitución. La importancia de este valor que preside la Carta, se refleja en el establecimiento de la Republica Unitaria como forma de gobierno, pero con autonomía de sus entidades territoriales”. La Corte

Constitucional establece como principio el de la diversidad en la unidad, el cual no es contradictorio sino contrario, exponiendo que la intención del Constituyente es erigir un régimen político fundado en la “conservación de la diversidad en la unidad”. De esta forma concluye que la autonomía dada a las comunidades indígenas tanto administrativa, política y jurídica, significa el “reconocimiento y realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación”.

b) Reglas que condicionan la jerarquía de los usos y costumbres de las comunidades indígenas:

“La creación de una jurisdicción especial como lo indica en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar el problema de jerarquía entre la ley, costumbre y usos indígenas como fuentes de derecho”. Por esta razón la Corte Constitucional establece unas reglas que deben ser cumplidas mínimamente: 1) “A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, esta disposición atribuye autonomía jurisdiccional a los pueblos indígenas que aún conservan usos y costumbres, para regirse y administrar justicia conforme a su cosmovisión. Esta disposición parte de reconstruir la “capacidad de coerción” pérdida por las autoridades indígenas frente a sus miembros y “la necesidad de un marco normativo objetivo, que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades”. 2) “Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos” : los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que viven en el territorio nacional 3) “Las normas legales imperativas (de orden público) de la república priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un

valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural”.

4) “Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.

c) No condicionamiento legal de la Jurisdicción especial.

“La jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que lo habilite”. En este punto la Corte Constitucional establece que la falta de legalización del resguardo o la ausencia de pruebas de existencia de usos y costumbres pueden llevar al error de confundir un acto particular del derecho de asociación sobre un acto jurisdiccional.

d) Primacía de los derechos fundamentales:

Frente a la diversidad étnica y los derechos fundamentales la Corte Constitucional cita a Agnes Heller y establece “Para esta autora, el verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los parámetros valorativos de las diversas culturas, y obliga a propender por un relativismo moderado en el que se admita la comparabilidad entre culturas bajo la fórmula de la tolerancia y el respeto de la especificidad cultural, salvo los casos en que esta encubran un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o libertad de las personas. La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de diálogo entre las civilizaciones, justifica la adopción de las cartas de derechos Humanos”. La adopción de los derechos fundamentales y su inviolabilidad por parte de las comunidades indígenas es el principal factor de para constituir una decisión por parte de la jurisdicción indígena ratificado por el convenio 169 de la OIT en sus artículos 8 y 9 que establecen: “Dichos pueblos deberán tener derecho de conservar sus costumbre e instituciones

propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” y el artículo 9 establece “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por su miembros”.

Destierro política de Autodeterminación Externa:

Realizadas las anteriores observaciones por parte de la Corte Constitucional se entra en el estudio del caso en concreto, en primer lugar se analiza la naturaleza del destierro concluyendo que la característica de este castigo es “la expulsión del territorio del Estado y no la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio que no exhiben el carácter de naciones”. Concluyendo que no puede existir destierro en una comunidad indígena. En sentido se observa que si una comunidad indígena habla de destierro está incurriendo en un error semántico jurídico.

Proporcionalidad al debido proceso

Frente a la confiscación de la tierra a título de pena la corte establece: “José María Samper, Francisco Paula Pérez, Álvaro Copete Lizarralde, y Luis Carlos Sachica, coinciden, con lo expresado por Jorge Enrique Gutiérrez Anzola: por medio de la confiscación se adjudican los bienes de un reo al Tesoro Público. Con ella se busca apartar a los hombres del delito pero con el temor de dejar a su familia en la indigencia. Así se impondría un doble castigo para el delincuente, extensivos a sus herederos, lo cual es inaceptable porque la sanción debe ser personal. Nuestra carta rechaza semejante pena constituyendo una garantía más de respeto a la propiedad.

El código penal Colombiano señala todo un sistema de penas, naturalmente, sin incluir la confiscación”. Por esta razón la Corte Constitucional no acepta la confiscación.

Frente al debido proceso y la jurisdicción especial la corte establece que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta a sancionar, por esta razón la pena de expulsión del Ananías y de su familia vulnera al debido proceso por trascender la sanción a la familia del infractor.

7.2 USOS Y COSTUMBRES:

La sentencia Su 510-98, muestra como la identidad de un pueblo indígena se desarrolla en torno a una jurisdicción diferente a la occidental, donde la protección cultural de la diversidad étnica, debe otorgar un cierto grado de autonomía y coerción para contrarrestar la culturización de las diferentes culturas que se imponen por ser “mayoritarias”. Los usos y costumbres desempeñan un papel muy importante, debido a que estos simbolizan la verdadera cultura y derecho indígena que rige con el ser y su entorno vital simbolizado en la naturaleza y la sociedad. Pero es la misma sentencia que muestra como la cultura indígena ha desaparecido, al establecer:

“A diferencia de otros grupos indígenas de Colombia (Páez, Wayúu, Piapoco, Curripaco), en los cuales las reglas de comportamiento son asuntos pertenecientes al orden social y no al orden universal y, por lo tanto, no existe una afectación mutua entre las instancias ética y ontológica, los Ika estiman que cualquier comportamiento humano tiene la virtualidad de afectar el orden universal y la armonía de la naturaleza”

La identidad de los pueblos indígenas no está enmarcada en la aplicación de una jurisdicción especial, o la aplicación de una justicia diferente a la nacional, la

identidad de los pueblos indígenas se enmarca en la conservación y protección de su cultura, sus usos y sus costumbres, la identidad de un pueblo indígena no es castigar a los habitantes de sus resguardos sino purificarlos mental y espiritualmente, la justicia indígena no se basa en la autoridad o en el castigo, se basa en el equilibrio, del ser y la madre naturaleza.

La ley indígena y la ley nacional provienen de una misma madre que es la Constitución, al ser hermanas, son diferentes, pero no antagónicas, son únicas pero no incompatibles, poseen diferente visión, pero no diferente finalidad, poseen diferente autoridad, pero no diferente capitán, poseen diferente territorio, pero no diferente geografía, son pueblos soberanos donde su voto en conjunto proclaman la protección de los derechos del individuo, proclaman la democracia y no proclaman la victoria de una supuesta mayoría que busca satisfacer sus necesidades a costa de la humanidad.

En derecho Constitucional, podemos aludir que la identidad de los pueblos indígenas viven en los usos y costumbres y conviven en el principio de diversidad étnica y cultural, pero no todas las culturas son indígenas, no toda diversidad genera un elemento para consolidar su propia jurisdicción y legislación; y no todo pueblo indígena tiene identidad indígena.

El artículo 330 estipula, “de conformidad con la Constitución Política y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres de sus comunidades”, los usos y costumbres son el factor fundamental en la jurisdicción especial, debido a que ellos relacionan y conforman la identidad de los pueblos indígenas, de ellos se desprende la institución de la legislación y jurisdiccional indígena, estudiada en la sentencia 254 de 1994. Donde establece

“La creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la

jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación”.

¿Cuáles son los requisitos necesarios para que los usos y costumbres constituyan una jurisdicción especial?, el primer elemento que podemos deducir es la existencia de una comunidad indígena, esta comunidad está representada en un territorio y en una cultura milenaria compuesta en época de la conquista; un segundo elemento para los usos y costumbres, es la Constitución y la ley, de acuerdo al artículo 330 estipula, “de conformidad con la Constitución Política y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres de sus comunidades” los usos y costumbres no pueden salirse de este contexto, no pueden desarrollarse por fuera de ellos; un tercer y cuarto elemento se desprende de la sentencia T-048 de 2002, el territorio y el factor humano, el primero alude a que “las autoridades indígenas pueden aplicar justicia dentro de sus territorios”, y el último elemento conformado por las personas a quienes se les puede juzgar con esos usos y costumbres, que son los integrantes de las comunidades indígenas.

Por consenso intercultural, la corte ha prestado atención al estudio realizado por Carlos Cesar Perafán que argumenta “La existencia de un consenso intercultural en torno a estos derechos también sería susceptible de verificación en el contexto colombiano, por lo menos eso parecen sugerir los estudios relativos al tema, que muestran que en las comunidades estudiadas se sanciona penalmente el

homicidio y no se practica la esclavitud ni la tortura”, y por los tratados, son todos aquellos que a nivel internacional son reconocido e inviolables por parte de los seres humanos.

Es la sentencia T 349 de 1996, muestra una evolución Constitucional en materia indígena, al aceptar la vinculación del estudio antropológico de la comunidad indígena en conflicto, en palabras de Carlos Perafán:

“El magistrado Carlos Gaviria, como ponente ante la Corte Constitucional, en fallos recientes de nulidad de tres artículos de la ley 89 de 1890 y de tutela sobre la jurisdicción embera-chami (T-349/96), hizo uso de materiales de la investigación como insumo para su análisis de los derechos inculcados, lo que nos lleva a considerar que ha cumplido nuestros objetivos, cual es la producción de textos que orienten a los jueces para efectos de fallos en los que sean relevantes las normas y procedimientos internos indígenas de resolución de conflictos, hoy convertidos en sistemas autónomos vigentes, en virtud de la jurisdicción especial indígena del artículo 246 de la constitución de 1991”. (SIMMONDS Perafán, 2000)

7.3 IDENTIDAD CULTURAL COMO FUENTE DE JURISDICCIÓN ESPECIAL, SENTENCIA T 349 DE 1996

En este punto se estudiará y analizará la sentencia T 349 de 1996 que establece la importancia cultural de los pueblos indígenas para la obtención de la jurisdicción especial.

Para establecer la importancia de la cultura en las comunidades indígenas la Corte Constitucional realiza el estudio del término cultura o en términos más modernos una etnia en palabras de la corte. El estudio dogmático traído del libro el derecho humano de la Autodeterminación de los Pueblos del autor José de Obieta

Chalbaud, sirve para dar desarrollo al significado de etnia empleado por la Corte Constitucional como se establece:

“Acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera: (...) [Es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente. La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura”. Este término hace relación básicamente al “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.” En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos.” (T 349 de 1996 Carlos Gaviria Díaz)

Dentro de esta concepción la Corte Constitucional atribuye gran importancia a la autonomía como regla para la supervivencia cultural de los pueblos indígenas estableciendo “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto la minimización de las restricciones”. Esta regla es formulada para ponderar los conflictos surgentes y existentes entre la diversidad étnica referente a su autonomía concluyendo que sólo existirán restricciones a la autonomía de la comunidades indígenas cuando “1) Que se trate de una medida necesaria para

salvaguardar un interés de superior jerarquía 2) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”.

La sentencia T 349 de 1996 establece la siguiente inquietud “¿Cuáles son concretamente los límites que la constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas, específicamente en el caso del juzgamiento de la conducta de uno de los miembros contra otro, cuando ésta ha tenido lugar dentro del territorio de la comunidad respectiva?”. En respuesta a esta pregunta la Corte Constitucional parte de la importancia de la autonomía jurisdiccional indígena representada por su cultura así para entrar a analizar una tensión existente entre diversidad y derechos fundamentales, se pondera las características que integran la cultura indígena como la lengua, los usos y costumbres, religión mitología y solo podrá cerrarse la maximización de su autonomía cuando esté en contra del núcleo intangible del derecho a la vida, prohibición a la esclavitud y prohibición a la tortura.

Otro punto relevante en el estudio de la minimización de la autonomía de las facultades jurisdiccionales de las comunidades indígenas es el establecimiento de normas y procedimientos existentes en la comunidad indígena con anterioridad al juzgamiento con el fin de asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas así la Corte Constitucional establece:

“Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse no obstante dos conclusiones erradas en esta formulación. Por una parte el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver

completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte”. (T 349 de 1996 Carlos Gaviria Díaz)

De esta forma la minimización de la autonomía de los pueblos indígenas se reduciría a la protección de un interés superior jerárquico que es el derecho a la vida, prohibición a la esclavitud y a tortura y la legalidad de los procedimientos, penas y sanciones.

7.4 MINIMIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DERECHO A LA VIDA, PROHIBICION A LA TORTURA Y ESCLAVITUD Y DEL DEBIDO PROCESO. SENTENCIA T 349 DE 1996

Para desarrollar el planteamiento de la Corte Constitucional sobre los límites que conllevan a una minimización de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas se estudiará el caso en concreto de la sentencia 349 de 1996 magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

En una forma muy sucinta de los hechos se establece que en el mes de septiembre de 1994 se dio captura a dos miembros de la comunidad Embera-Chami por el delito de homicidio contra Jesús Edgar Niaza Dobigama también miembro de la comunidad. Una semana después los detenidos escapan y se entregan a la fiscalía 24 de Belén de Umbría. El 14 de enero de 1995, el cabildo Mayor Único de Risaralda, notificó que los detenidos habían sido condenados a 8 años de cárcel y el 15 de Febrero de 1995 en la Asamblea General de la comunidad se decidió aumentar la pena a 20 años con consenso de la comunidad.

El juzgado Promiscuo Municipal de Mistrato otorga la acción de tutela a Ovidio Gonzales Warzona, y deja sin efecto las decisiones de las comunidades indígenas, motivando la falta del debido proceso; ya que en primer lugar el actor no estuvo presente en el juzgamiento debido a que estaba en la cárcel, en razón a esto el actor

no pudo ser escuchado ni controvertir pruebas, ni impugnar la decisión, y por último se lo condenó dos veces por el mismo hecho agravando la pena en cada decisión por parte de la jurisdicción indígena.

La Corte Constitucional entra a revisar el proceso y en su decisión se pueden destacar las siguientes aclaraciones:

7.4.1 Inclusión Antropológica El estudio del Sistema Embera-Chami: A diferencia del juzgado la Corte estudia el sistema jurídico de los Embera-Chami, analizado en el libro los sistemas jurídicos Chami, Guambiano, Tukano y Sikuni de Carlos Cesar Perafán y Luis José Azcarate. En el análisis del sistema jurídico encuentran:

- a) **Cosmovisión Embera-Chami:** Para la Comunidad Embera-Chami, existe un orden humano y un orden mágico religioso, el primero compuesto por la creación de normas humanas para sancionar o arreglar derivados de procedimientos de un sistema segmentario según la naturaleza de la conducta realizada o intereses en conflicto. Y el segundo “control de las fuerzas naturales, entendida esta naturaleza dentro de la cosmovisión Embera-Chami, que incluyen los sustratos de los tres mundos y de los espíritus que los habitan y que se realiza a través de la práctica del jaibanismo y de la ritualidad”.
- b) **Inclusión de conceptos Antropológicos:** En el concepto de Carlos Perafán y Luis José Azcárate expuesto en la sentencia establece: “En nuestro concepto, existe un alto valor que el pueblo embera-chami, le atribuye a la posibilidad de sancionar las conductas de sus miembros. Y dicho valor no se relaciona con otro aspecto diferente a aquel de la paz. El pueblo embera-chami, es altamente conflictivo, habiendo involucrado histórica y culturalmente el conflicto como una estrategia de supervivencia y de ocupación territorial. En estos casos, en los cuales una cultura hace

del conflicto como una estrategia de su propia supervivencia, es crítico el manejo interno del conflicto, ya que la imposibilidad o incapacidad de manejarlo a nivel de sus estructuras internas, puede acarrear el desbordamiento del conflicto meramente oral y de sentimientos, en la guerra tribal sin control”.

- c) **Sistema Jurídico Embera-Chami:** En el sistema jurídico Embera-Chami existen dos niveles procedimentales, el primer nivel denominado sistema segmentario involucra un acuerdo entre los patrilinajes (familias extensas) del ofensor y de la víctima en cuanto a la sanción y un segundo lugar el sistema de compensación que consiste en un pago con dinero. Y en segundo nivel esta el Sistema Centralizado, que opera con reuniones veredales o generales.
- d) **Sanción Embera-Chami “Homicidio”:** En el sistema embera-chami existe el castigo al homicidio dependiendo la forma como se cause así por ejemplo el homicidio cometido en estado de embriaguez se castiga con 5 años, con 8 años el homicidio que comete un jaibana con el poder de la naturales. Por regla general el homicidio se castiga con cepo y trabajos forzados. Para diferenciar los castigos entre los embera-chami y los “capoinas” (blancos) se cita un caso de veredas aledañas a Pueblo Rico de la parcialidad de Docabú: “En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana y basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto -12 o 24 horas-, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo –nocturno- que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no

se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe que les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital atendiendo. Además, como se trabaja en terreno de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen trabajar al condenado suavemente, no vaya ser que cuando les toque el turno a ellos les toque trabajar duro”.

7.4.2 Tipificación de delito por parte de los Embera-Chami : Frente al derecho a la vida la Corte Constitucional establece que la comunidad Embera-Chami, al tipificar el delito de homicidio si protege el derecho a la vida y además la pena de muerte no está contemplada como sanción para ningún delito.

a) **Tipificación e Integridad Personal:** Frente al derecho a la integridad personal la Corte Constitucional en el estudio del sistema jurídico Embera-Chami, encuentra la tipificación de varios delitos que protegen la integridad personal de los miembros de su comunidad, frente al cepo establece que esta sanción es aceptada por la comunidad como tradición y por su alto grado de intimidad y corta duración es un mecanismo idóneo para evitar nuevos delitos por parte de la comunidad.

7.4.3 Debido Proceso: Y por último y más importante en esta sentencia el debido proceso o legalidad de proceso la Corte Constitucional realiza las siguientes aclaraciones:

a) **Autoridad Ancestral:** En primer lugar la no presencia de los patrilinajes, en la primera decisión adoptada por el cabildo desencadena una violación a la tradición y por ende una nueva reunión para decidir una nueva sentencia.

- b) **Jurisdicción Especial:** La comunidad ejerció la jurisdicción especial atribuida por la Constitución Política de 1991 de Colombia.

- c) **Usos y Costumbres:** Dentro del estudio antropológico de la comunidad Embera-Chami se establece que el abuso de autoridad es castigado por los usos y costumbres de la comunidad y de esta forma se forja el debido proceso.

- d) **Inexistencia de la cultura occidental:** El derecho de defensa de la comunidad Embera-Chami, no está establecido como el conocido por la legislación ordinaria, sino que por el contrario el actor no es escuchado y su defensa sólo se realiza a través de sus parientes quienes son los encargados para defender los intereses del sindicado.

- e) **Tipificación:** Sobre la legalidad del delito y la pena, se establece que el homicidio si es tipificado por la comunidad, y es conocido por todos debido a que la integración social de los Embera-Chami es más factible por su poca población.

7.4.4 Decisión de la sentencia T 349 de 1996: La Corte Constitucional al estudiar el ordenamiento jurídico de los Embera-Chami, establece que si existe violación del delito de la pena debido a las siguientes circunstancias:

- a) **Aclaración del Voto José Gregorio Hernández Galindo:** En la aclaración de voto realizada por José Gregorio Hernández Galindo en la sentencia en estudio 349 de 1996, sobre el debido proceso se establece “El derecho de defensa, en cuanto posibilidad individual de ser oído, de

controvertir y presentar pruebas y de hacer valer las propias razones ante quien juzga, no puede ser sustituido por el acuerdo entre familias así se parta del supuesto –no siempre válido- del que la del procesado habrá de velar por los intereses de este. Estimo que la garantía del debido proceso, aun respecto de comunidades indígenas, exige no solamente la legalidad del delito y de la pena, sino que incorpora el derecho a la defensa”. Y sobre el derecho de defensa en la comunidad indígena el magistrado expone: “El reconocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, que lleva al Estado Colombiano al establecer que las autoridades de aquellos podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio, pues ella como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial a la misma idea de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre”.

- b) **Aclaración del voto Hernando Herrera Vergara:** En la aclaración del voto realizada por el magistrado Hernando Herrera Vergara en la sentencia 349 de 1996 establece sobre el derecho de defensa en la comunidad indígena: “El derecho de defensa reconocido universalmente, puede ser tenido en cuenta aún por la costumbre de las comunidades indígenas, pues en todo proceso que se adelante contra cualquiera de los miembros de estas comunidades, son viables las garantías propias del debido proceso, particularmente la del derecho de defensa. Es la misma Constitución la que establece que toda persona tiene el derecho fundamental a la defensa”.

El conocimiento de la cultura indígena representa la interpretación de sus usos y costumbres que derivan los procedimientos ancestrales aceptados en favor de una

jurisdicción que acata los requerimientos fundamentales en la autonomía de los pueblos indígenas. Los derechos fundamentales promulgados en la Constitución Política de 1991 deben ser respetados y practicados por las comunidades indígenas en sus usos y costumbres, así ninguna sanción indígena puede desconocer el derecho a la vida, la integridad física ni la desaparición forzada, por otro lado se constituye el debido proceso que es la base para desarrollar de forma directa los derechos de los actores de actuaciones criminales dentro de las comunidades.

Esta sentencia expone la autonomía de los pueblos indígenas frente a sus miembros, así este caso decidió que las comunidades no pueden en ningún momento infringir mínimos de comportamientos que el constituyente a decretado a favor a la protección de la dignidad humana tanto a nivel nacional como a nivel de diversidad. Esta sentencia forja el principio de una unidad en una diversidad, la limitación de la autonomía indígena dentro de su jurisdicción especial es una forma como el constituyente establece reglas para todas las personas habitantes en Colombia, donde ningún ser humano puede desconocer mínimos vitales para la realización de un Estado Social de Derecho.

Como se expuso anteriormente esta sentencia representó la minimización de la autonomía indígena, pero además significó la solución al primer síntoma de choque de competencias.

Esta sentencia muestra una inconsistencia al establecer que el indígena fue acusado por su comunidad Embera-Chami de acuerdo a su autonomía jurisdiccional, además también fue acusado por el Juzgado Municipal de Mistrato, si se observa desde este punto nos encontramos ante un vacío Jurisdiccional, debido a que el indígena fue acusado sobre el mismo hecho en dos ocasiones pero en diferente jurisdicción, la sentencia de la Corte Constitucional 349 de 1996 no es muy clara ante este punto, pero si juzga con severidad la violación del debido proceso dentro de la comunidad por dar una doble condena ¿Al sentenciar a un indígena por dos jurisdicciones

diferentes se viola el debido proceso?, y más aun no se viola el derecho de diversidad étnica.

Si bien es cierto que los usos y costumbres de las comunidades indígenas deben estar protegidos y regulados por derechos fundamentales mínimos, no puede desconocerse que la decisión de la comunidad indígena y la de la jurisdicción ordinaria son dos sentencias sobre un mismo hecho y que la libertad de escoger un castigo no versa sobre el actor, sino que debe versar por una autoridad la pregunta es ¿cúal?, en esta sentencia versa la jurisdicción ordinaria por violación al debido proceso sabiendo que la comunidad indígena ya había decretado su propia sanción.

La sentencia 496 de 1996 establece una línea jurisprudencial para dar desarrollo a una guía que debe ostentar el juez para resolver los conflictos de competencia presentados por la jurisdicción especial y la jurisdicción nacional.

7.5 EL FUERO INDÍGENA SENTENCIA T 496 DE 1996

En breve exposición de los hechos analizados en la sentencia T 349 de 1996, muestra que el conflicto empieza cuando la comunidad Embera-Chami, sentencia a un miembro de su comunidad por cometer un homicidio dentro de su territorio y el actor de este crimen escapa del castigo de su comunidad entregándose a la jurisdicción ordinaria.

A diferencia de la anterior decisión, la sentencia 496 de 1996, estudia la tutela expuesta por un indígena solicitando que no sea la jurisdicción ordinaria quien sentencie su delito sino que por el contrario solicita ser sancionado por su comunidad. La finalidad de las dos sentencias es igual mantener una unidad en una diversidad pero los hechos que presentan son totalmente diferentes. El problema a estudiar principalmente es ¿Qué autoridad resuelve un conflicto de competencia entre dos jurisdicciones diferentes como es la especial y la ordinaria? Para dar respuesta a esta incógnita se desarrollará la sentencia 496 de 1996.

La sentencia T 349 de 1996, parte de la inexistencia de la ley de ordenamiento territorial que conlleva a presentarse conflictos de competencia entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción indígena. La existencia de un vacío legal, hace que la Corte Constitucional realice unas reglas interpretativas de acuerdo a fallos anteriores dictados por ella para enmarcar una guía en la resolución de conflictos jurisdiccionales:

“1) En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto a la luz de los principios y valores constitucionales. Y en ese mismo sentido 2) El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso en concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto 3) El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad”. (T 349 de 1996 Carlos Gaviria Diaz)

Frente al derecho indígena se conjura un fuero que es compuesto por dos elementos, un fuero territorial y uno personal, el primero comprende el ámbito geográfico que permite a la comunidad establecer su propia normatividad y aplicarla dentro de su territorio. Y el segundo elemento desarrolla en señalar al individuo que va a ser condenado. La Corte Constitucional determinó que la solución puede variar frente a estos elementos del fuero, así cuando la conducta es realizada por un miembro de la comunidad contra otro miembro dentro de su territorio, la jurisdicción

indígena será quien dirima el conflicto, pero si varía el territorio y la persona como cuando la víctima no es indígena, el juez entrará a resolver de acuerdo a estas premisas:

“1) Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional 2) En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos” (T 349 de 1996 Carlos Gaviria Díaz)

7.5.1 Hechos: Una breve síntesis de los hechos que producen la sentencia 496 de 1996 expone que el 7 de Noviembre de 1993 el indígena de Paéz Libardo Guainas Finscue comete el delito de homicidio hacia otro

indígena de diferente comunidad. Cinco días después el actor es conducido a la fiscalía seccional de la Plata en Huila, el juzgado tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila, condenó al actor a la pena principal de 20 años y 10 meses.

La Corte Constitucional recibe la acción de tutela por el actor solicitando ser enviado a su comunidad para ser sentenciado por sus usos y costumbres como lo expone la Carta Constitucional de 1991. La Corte plantea dos problemas jurídicos a resolver, el primero es “¿Cuál es la jurisdicción competente para juzgar a un indígena, que ha cometido un homicidio contra un miembro de otra comunidad indígena, por fuera del territorio de su comunidad? Y en segundo lugar “¿Incurrieron en vías de hecho los jueces penales al valorar las pruebas aportadas?” En desarrollo a estos planteamientos la Corte resuelve de acuerdo a las siguientes premisas:

7.5.2 Fuero territorial y Fuero personal: Frente al conflicto entre la jurisdicción indígena de los Paéz y la jurisdicción nacional se resuelve teniendo en cuenta lo siguiente: En primer lugar se observa donde fue cometido el homicidio estableciéndose que este acto fue desarrollado fuera de la jurisdicción territorial de la comunidad indígena. Por otro lado se identifica el fuero personal corroborando que el actor del homicidio fue un indígena. Posteriormente la Corte analiza la situación de la comunidad Paéz y en ella encuentra que el “pueblo ha sufrido un gran proceso de aculturación debido a las migraciones ligadas a la expansión colonizadora impulsada por la economía exportadora del café” y concluye “Aunque la lucha para mantener su unidad y autonomía encontró acogida en los postulados de la nueva Carta, no puede ser ajena a la solución de este caso el grado de integración del pueblo de paéz con la visión mayoritaria, puesto que, se desenvuelve, cuando entra en contacto directo con los parámetros culturales de la

sociedad externa, necesariamente se presentará una modificación en su cosmovisión determinada por el aprendizaje de otras visiones del mundo y otras formas de vida”. Lo anterior es un apoyo para que la Corte establezca el principio del fuero personal que en palabras de ella expresa “Cada persona es única, creativa y creadora de sí misma; pero además como individuo perteneciente a un determinado grupo humano, se convierte en “transmisor de cultura”, que lleva a que la identidad del sujeto se vaya conformando de acuerdo del modo como integra, refleja y modifica su propia herencia cultural y la de aquello con quien entra en contacto”. De esta forma la Corte Constitucional expropia el fuero personal debido a que el indígena y la comunidad poseen un grado de aculturación, y el actor entiende los valores de la mayoría, además, el actor salió de la comunidad por deseo propio “para conseguir plata”, adquiriendo deberes y sanciones impuestas por las autoridades de la república.

7.5.3 Frente al segundo problema jurídico sobre el posible incurrimento a vías de hecho la corte establece: Frente a la designación de inimputabilidad por lo que establece el artículo 96 del código penal la corte expresa “respecto a la calidad de indígena como factor de inimputabilidad, esta Corte ya expresó qué tal designación es incompatible con el espíritu pluralista que informa la Constitución de 1991” En este punto la corte entra analizar las “diferencias valorativas” que impiden al sujeto comprender la ilicitud de su acto. En primer lugar la Corte analiza el significado de homicidio para la comunidad de los Paéz y trae a encuentro la investigación realizada por Carlos Cesar Peráfan sobre el sistema jurídico de los Paéz y encuentra la tipificación del delito dentro de la comunidad, el homicidio simple, que incluye el de riñas, preterintencional y el no agravado sancionado con juetiada, trabajo forzado y dos años de indemnización, el homicidio culposo

“Vih’che uh’uhuanás iks’payu’we’men” y el homicidio agravado “Yuwe sena wala neñu”. De acuerdo a lo anterior la Corte observa que el indígena sabía del ilícito y además la convivencia por más de tres años fuera de su comunidad integro al indígena a la sociedad mayoritaria así deniega la Corte Constitucional la tutela impuesta por el actor.

7.5.4 Diálogo Intercultural: Dentro de las diferentes sentencias constitucionales que estudia el problema de competencia entre la jurisdicción especial y la nacional, el actor es el que escoge a que castigo atenerse si al de su comunidad o al mayoritario. Pero resulta curioso que en los casos expuestos en las sentencias de tutela 496 de 1996 y la 349 de ese mismos año prevalece la sanción de la jurisdicción nacional, son dos casos similares tan solo cambian los hechos y lugares donde se comete el delito. En primer lugar se debe partir del principio “verdadero consenso intercultural”, este principio establecido en la sentencia T 496 de 1996, que es forjado del principio de la Tolerancia, es la forma más idónea para dar desarrollo al principio de la diversidad cultural, así en la parte resolutive de la sentencia T 496 de 1996 expone que se debe hablar con la comunidad y observar si ellos determinan una nueva pena para el actor, caso que no pasa con la comunidad de los Paéz en la sentencia T 349 de 1996, ese diálogo intercultural entre la comunidad y la mayoría es faltante.

7.6 DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL SENTENCIA T 523 DE 1997

Llama la atención del estudio de la sentencia 523 de 1997, que es una continuación y materialización de la autonomía de los pueblos indígenas frente a su jurisdicción. Cabe destacar que en un principio está sentencia puede ser contradictoria frente anteriores decisiones adoptadas por la misma Corte Constitucional. Por ejemplo, la

sentencia 496 de 1996 reconoce que la comunidad Paéz ha entrado en un ámbito de aculturación por el comercio del café, pero la sentencia 523 de 1997 muestra otra cara totalmente diferente defendiendo a la cultura Paéce debido al uso de estudios antropológicos como el de Esther Sánchez. Por otra parte la contemplación de la pena del destierro estudiado en la sentencia T 254 de 1994, y no aceptada en ese momento por la Corte Constitucional, es aceptada en la parte resolutive de la sentencia 523 de 1997.

Es claro que las sentencias anteriores al fallo 523 de 1997 muestren diferencias, una razón que se puede considerar es la expuesta por la magistrada auxiliar Catalina Botero Marino en el libro *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, donde establece que Colombia en materia de multiculturalismo es un Estado paradigmático por tres razones “En primer lugar, la Constitución Colombiana reconoce de manera explícita la naturaleza multicultural del Estado y ordena la protección de las minorías culturales, en segundo lugar los pueblos indígenas se han tomado en serio el derecho al reconocimiento y lo han impulsado aguerridamente por vías institucionales. En tercer lugar, como respuesta a las demandas de las comunidades indígenas, los jueces colombianos se han visto obligados a desarrollar una doctrina constitucional capaz de resolver los distintos problemas planteados”

Frente a estos argumentos expuestos por la magistrada auxiliar Catalina Botero Marino, se puede controvertir, en primer lugar que la Constitución de 1991 no reconoce a los pueblos indígenas; ya que estos existían antes de la proclamación de la Carta de 1991, tan solo se les reconoce los derechos que no eran reconocidos como fundamentales, en segundo lugar no es cierto que los pueblos indígenas se hayan tomado en serio su reconocimiento y por ende lo impulsan, sino que por el contrario ellos han acudido en defensa de sus derechos y el Estado ha aumentado la protección por la continua violación y desconocimiento a los derechos representativos del principio de la diversidad étnica y cultura en Colombia.

Y por último, los jueces no son obligados a desarrollar una doctrina constitucional para resolución de conflictos surgentes, sino que es deber del Juez en Colombia someterse a las decisiones y directrices adoptadas por la Corte Constitucional en materia indígena y en cualquier materia, porque las decisiones adoptadas por altísima corporación es el resultado de la protección de los derechos fundamentales y principios universales adoptados en el Estado Social de Derecho en Colombia.

En conclusión, los cambios realizados dentro de la Corte Constitucional en sus diferentes sentencias, se debe a la evolución de un sistema más comprometido con el principio pluralista a la protección de la diversidad cultural y étnica del país.

7.6.1 Sentencia 523 de 1997 Contradicción y Evolución:

Los hechos narrados por esta sentencia, empiezan con el juzgamiento del indígena Paéz Francisco Gembuel Pechene por la jurisdicción especial Indígena, debido a ser acusado como autor intelectual del homicidio de Marden Arnulfo Betancur el día 19 de agosto de 1996, quien era el alcalde municipal de Jambaló, al comprobarse que el acusado estableció diálogos con la guerrilla y acusó a la víctima como paramilitar y de haber robado dinero público. Los gobernadores de los cabildos indígenas del norte de Cauca iniciaron la investigación con el fin de encontrar y sancionar a los responsables del crimen. Francisco Gembuel, fue escuchado en la indagatoria donde solicitaba la presencia de un abogado conocedor de usos y costumbres de la comunidad Jalambó. La Asamblea General dio a conocer la decisión adoptada el 24 de diciembre de 1996, a la comunidad por intermedio del periódico Liberal, un día después el actor interpone tutela y a los cinco días es sancionado con el castigo de 60 fuetazos, expulsión y pérdida del derecho de escoger y ser escogido en cargos públicos de la comunidad.

En primera Instancia el Juzgado Penal Municipal de Santander de Quilichao concedió la tutela a favor del actor. La razón expuesta fue por vulneración al debido proceso por falta de abogado que lo defendiera y el castigo de 60 fuetazos

constituye una forma de tortura que atenta contra la integridad física de Francisco Gembuel. En segunda instancia se ratificó lo establecido en primera instancia.

La Corte Constitucional entra en conocimiento de la acción de tutela y establece la existencia de dos problemas jurídicos a resolver. El primero es “¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico de Paéz de Jalambó, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los cabildos indígenas del Norte de Cauca?” y segundo “¿Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?” resolviendo conforme a los siguientes argumentos:

- a) Estudio Antropológico T 496 de 1996 vs T 523 de 1997:** En primer lugar y como se mencionó anteriormente la Corte Constitucional, antes de decidir conoció y replanteó el estudio antropológico de la comunidad de Paéz que no se realizó en la sentencia T 496 de 1996, así esta sala analizó el planteamiento de la antropóloga Esther Sánchez que establece “la cultura Paéz de ser estudiada como un tejido social. No obstante haber sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión, evitó que la asimilación de realidades externas borrada su identidad cultural”. Cabe resaltar que en esta sentencia predomina la importancia de la cultura de los paeces antes de entrar a resaltar un conflicto de competencias o una tensión entre derechos fundamentales y la jurisdicción especial, prosiguiendo la corte “los paeces además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven así mismo como parte de una comunidad conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria no han dejado de ser auténtica”. Estas palabras encontradas en la sentencia T 523 de 1997, muestran una perspectiva totalmente diferente de la

comunidad de los Paéz, expuesta por la sentencia T 496 de 1996, reconociendo que a pesar de su aculturación es un grupo autóctono que posee usos y costumbres y una cultura identificadora. Procede la corte en el estudio de los procedimientos de los paeces para definir si existe o no violación del debido proceso “Por ello su procedimiento, que se origina en él yascka te’ c’indate tenge’a o rastro que dejan los mayores” así encuentra la corte que el procedimiento autóctono de los Paéz crea una comisión investigadora para descubrir y “encontrar la mentira en las palabras de los acusados”, y si encuentra mentira la Asamblea General máxima autoridad fallara y sancionara en principio de “us yacni” (la memoria) al responsable.

b) Simbología del Castigo: Después de analizar la Corte Constitucional los procedimientos empleados por los Paéz estudia la sanción “será la única en que podrá restablecer éste equilibrio roto. Al ser públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y en el acusado de reincidir”. Con la finalidad de encontrar la legalidad del fuate y el destierro castigos que pueden atentar contra los derechos fundamentales de los miembros indígenas. En este orden de ideal la Corte señala que el fuate y realiza la distinción entre la idea mayoritaria y la comunidad indígena de Paéz estableciendo “En el primero, se castiga porque cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado”. Y concluye la Corte al establecer “aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo el rayo (....) En este caso,

y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los valores de gravedad requeridos que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que humille al individuo groseramente delante del otro o en su mismo fuero interno, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al escarmiento público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”.

- c) Aceptación del Destierro T254 de 1994 Vs T 523 de 1997:** Respecto al castigo del destierro es indudable el cambio de corriente de la Corte, como anteriormente se expuso en la sentencia T 254 de 1994, el destierro vulnera el debido proceso y más cuando el castigo trasciende hacia la familia, pero esta vez la corte expuso “La constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria. Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a la hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo, que, entre otras permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que resulta intolerable por atentar con los bienes más preciados del hombre. Pero además desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias”. Estableciendo así la Corte en la parte resolutive que los castigos de la comunidad Paéz como el fute y el destierro no atentan contra la legalidad de las sanciones.

- d) Evolución Constitucional:** Hay que reconocer que la Corte Constitucional, ha desarrollado una evolución comprometida a un mejor razonamiento del elemento pluralista de la nación. La profundización sobre el estudio antropológico de la comunidad de los Paéz generó como consecuencia una jurisprudencia totalmente diferente a la T 254 de 1994, que desconocía la importancia cultural de las comunidades indígenas, y realizó un cambio de 180 grados frente a la pena del destierro expuesta en la sentencia T 524 de 1994.
- e) Principio de Metamorfosis:** Frente al problema establecido sobre el conflicto de competencia, donde claramente se observa que el indígena puede escoger entre la jurisdicción especial o jurisdicción ordinaria para ser castigado la Corte en la sentencia 523 de 1997, estableció el principio de metamorfosis “la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco para la sociedad indígena”, resolviendo este problema en las siguientes palabras “Claro está, que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable, es que pretenda renunciar a ella, en un determinado momento, para evadir responsabilidad frente a sus autoridades”.
- f) Cultura diferente a la Occidental:** Y por último reconocer la cultura indígena es evitar que los medios impuestos por la mayoría sean preponderantes para la legalidad o debido proceso en las comunidades indígenas, así de forma regaña dientes la Corte no concibe que el Juez haya adoptado la decisión de imponer un abogado para la protección de la legalidad del procedimiento indígena de los Paéz, estableciendo “Es

preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad”.

7.7 VACIOS JURISPRUDENCIALES FRENTE A LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Estudiadas las sentencias más importantes que desarrollan la jurisdicción especial en Colombia, entraré a debatir algunos vacios que se encuentran en ellas, la metodología que implementaré para dar a conocer estos vacios se enmarcan en realizar la suposición de dos casos donde dos jueces decidirán a su vez, un Juez I (I=indígena) y un Juez C (constitucionalista). Cada caso formulará un problema jurídico que no se alejara de los problemas jurídicos narrados en las sentencias estudiadas tan solo variarán los hechos. En primer lugar entraré a debatir el vacío sobre la importancia cultural y antropológica sobre el ordenamiento jurisdiccional de la nación. El segundo caso desarrollará el problema del fuero indígena que enmarca dos incógnitas el primero ¿El indígena deja de ser indígena por la pérdida de su fuero territorial o personal? Y el segundo ¿la expansión del fuero indígena genera autonomía o autodeterminación?

De esta forma culminaré el segundo Capítulo que desarrolla uno de los primeros elementos de la autonomía indígena que mal aplicado desarrolla una autodeterminación, para entrar a debatir la importancia del territorio indígena, como segundo elemento de autonomía o autodeterminación en el siguiente capítulo.

7.7.1 PUEBLO TUKANO

El pueblo Tukano, “dahséa mahsá” (gente tucano), habita en los ríos de los departamentos del Vaupés y del Amazonas, los tukanos se localizan principalmente en los ríos Paca, Papuri, Tiquié y bajo Vaupés. Su familia macro-tucano está conformado por bara , barasano, piratapuyo, wanano, desano, pisamira, tuyuca, siriano, tatuyo, carapana, makuna, taiwano, tanimuca, tukano, cubeo, yurutí y yahuma, y de la familia de los arawak pertenecen los cabiyarí y tariano. En la familia del Caribe están los crijona y de la familia maku los ubde y los judpa.

La palabra Tukano pertenece al pájaro Tucán, porque el hombre dhasea osea tucán es hombre pescador. Dentro de su sistema jurídico se caracterizan porque no existe dios ni espíritu solo el “oake” (ser hueso). Dentro de lo que deben hacer y no hacer lo sitúan en dos categorías, la primera se desenvuelve en el campo de la formación personal individual con la finalidad de importar los poderes de las plantas, así por ejemplo para evitar la precocidad emocional ciertos alimentos se evitan y realizan el aseo corporal con ciertas plantas.

Por otro lado están los actos que afectan a la comunidad y son los de hurto o dar muerte a otro, respecto a esto el libro nos narra un mito sobre “el viaje de desana y piratapuyo, encontraron ellos en las cabeceras del makú-paraná a un grupo tukano también, el péru'vaará” con tres malocas (sistema tradicional de vivienda son las casas multifamiliares llamadas “malocas”), en donde los padres realizaban coito con sus propias hijas biológicas. Al verlos hacer eso, comentaron entre los primeros: “el tigre no come la misma carne”. Entonces dijeron: “esa gente no sabe reflexionar, (y por lo tanto) no merecen vivir”. Acto seguido, rodearon las malocas, las incendiaron y mataron a sus ocupantes. Con posterioridad, llegaron a un sitio sobre este mismo río llamado “Ita pu'ku” (piedra raudal) en donde la gente se multiplico mucho. El ancestro común, conocedor de los mitos falleció allí. La gente posteriormente “comenzó a cometer errores”, como casarse entre ellos o violarse, “sin miramientos”, hermanos con hermanas. Entonces, uno de ellos explicó

enseñanzas de los ancestros y la gente se sintió mal. Como el caserío ya era grande y había malocas, quitaron las cortezas de los árboles de guama, excavaron una zanja grande, consiguieron brea, cocinaron con las leñas de las guamas y en esa zanja, cuando ardía la leña y estaba caliente la brea, se metieron, avergonzados, todos ellos murieron. Se salvaron unos que siguieron el viaje. Volvió con el tiempo, la organización”.

Es sorprendente como la mitología reencarne en valores y ellos se conviertan en una forma de organización jurídica. El sistema jurídico Tukano, es el resultado de un sistema segmentario paralelo a un sistema mágico religioso, así “el primero es de carácter humano, que obedece a la noción de que las faltas de los hombres son asunto que deben ser arreglado o sancionado por los hombres mismos. El segundo es consecuencia de las fuerzas desocadas del poder abstracto “oake”, no personalizado, “eherisá tuhtuaró” (fuerza de aliento), cuya salida de sus cauces normales puede afectar a los hombres y su habidad”. Así existen dos éticas una que se da entre hombres y la otra dada entre la naturaleza y el hombre ambas enlazadas en la mitología.

Los Tukanos también poseen una organización social y poseen autoridades propias, el mamí es el poseedor de la sabiduría y emisor de ritos, cantos, mitos, sobre los límites del territorio y la organización social además de determinar la producción y aprobar adjudicaciones. El maloquero dueño de la maloca quien cuida de la maloca; el Ku’mu” preside las fiestas y la salud de las personas, el ostenta un banco denominado “kú’múa” que representa la base de la organización social. El “baya’ge” es quien dirige los bailes y cantos en fiestas o ritos como por ejemplo la de “yurupari” un rito o el de “poh’o’sé” fiesta de entrega de regalos como peces, frutas o de hormigas entre otros. También es importante saber que cada autoridad posee un instrumento para el ritual, el “baya’ge” posee en la parafernalia un palo sonajero que es el “yaíge”, plumas de guacamaya denominado “maha poa”, unas coronas denominadas “betori” y las sonajeras de los tobillos llamadas “kitio”. El “yai” es el curandero poseedor del conocimiento de

las plantas quien conoce de sus características como es el calor, olor y frío. Existe un “yaí baro” o verdadero yai quien ostenta el poder de curar a distancia y el “yaí dohose” o brujo quien ostenta el poder de convertirse en tigre.

Dentro del núcleo de autonomía de la jurisdicción especial encontramos que el poseer autoridades propias y normas propias es una fuente jurídica y legislativas de estos territorios, en el caso Tukano observamos que existe una normatividad propia fundada y basada en su mitología, religión y cosmovisión, además de ostentar autoridades propias, en este marco de ideas observamos que la investigación realizada por Julio Cesar Perafán Simmonds, al desarrollar el marco penal de los Tukano desde la página 63 hasta la 83 en su libro sistemas jurídicos, nos encontramos con una falta de los indígenas denominada “ataque a la autoridad”, en su relato establece quien ataque a un mamá se le aconseja en primer lugar hablar pero si este sigue insistiendo en su ataque se entenderá que él tiene un propósito de buscar pelea y por ende la sanción es el extrañamiento donde esta sanción trasciende a la mujer.

7.7.2 PRIMER CASO

Estudiado de forma muy sucinta la estructura del resguardo indígena Tukano, y la sentencia T254 de 1994, entraré a debatir la importancia del reconocimiento de la cultura y los usos y costumbres de las comunidades indígenas en Colombia realizando la suposición de un caso.

Imaginemos un caso donde un miembro de la comunidad Tukano, asiste ante un juez nacional en Colombia e instale una acción de tutela, la razón es que el resguardo indígena por intermedio de sus autoridades decretó el extrañamiento a él y a su mujer por cometer en repetidas ocasiones agresiones al mamá autoridad de su comunidad. La comunidad organizada cultural, mitológica y cosmogónicamente posee unos usos y costumbres y en ellos decreta que el miembro de la comunidad debe acogerse a la sanción y aceptar la salida del grupo

con su mujer para evitar una desintegración social. El miembro de la comunidad Tukano no acepta esa sanción y estudia la sentencia T254 de 1994, y observa que la Corte Constitucional decretó que el derecho fundamental del debido proceso en una comunidad indígena se vulnera porque la sanción trasciende más allá del infractor.

¿Qué decisión adoptará el juez?, Imaginemos que en este caso entra por separado a dos juzgados y es estudiado por dos jueces, el Juez C (C=Constitucionalista) y el Juez I (I=indígena). En primer lugar el Juez C, en su saber leer y entender estudia el caso, el no posee conocimiento de la cultura Tukano, ni conoce sus usos y costumbres, pero si conoce la sentencia T254 de 1994, el Juez C dentro de su conocimiento jurídico observa que esta sentencia es muy similar al proceso y que lo único que cambia es el resguardo indígena. Al leer la sentencia de la Corte Constitucional, ratifica lo que ha dicho tan alta corte, decretando la violación del derecho fundamental al debido proceso; porque la decisión de sancionar al miembro de la comunidad indígena con el extrañamiento no puede trascender a su familia en este caso su mujer.

Por otro lado el Juez I, es quien conoce sobre la acción de tutela, es sabedor del derecho indígena, pero además sabedor de las costumbres de la comunidad indígena Tukano. El Juez realiza el estudio de la sentencia T 254 de 1994, y en ella encuentra que la Corte Constitucional ha decretado la existencia de la violación del derecho fundamental al debido proceso, si la sanción sobrepasa a otra persona fuera del infractor. Pero este juez sigue indagando y estudiando a fondo la sentencia mencionada, y en ella encuentra un principio en el que se establece “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, en esta prospectiva el Juez I realiza una comparación entre los resguardos indígenas del tambo y los Tukano, el primero expuesto en la sentencia T254 de 1994, encuentra total diferencia; ya que la comunidad indígena Tukano si posee una cultura, cosmovisión, usos y costumbres ancestrales. En este punto el juez lee el libro de Julio Cesar Perafán Simmonds, y estudia que el ataque hacia una

autoridad indígena Tukano como es el mamá, es sancionada con el extrañamiento, pero en el último de los casos, ya que en primer lugar se solicita hablar y si esta medida no funciona se entiende el “bitó basiótise” no poder convivir. Analizada esta situación el Juez en su leer saber leer y entender decreta la negación de la violación al debido proceso, debido a que la cultura indígena Tukano posee una autonomía jurisdiccional y legislativa más amplia que el resguardo del Tambo por poseer una cultura ancestral, mitológica, religiosa, mágica protegida por derecho fundamental a la conservación del derecho fundamental de la diversidad étnica.

La anterior suposición es realizada en base al hecho de si un miembro de la comunidad indígena Tukano estableciera una acción de tutela por violación al derecho del debido proceso, como se estableció existen dos respuesta una que concede la violación y otra que no, las dos decisiones serian correctas ya que ratifican una línea constitucional, pero la respuesta correcta, si se realiza un estudio profundo de la sentencia sería la segunda, no decretar la violación del derecho fundamental del debido proceso, la razón la establece la misma sentencia T 254 de 1994, donde en ella se establece que la comunidad del Tambo no ostenta una prueba que conduzca a establecer la existencia de usos y costumbres indígenas aprobados por la comunidad. En este sentido se cuestiona ¿Qué grupos indígenas pueden ostentar la jurisdicción especial?, las sentencia de unificación 510 de 98 y la sentencia T 254 de 1994, establecen la existencia de comunidades indígenas que han perdido y no poseen una cultura ancestral, en este marco de ideas el estudio de las comunidades indígenas se debería restablecer en sentido de encontrar la cultura, los usos y costumbres, para así determinar cuándo una comunidad indígena luce una mayor autonomía que prevalezca sobre una ética universal y derechos individuales como es el ejemplo de la sentencia unificadora 510 de 1998 donde prevalece la comunidad indígena Ika frente al libre desarrollo de la persona.

Finalmente se debe recordar que en la sentencia T 523 de 1997, establece claramente que el destierro y la transgresión de la sanción por parte de la victima

a un tercero, es aceptada en cierto grado por la Corte Constitucional, siempre y cuando ese castigo cumpla la finalidad de autonomía cultural de los pueblos indígenas dejando como consecuencia el siguiente pronunciamiento de la Sala: “La constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria. Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a la hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo, que, entre otras permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que resulta intolerable por atentar con los bienes más preciados del hombre. Pero además desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias”.

7.7.3 SEGUNDO CASO

La finalidad de la suposición de este segundo caso es desarrollar el vacío que deja la formulación del fuero indígena, cuestionando ¿El indígena deja de ser indígena por la pérdida de su fuero territorial o personal?

El origen de esta suposición es entablada del estudio de la sentencia T 496 de 1996, cuando en el relato de los hechos analizados por la Corte Constitucional, el actor sale del resguardo indígena por deseo propio. Pero este deseo es transformado por trabajo o educación, cuando el actor debe salir del fuero territorial de su comunidad al no conseguir el sustento de sus hijos.

La pregunta surgente a la decisión de la Corte Constitucional de sancionar al indígena por la jurisdicción nacional, en razón al hecho de cometer un delito fuera de la jurisdicción territorial, y tener un grado de culturización por trabajar fuera de su resguardo por más de tres años, resulta inconstitucional, al establecer que el deseo no es comparado con el deber, y que el deber y derecho de trabajo es comparado

con el fuero territorial indígena y si el indígena cumple un deber fuera de su territorio deja de ser indígena ¿el fuero personal y territorial son factores para que un indígena deje de ser indígena?

Antes de formular el segundo caso se expondrá la investigación realizada por los estudiantes indígenas de la universidad Externado de Colombia, en el libro “Interacciones multiculturales, los estudiantes indígenas en la Universidad” editor Miguel Rocha Vivas, con el objetivo de construir una visión pluralista y tolerante al dialogo cultural entre fuero indígena e indígena.

“¡Tachonchon Carmencita!

Nojoo piirakain numüin Wayuu kemiyounlujachi,

Piiraka numüin Wayuu apunajakai, aruleejakai,

Jupülaa piiteruintüin tü naapakainkaya chií tashikai,

Jupüla püwetuinjatuin

“¡Carmencita, hijita mia!

No mires a un Wayuu de carro,

Mire a un Wayuu que siembre, que pastoree.

Para que devuelvas

Lo que alguna vez dio mi padre para que nacieses” (VIVAS, 2009)

Jateechi canto recordado por Remedios Uriana estudiante wayuu de trabajo social.

A partir de la pagina 33 a la 51, el libro Interacciones multiculturales narra un capítulo denominado “Historias Breves”, la finalidad de estos relatos es mostrar como los estudiantes indígenas de la universidad Externado, han experimentado sus vivencias

en un nuevo mundo cultural como lo es Bogotá. (VIVAS, 2009) A continuación se expondrán algunas de esas historias:

- a) **“¿JALAINJATÜ MI IRAKAT SÜNAIN A ALAJAWAKAT KASHEINYAWAKAT? ¿Dónde es la fiesta de disfraces?”** Miguel Ángel Ramírez Ipuana, narra cómo al encontrarse vestido con su traje tradicional Wayuu, antes de presentar una exposición de empirismo y positivismo, la gente lo observaba “cual si fuese un espécimen raro”, y lo tildaron “de payaso”. El narra como una señora de una tienda le preguntaba “¿en donde es la fiesta de disfraces?”, fue ese día que él se dio cuenta que “muchos colombianos ignoran por completo las diferencias de pensamiento, y sobre todo a sus ancestros que somos los indígenas. Es más, ignoran la riqueza cultural que tiene este país. Solo aparentan vivir como Europeos”. De esta forma el objetivo de este estudiante es “como estudiante de filosofía debo difundir reflexivamente los saberes y las creencias de mi cultura, para que en futuros acontecimientos no le suceda a otro Wuayuu, o a otro indígena, lo que yo experimenté en esta iluminada ciudad” (VIVAS, 2009)
- b) **“Evocando a WALEKER”**: Eliana Palacio Paz, narró en su dialogo denominado “El cachaco confundido”, cuando ella usaba el atuendo propio de su etnia “shein (manta) y woum (sombrero)”, un automóvil de servicio público la miro y le grito “bruja” por tres veces, en su concepto humilde ella rio al asustar al taxista, “sin la menor de las intenciones” (VIVAS, 2009)
- c) **“Ya no soy la misma que llegó a ciudad de Juyá”**: En la narración transmite el estudiante de historia de la comunidad Wayuu, que cuando llegó a Bogotá era una persona “solidaria, amigable, buena gente y cálida”, pero con las diferentes situaciones y personas ha encontrado “personas que han abusado de mi amistad y mi confianza”. Él no siente que es la misma persona que llegó “a la ciudad de Juyá (ciudad de lluvia)”, debido a una transformación “más prevenida, menos amigable, más desconfiada, y menos solidaria”. Pero la fraternidad obtenida por la Universidad del Externado y el de su familia

esposa e hijos, le ha dejado como enseñanza que los “hechos que curiosamente nos han servido para fortalecer los lazos con nuestra tierra, nuestras raíces y nuestras etnias. Hemos aprendido a retomar con mayor compromiso la labor de ser dignos representantes de nuestros pueblos originarios en la ciudad”. (VIVAS, 2009)

- d) **“WAYUU SEEMPORA”**: Isaac Barros, nos presenta como “es que mientras en una sustentación los amigos cachacos se presentan en traje, al que ellos llaman saco y corbata mis compañeros y yo lo hacemos en Wayuu sheempora”. De esa forma “mostramos nuestras costumbres, y en las mismas sustentaciones damos a conocer nuestra cultura. Esa es mi mejor experiencia”. (VIVAS, 2009)
- e) **“La Esencia Perdida”**: Jairo Yesith Montañez, se cuestiona “¿cómo hago si lo que quiero es ser un indígena de que se caracterice por no olvidar su procedencia, sus tradiciones, sus costumbres?, ¿cómo hago si lo que quiero es ser un indígena Wayuu y no sólo un simple Wayuu con ropa sino un Wayuu en esencia?(...) A mi modo de ver es difícil mantener una sola identidad en una ciudad donde la multiculturalidad existe en abundancia” el análisis de culturización de este estudiante es educador para la visión mayoritaria y jurisdicción nacional “este virus que los sociólogos denominan aculturación (...) entra de una manera disimulada. Veo que no logramos identificarla. Y con el pasar de las horas, y la llegada del día, nos ha logrado transformar de una manera irreversible, dejándonos a muchos sumergidos en la laguna de la identidad”. La tolerancia no solo debe pertenecer a la cultura indígena, sino que por el contrario de pertenecer a la mayoritaria y así evitar la extinción cultural y ancestral de nuestra comunidades indígenas que en palabras de este estudiante se refleja en “Y así reclamaremos lo que no nos pertenece, una identidad que no es nuestra”. (VIVAS, 2009)
- f) **“Una Clave Muy Valiosa”**: Jhoana Barros Rodríguez, en clase de antropología y con una expresión propia de ella “ay hijuepucha”, reconoció “la importancia que tiene mi cultura para el mundo. Estando en mi tierra no sabía

que mi cultura fuera tan valiosa, ya que mi día a día en la Guajira me permite estar más cerca de lo mío, y al mismo tiempo no ver el valor de ser diferente” y concluye “Sólo hasta que llegué a Bogotá, y empecé a valorar, y a sentirme más Wayuu que nunca”. (VIVAS, 2009)

- g) **“WALEKER, Mujer Araña”**: Remedios Uriana, en su relato “Waleker, Mujer Araña”, nos enseña la importancia de la mujer indígena, la importancia del “tejido social”, que es la transmisión cultural de generación en generación, que en sus palabras establece “El hecho de desplazarnos a esta ciudad no quiere decir que vayamos a perder nuestra cultura. Al contrario, valoramos más lo que significa nuestra cultura, para cada uno de nosotros. Yo tengo muy claro que la formación que tenemos que recibir en la Universidad es la del conocimiento de la cultura occidental; claro, sin perder nuestra identidad, nuestra ley de origen. Trasladar nuestra cultura y lo que para nosotros significa el tejido, ha representado formar talleres y redes de intercambio”. (VIVAS, 2009)

Analizada de forma muy breve la visión del estudiante indígena y de sus nuevas perspectivas al entablar un dialogo con la mayoría, entró a realizar el segundo caso, pero antes debo advertir que la suposición del siguiente caso surgió en el diálogo con un amigo indígena de la comunidad de Chiles, Luis Alberto Ruano Malte, compañero de estudio y abogado especializado en derecho administrativo de la Universidad Libre actualmente.

El día 15 de Noviembre de 2000 el indígena D (D=diálogo), salió de su resguardo indígena A (A=ancestral), para iniciar una nueva etapa en su vida el de ser estudiante en la ciudad capital C (C=culturización), y así con su nuevo conocimiento entrar a colaborar a su comunidad. Las diversas carreras ofrecidas por la nueva Universidad T (T=tolerancia), que servían en un alto grado para lograr el objetivo de colaborar a su comunidad, si el estudiaba abogacía, sería de gran importancia para su comunidad conocer del sistema nacional para resolver conflictos internos surgidos en el día a día; si el estudia filosofía, historia o antropología, desempeñaría

el papel de comunicador de su cultura, de sus usos y costumbres; si el estudia medicina, sería de gran ayuda social debido a que en su resguardo hay pocos centros de salud. En conclusión la carrera que él escoja ayudará a su comunidad y al mismo tiempo será precursora y comunicadora de su cultura.

Han pasado más de 5 años de estudio, de compartir y enseñar su cultura y de la misma forma acoger la cultura mayoritaria sin perder su espíritu indígena. Logra el cometido y se gradúa de la Universidad con honores.

Un día como cualquier otro, aparece en primera plana del periódico M (M=mentiroso), la noticia de que un indígena comete el delito de homicidio. El indígena es conducido a la Fiscalía G (G=guardián), donde encuentran pruebas que conducen a que él cometió el delito y en el Juzgado P (P=positivismo) es acusado por delito de homicidio, y al observar el grado de culturización y que el delito es cometido fuera de su territorio, el juez decide condenarlo por la jurisdicción nacional a 10 años de prisión.

El indígena sabedor y consiente del delito que cometió, pero también de la justicia nacional solicita la presencia de un abogado M (M=mentor), y le cuenta lo sucedido pero al finalizar el diálogo, le solicita no ser castigado por la jurisdicción nacional sino que por el contrario desea ser purificado por la jurisdicción de su comunidad. El abogado M (M=mentor), asombrado y consciente de que el indígena tiene un alto grado de culturización, tanto en su habla como en su vestimenta, pero que sigue conservando el espíritu indígena, y que la finalidad de dejar su comunidad no era otra más de colaborar a su comunidad, y la única forma de hacerlo era en un acercamiento frente a la cultura mayoritaria, no como estudiante, sino como profesor y promovedor de su cultura. Frente a esta situación el abogado entabla una acción de tutela solicitando que el indígena regrese y sea condenado por su comunidad, cuestionando ¿El indígena deja de ser indígena cuando vulnera el fuero territorial o fuero personal?

En la suposición de este caso, la acción de tutela entra a dos juzgados diferentes, en uno está el juez C (constitucional), un sabedor del derecho constitucional y sabedor de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional sobre jurisdicción indígena. Y por el otro lado el Juez I (indígena) conocedor también del derecho constitucional, pero también sabedor de las culturas indígenas, y sobre todo un ser tolerante ante los derechos de las comunidades indígenas.

Entra la acción de tutela y el primero en resolver esta acción es el juez C, y en su decisión resuelve que el indígena debe ser condenado por la jurisdicción nacional debido a las siguientes razones:

- a) Estudiada la sentencia T496 de 1996, entra a decidir, si el indígena posee el fuero territorial o el fuero personal. En primer lugar el juez C encuentra que el delito fue cometido fuera de su territorio, fuera de su comunidad, eso establece que el indígena no posee el fuero territorial atendiendo a lo establecido por la Corte Constitucional al establecer “dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”
- b) La jurisprudencia es clara y se debe analizar si posee fuero personal, al desarrollar los hechos encuentra que la persona asesinada es compañero de él y que él pertenecía a una comunidad indígena diferente a la de él (Es el

mismo ejemplo de la T 496 de 1996), pero la otra comunidad no solicitó en ningún momento del proceso el estudio del caso. El Juez C en el estudio del fuero personal encuentra que el indígena ha vivido por más de cinco años en la ciudad, fuera de su comunidad, y observa un grado de culturización muy alto, además se percata de que él conoce las sanciones, delitos y la justicia nacional y concluye con lo establecido por la Corte Constitucional que establece:

“Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional 2) En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos” (CONSTITUCIONAL, T 496/96, 1996)

- c) En conclusión, el juez C encuentra en la sentencia T 496 de 1996, todos los elementos para establecer que la conducta del indígena debe ser sancionada por el ordenamiento nacional.

Finalmente la acción de tutela es estudiada por el Juez I (indígena), el también conecedor de la sentencia T 496 de 1996, observa los elementos para condenar al actor por la jurisdicción nacional, pero antes de eso observa el planteamiento ¿El indígena deja de ser indígena cuando vulnera el fuero territorial o fuero personal? Expuesto por el abogado M y entra a resolver antes de nada que es el indígena para la Corte Constitucional en las diferentes sentencias sobre la jurisdicción especial.

- a) En el estudio del fuero personal expuesto por la sentencia T 496 de 1996, el Juez I, identifica que la Corte Constitucional establece “la identidad del individuo depende primordialmente de la cultura en que se desenvuelve, cuando entra en contacto directo con los parámetros culturales de la sociedad externa, necesariamente se presentará una modificación en su cosmovisión determinada por el aprendizaje de otras visiones del mundo otras formas de vida” y prosigue con el estudio y observa la afirmación “como individuo de determinado grupo humano se convierte en transmisor de cultura, que lleva a que la identidad del sujeto se vaya conformando de acuerdo como el modo como integra, refleja y modifica su propia herencia cultural y la de aquellos con quien entra en contacto” concluyendo la Corte “pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional”. En este estudio de la sentencia T 496 de 1996 el Juez I, se da cuenta que existe un elemento favorecedor de la cultura mayoritaria y no a un diálogo pluricultural entre la nación y los indígenas, debido a que la culturización de la mayoría hacia un indígena es de carácter obligatorio y eminente, pero en cambio no existe una culturización por parte del indígena hacia la mayoría, sino que por el contrario ese diálogo es denominado transmisión de cultura, ¿a caso no se denomina transmisión de cultura, el aprendizaje por parte de

un indígena de la cultura mayoritaria?, ¿aprender por parte de un indígena la cultura nacional se denomina culturización?, ¿Cuándo un indígena debe salir de su territorio por factores de estudio o de trabajo abandona su espíritu de indígena?

- b) A todas las anteriores inquietudes el Juez I, busca solución sin salirse del lineamiento jurisprudencial sobre la jurisdicción especial. En primer lugar encuentra en la sentencia T 254 de 1994 que las comunidades indígenas no son asociaciones sino que son realidades históricas que ostentan derechos subjetivos y objetivos. Por otro lado también encuentra en esta misma sentencia el principio de “conservación de la diversidad en la unidad” donde “reconocimiento y realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica cultural de la nación” y el principio de “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”. En la sentencia T 523 de 1997, encuentra una evolución de la Corte constitucional encaminada a propiciar el diálogo multicultural de la nación, así en ella encuentra que la jurisdicción indígena es un mecanismo a establecer el equilibrio roto de la comunidad, y en este caso es el actor quien solicita no ser castigado por la jurisdicción nacional, sino purificado por su cultura ancestral.
- c) Es en la misma sentencia 523 de 1997 que encuentra el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional: “La constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria. Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a la hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo, que, entre otras permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que resulta intolerable por atentar con los bienes más preciados del hombre. Pero además desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los

pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias”.

- d) En este punto el Juez I decide estudiar la cultura de la Comunidad A, y como su nombre lo dice es una cultura ancestral, donde además de poseer características jurídicas, posee un equilibrio natural y un equilibrio religioso como mitológico, por esta razón mira que el indígena al solicitar ser sentenciado por su comunidad solicita la purificación de su ser de forma natural, religiosa y mitológica.
- e) El Juez I, al estudiar el caso y la jurisprudencia Constitucional, observa que el principio fundamental, protegido, no es el de jurisdicción especial o sus elementos conformadores como el fuero personal y el territorial, sino que por el contrario la pretensión del Constituyente como el de la Corte Constitucional es mantener un continuo diálogo multicultural, donde prevalezca la tolerancia por parte de las diferentes cosmovisiones y culturas de Colombia. En este punto el juez al hablar con el indígena antes de decidir, encuentra en él un joven deseoso de estudiar y aprender, para colaborar a su comunidad y a su familia, se adecuó a un proceso de culturización que lo cambió exteriormente pero no interiormente, su espíritu de indígena, no puede ser condenado por una jurisdicción nacional, sino purificado por su cultura ancestral.
- f) Adoptando como decisión final, aceptar la tutela y el regreso del Indígena a su comunidad, escribiendo en la parte resolutoria su decisión: Los indígenas en Colombia no pueden ser tratados como fueros territoriales o personales, ya que vulnerarían el principio fundamental a la conservación de la diversidad cultural del Estado, afectando el núcleo esencial del diálogo pluricultural de la nación, con los pueblos indígenas. La jurisdicción especial cumple un papel importante para muchas comunidades, el hecho de ser purificado es totalmente antagónico a ser condenado y sancionado por la jurisdicción nacional. El indígena no deja de ser indígena por abandonar su territorio, cuando las circunstancias de trabajo o estudio, sean factores no de decisión sino de deber y compromiso consigo mismo y con su comunidad. No

podemos llamar culturización al diálogo entre indígena y mayoría, ni tampoco podemos llamar diálogo al aprendizaje por parte de la nación sobre nuestra cultura ancestral. La tolerancia debe ser uno de los principios percusores de la diversidad étnica y cultural de la nación, de esta forma así como nuestros pueblos indígenas desean conocer la cultura mayoritaria, la nación debe conocer la cultura ancestral para la aceptación del indígena colombiano y del colombiano indígena.

TERCER CAPITULO

Territorio Indígena un Modelo Económico Público.

La Constitución Política de 1991, reconoce en Colombia la existencia de minorías raciales y culturales, protegidas en la esfera de los derechos fundamentales. Estas minorías son reconocidas y amparadas frente a la mayoría, debido a que su cultura, y modelo económico, social y político no encuadran dentro del contexto liberal que se puede denominar “derecho mayoritario”.

Dentro de estas minorías nos encontramos a los resguardos indígenas que han sido protegidos Constitucionalmente en muchos artículos de la Carta, pero en este debate me centraré sólo en los artículos que hacen referencia a los territorios indígenas, su importancia, su trascendencia, su incomprensión, su mal uso y sus aspectos fundamentales que los he dividido en: un Factor económico, un Factor Cultural y un Factor Social.

8.1 Los resguardos indígenas en la historia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El territorio indígena siempre fue usufructuado y hurtado por terratenientes y señores feudales, dentro de la historia podemos observar que en 1820 el decreto presidencial de Simón Bolívar, mostró como los indígenas y sus territorios son materia de derechos, la orden de devolver a los naturales sus resguardos y un año después abolir los tributos por parte de estas comunidades, aseguraba la preservación de la cultura indígena en manos del poder ejecutivo en la repartición de las tierras delimitando en manos de cámaras presidenciales y encomendando a

personeros comunales la función de la protección de las tierras indígenas contra abusos como el arrendamiento a título oneroso estipulado en las leyes del 2 de Junio de 1834 y el 23 de Junio de 1843. (Bolívar)

En 1835, se suprime el Gran Resguardo de Ortega y Chaparral, esta pérdida es originaria a la idea tercermundista de abolición de la etapa del salvajismo y el mejoramiento social dentro de una naciente economía capitalista.

La ley de Desamortización de Bienes de manos muertas de 1861 y las normas de la Constitución de 1863, originó las ideas sobre libertad de comercio, igualdad y propiedad individual, dio paso a la abolición de los cabildos y los capitanes indígenas, a mano jurisdicción de consejo de los distritos. La modernización presentada por la libertad de empresa y las políticas de mercado libre, desamortizaron la idea de conservar los territorios indígenas debido a su arcaísmo basado en una involución de autoconsumo, en palabras de Juan José Nieto, caudillos liberal bolivariense y defensor de los pueblos indígenas:

“Hay una conflagración general con los expresados resguardos que las Cortes de España concedieron a los indígenas conquistados. Se quiere que se abandone a su propia suerte a estos desgraciados, y se cree, por lo que de ello esperan obtener ventajas, que es contrario a la Constitución protegerles en su propiedad.....” Y culmina con “Dejar abandonado a una clase desgraciada, arrebatarle en beneficio de unos pocos el único pedazo de tierras que los conquistadores de estos pueblos, a pesar de bárbaros y ambiciosos, les sería una iniquidad que no podría justificarse con la Constitución” (Resolución de la Asamblea)

La respuesta dada por los jueces y dirigentes del país como el gobernador de la provincia de Sabana Larga fue:

“... acabar de una vez con los mentados privilegios de los indios, porque los indios eran y creo que serán siempre robados, por la misma razón de ser indios. La ley debía declarar propiedad de los distritos los terrenos denominados resguardos de indígenas y disponer de los consejos, no pudieran imponer ninguna contribución a los indígenas que trabajaban en los terrenos cedidos” (Informe del Gobernador de Sabanalarga)

La ley 135 de 1961, inspirada en el bien común, como lo establece en su primer artículo fue constituida para culminar la estructura de latifundios y minifundios que estaban agobiando al pueblo colombiano. Esta ley otorga dos artículos a los pueblos indígenas quienes son los principales afectados de este régimen económico, y su finalidad es llevar a nuestros pueblos originarios al “sistema capitalista como sistema de consumo y de producción” Posteriormente se realiza el decreto 2001 de 1988, en el gobierno de Virgilio Barco, derogado por el decreto 2164 de 1995, que desarrolló 2 formas para el restablecimiento de tierras para los pueblos indígenas, desarrollando el artículo 94 de la ley 135 de 1961. La primera forma de otorgar tierras se encuentra en capítulo II y su desarrollo se establece del artículo 3 al 11, estas son sus características fundamentales: 1) Es para la constitución de resguardos indígenas en terrenos baldíos 2) INCORA, es la autoridad que de oficio iniciará los trámites para constituir los terrenos indígenas 3) El trámite inicia con una visita donde se precisará la ubicación, extensión, linderos, número de habitantes indígenas y posteriormente se realizará un estudio socioeconómico y jurídico que abarcará la descripción física del predio donde se constituirá el resguardo, antecedentes etnohistóricos, descripción demográfica, descripción sociocultural, aspectos socioeconómicos, tenencia de la tierra, delimitación del área y croquis del terreno que se constituirá en resguardo, estudio de la situación jurídica del terreno 4) Este expediente será estudiado por división de asuntos Indígenas, posteriormente se realiza la resolución constitutiva que

contendrá la designación de la comunidad beneficiaria, ubicación y el carácter legal. (COLOMBIA M. D., Decreto 2001 de 1988, 1988)

Y la segunda forma para la constitución de resguardos indígenas se establece en el Capítulo III, artículos 12 al 22, que trata sobre la constitución de resguardos indígenas sobre predios del fondo nacional agrario, este se hará a título gratuito y su finalidad es mejorar los territorios indígenas por parte del gobierno a través de INCORA.

Según lo establecido por el artículo 85 de la ley 160 de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, existen dos clases de resguardos indígenas uno constituido por la institución y el segundo constituido históricamente y asignados en época colonial

Los requerimientos para que el INCORA determine un nuevo resguardo indígena se determina por la ley 21 de 1991 la cual se aprueba en Ginebra con la Organización Internacional de Trabajo, donde en ella se aprueba el convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales, establece en su artículo primero a quién se aplica esta ley dando dos características. Primero, se aplica a pueblos tribales cuyas condiciones sociales, económicas y culturales se distingan de los sectores nacionales y que se rijan por sus propias costumbres y tradiciones. Segundo, a los pueblos descendientes de la época de la conquista o colonia que conservan sus propias instituciones económicas, culturales y sociales:

“Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 artículo 1 “1. El presente Convenio se aplica: a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) A los pueblos en países independientes,

considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio". (COLOMBIA, 1991)

Según el artículo 21 del decreto 2164 de 1995, un resguardo es "una institución legal y socio política de carácter especial conformada por una o más comunidades indígenas que con un vínculo de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio".

Existen 5 formas de resguardo indígena, 1) Resguardo de origen Colonial, 2) Resguardo Republicano 3) Resguardo creado por el INCORA después de 1961 4) las reservas indígenas y 5) Títulos Individuales por comunidades o parcialidades los dos primeros denominados resguardos indígenas antiguos y los dos últimos se denominan resguardos indígenas nuevos. (BLANCO BLANCO)

8.2 Factores Jurisprudenciales que desarrollan la importancia del territorio indígena.

Partimos de la sentencia SU 039 de 1997, que desarrolla el enfrentamiento de intereses, entre el desarrollo económico de la nación y su soberanía frente al derecho fundamental de la diversidad étnica y cultural y su participación en la explotación de los recursos naturales de su territorio. El conflicto surge por el otorgamiento de la licencia ambiental para desarrollar "Explotación sísmica bloque

de Samora”, cuya finalidad es encontrar la existencia de pozos de petróleo que comprenden los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca, Cubará en el departamento de Boyacá, y Toledo en el departamento Norte de Santander, con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro de la cual se encuentran resguardos indígenas y parques naturales”.

La Corte Constitucional en la sentencia SU 039 de 97 establece:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”

Según esto la Corte Constitucional, protege el territorio indígena por tres factores un económico, un social y un cultural.

8.3 Territorio Indígena como Factor Económico

Modelo económico indígena: ¿Por qué se da la economía?, una de las razones es la “escasez”. La finitud de nuestro planeta y la de nuestros recursos primos, lleva a que el ser humano procure priorizar y cuidar los recursos de forma que el sustento de su familia y de los suyos sea el suficiente para su subsistencia, dentro de la fórmula de “economizar”. “Qué, cómo y para quién producir” (mundo de las ideas de Platón), estos cuestionamientos desarrollan los sistemas económicos y el

primer sistema que será priorizado y desarrollado, es el de “autoconsumo”. (REPÚBLICA, 2da edición actualizada, 1998.)

¿Qué es el sistema de autoconsumo?, el sistemas de autoconsumo es: “Una sociedad cerrada al intercambio y en la cual las decisiones sobre qué y cómo producir dependen, básicamente, de la clase y cantidad de recursos de cada cual y de la capacidad individual para transformarlos y disponer de ellos o ponerlos a disposición de otros miembros de la sociedad”. En esta definición desaparece el quién, ya que esta palabra se transforma en sociedad, la realización de la fuerza de trabajo y de la materia corresponde a una familia. De aquí se dispone que el desarrollo de una sociedad simple de autoconsumo se desarrolla por linaje o por ascendencia, un ejemplo claro es la historia de las comunidades indígenas. (REPÚBLICA, 2da edición actualizada, 1998.)

Un grupo indígena era creado por varios clanes o familias como los que ejemplifica la historia en el caso Inca, esta división daba paso para que la riqueza y materia prima se redujera al bienestar de las familias o clanes indígenas “Se determinaba así que tanto la riqueza-en este caso la tierra- como la producción dentro de este tipo de organización económica, se asignaban de acuerdo con las necesidades de las diferentes familias”. De esta manera se daba un desarrollo del trabajo enriquecido por relaciones de cooperación”. (REPÚBLICA, 2da edición actualizada, 1998.)

En fin la organización social de los grupos indígenas tenían como fundamento una organización de acuerdo las relaciones de parentesco, “su producción era de carácter natural y básicamente para el consumo propio”. Este consumo se traducía en el abastecimiento básico de estos grupos como el alimento y el vestuario, realizando tareas de pastoreo, cosecha y siembra.

8.4 Autoconsumo, el Modelo Económico de los pueblos indígenas en Colombia reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La sentencia T 428 de 1992, muestra como la gran mayoría de las comunidades indígenas poseen un modo de producción económico de subsistencia como lo estipula la corte: “la notoria reducción de los recursos económicos de la Comunidad indígenas, cuyas implicaciones, para la vida misma de sus miembros, serían catastróficas, si se tiene en cuenta que se trata de una población organizada en torno a una economía de subsistencia”, en este punto la corte ha atribuido la existencia de una organización de autoconsumo basada en la supervivencia de la población indígena.

Por otro lado, esta sentencia es una de las primeras sentencias que desarrolla el enfrentamiento de intereses económicos de una población que choca contra los intereses colectivos de las comunidades indígena;

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

Y cuando chocan estos intereses constitucionalmente se favorece a la comunidad indígena priorizando la identidad e integridad étnica “la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos” (Galindo).

En esta sentencia se dispuso la protección de la disposición cuarta del convenio que establece “adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar

las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados" y posteriormente en el artículo séptimo que obliga al gobierno a "velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre los pueblos". (OIT, Convenio 169 de la OIT, 1989). Y que en la Constitución Política de 1991 lo adopta y dispone en el artículo 330: "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades"

El sistema económico indígena, en este caso la subsistencia es el factor guiador para deducir que el resguardo de Cristianía, tiene un modelo económico de autoconsumo, donde la fuente de su riqueza se encuentra dentro de su territorio indígena, este es el primer factor para proteger al resguardo indígena frente al desarrollo económico de la mayoría como lo establece la Corte: "La notoria reducción de los recursos económicos de la Comunidad indígena, cuyas implicaciones, para la vida misma de sus miembros, serían catastróficas, si se tiene en cuenta que se trata de una población organizada en torno a una economía de subsistencia".

8.5 El Suelo y El Subsuelo. Monopolio Estatal vs Territorios Indígenas

La sentencia C-418-02, que declaró exequible el artículo de 122 de la ley 685 de 2001 "por la cual se expide el código de minas y otras disposiciones", que protege el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia y el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991. Indica como la protección del territorio

indígena abarca el Suelo y el Subsuelo en pro de la economía, cultura y bienestar social de las comunidades indígenas.

En primer lugar se debe analizar que significa el suelo y el subsuelo, es de entenderse que el suelo es parte superficial de la corteza terrestre constituida por un mínimo de materia orgánica y alta porción de minerales orgánicos, en el suelo se encuentra la vida vegetal y animal dependiendo de su aridez o fertilidad. De otro lado el subsuelo es el estrato situado debajo del suelo compuesto por diversos minerales y rocas.

El artículo 333 de la C.P.N, establece el bien común como límite de la actividad económica, por otro lado el artículo 58 establece el derecho a la propiedad privada y atribuye a la propiedad una función social que implica obligaciones. Dentro de la globalización la libertad de enriquecerse de forma libre es un principal factor de desigualdad, esto es a nivel mundial y local, por esta razón se habla de un interés social, una distribución equitativa de los recursos, pero realmente existen muchos factores que hacen imposible la realización efectiva del derecho de igualdad en materia económica. En este punto nos encontramos ante dos artículos Constitucionales antagónicos dentro de la hermenéutica, el artículo 332 que promulga “el estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo de las leyes preexistentes” frente al artículo 63 Ibídem “las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

Cuando se habla de explotación de recursos minerales, frente al desarrollo del principio de diversidad étnica y protección del territorio indígena, nos encontramos ante la inquietud sobre ¿Qué protege el estado de los territorios indígenas, el suelo o el subsuelo?, y de esta incógnita también podemos cuestionarnos ¿Para el Estado y los territorios indígenas que es más beneficioso económicamente, el suelo o el subsuelo?

Para responder estas inquietudes se revisará que definición tiene la ley sobre el suelo y el subsuelo. El artículo 5 de la ley 685 de 2001 “PROPIEDAD DE LOS RECURSOS MINEROS. Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos”. Este artículo nos muestra que el estado es propietario de los minerales tanto del suelo como del subsuelo y no sólo del subsuelo como lo promulga el artículo 332 de la Constitución Política. Posterior el artículo 7 establece “PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD ESTATAL. La propiedad del Estado sobre los recursos minerales yacientes en el suelo o el subsuelo de los terrenos públicos o privados, se presume legalmente” y el artículo 10 establece “DEFINICIÓN DE MINA Y MINERAL. Para los efectos de este Código se entenderá por mina, el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útiles y aprovechables económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo. También para los mismos efectos, se entenderá por mineral la sustancia cristalina, por lo general inorgánica, con características físicas y químicas propias debido a un agrupamiento atómico específico”.

De acuerdo a estos artículos el estado es dueño de los minerales útiles y aprovechables económicamente, pero en la realidad cuando el Estado en pro del beneficio económico choca frente a los territorios indígenas ¿cómo se garantiza el derecho fundamental de la diversidad étnica y el artículo 63 de la Constitución Política de 1991?

Los territorios indígenas tienen dos mecanismos de defensa frente a la explotación económica de sus territorios. En primer lugar encontramos el convenio 169 de la OIT que en artículo 6 establece que los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas

susceptibles de afectarles directamente". Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades "el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".

Por otro lado nos encontramos con el artículo 330 de la Constitución Política de 1991 en su párrafo establece "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

El Estado antes de explotar los recursos minerales de los territorios indígenas debe realizar una consulta ante la comunidad, porque para la Corte Constitucional y el convenio 169 de la OIT, se prioriza la integridad social, cultural y económica de los grupos indígenas es así cómo la ley 685 de 2001 realiza el Capítulo XIV de los grupos étnicos, estableciendo en el artículo 122 "La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios". Posteriormente el artículo 127 protege la costumbre y cultura indígena estableciendo: "La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres".

8.6 Los grupos indígenas en Colombia, continúan con un modelo económico de Autoconsumo

¿Qué es más beneficioso económicamente, el suelo o el subsuelo? La sentencia C 891 de 02 que ratifica que declara exequible los artículos 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127 y 128 de la ley 685 de 2002. Estos artículos componen la protección de las minorías étnicas frente a la explotación de los recursos por parte del Estado o particulares.

El artículo 125 establece el derecho de concesión minero otorgado a los resguardos indígenas, que para la Corte es

“Concesión que con especial sentido teleológico se debe otorgar a solicitud de la comunidad o grupo indígena y a favor de ésta y no de las personas que la integran, es decir, con un indiscutible carácter colectivo. Respetándose al efecto la autonomía que la autoridad indígena regente ejerza sobre la forma en que los individuos participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones para sus sustitución dentro de la misma comunidad, con la sana advertencia de que dicha concesión no será transferible en ningún caso”. (C 891 02)

Esta concesión tiene preferencia frente a terceros según lo establece el artículo 128 de la ley de minas.

Como lo estableció la Corte Constitucional y la ley de minas, la riqueza no se encuentra en el suelo o en el subsuelo sino que se encuentra en los minerales de estos. Por esta razón los territorios indígenas no priorizan trabajar en minería ya que ellos como modelo económico de subsistencia trabajan la agricultura, la

cosecha de productos como la papa, la yuca, y el maíz entre otros dependiendo su ubicación territorial.

Por otro lado ha sido el Estado quien ha otorgado Concesiones mineras a los territorios indígenas, que han traído como consecuencia la violación de derechos fundamentales hacia los grupos indígenas, como es el caso de los Embera que se sitúan en el Choco.

A estos territorios indígenas, no se les ha respetado su cultura ni creencias, es así como las Organizaciones de Indígenas han dispuesto que el 65 por ciento de las concesiones están dentro de territorios ancestrales de las comunidades como por ejemplo; El cerro de Jaicatuma “filo de los espíritus en lengua Embera”, conocido como Cara de Perro está ubicado en las selvas del Medio Atrato. “La zona fue decretada como Reserva Forestal por el gobierno colombiano desde 1959; Ó el territorio llamado Río Murindó que es uno de los mayores resguardos indígenas en Colombia, y pertenece legalmente a varias comunidades locales indígenas y afrocolombianas. El área fue concesionada a la compañía norteamericana Moriel Mining Corporation MMC que comenzó los trabajos de exploración el 1 de enero de 2009, con apoyo del Ejército Nacional, que debía "garantizar" el trabajo de la multinacional. Esta exploración ha comenzado en contra de la voluntad de los pobladores y causó múltiples impactos sobre las comunidades y el medio que culminan con los bombardeos de enero 2010. No existe estudio de impacto ambiental” (<http://justiciaypazcolombia.com/Comunidades-indigenas-Embera>).

Es lógico que cuando existe riqueza económica los grupos capitalistas atacarán y acabarán todo a su paso para satisfacer su hambre de dinero, en este caso son los grupos indígenas que están en medio de la guerra de capital y por esta razón uno se puede preguntar si, los pueblos indígenas ante la globalización han modificado su modelo económico de autoconsumo. La globalización es un factor de riqueza y de pobreza, si los grupos indígenas desean sobrevivir esta globalización con una economía de autoconsumo o de subsistencia como lo ha

establecido la corte constitucional, se debe realizar y consagrar una verdadera garantía constitucional como lo estipularé en la última parte de este trabajo con un dialogo entre Luigi Ferralloli y los pueblos indígenas de Colombia.

8.7 Territorio Indígena como Factor Social:

El desplazamiento un enemigo constitucional que solicita la reestructuración estatal

La T 025 de 2004, fue dirigida en contra de muchas entidades estatales, que no atendían al problema del desplazamiento en Colombia, su ayuda tardía y las diversas trabas que estas entidades les ponían a los desplazados por una ayuda humanitaria, dio lugar para que la Corte Constitucional atendiera a este problema y resolviera puntos como la grave situación de vulnerabilidad de los desplazados.

La falta de diligencia de las entidades que velan por las familias desplazadas, el gran número de tutelas realizadas para la protección inmediata de muchas familias y personas desplazadas entre otros, originó dar al desplazamiento un carácter de Estado de cosas Inconstitucionales.

.El Auto 004-2009, tiene como finalidad proteger a las etnias, frente al desplazamiento forzado ocasionado por conflicto militar interno. La Corte Constitucional ha establecido que no menos de “treinta” pueblos indígenas en Colombia se encuentra en peligro de su exterminio total, tanto cultural como físicamente.

Pero la guerra no es sólo muerte y desplazamiento, también se encuentran las diferentes formas de genocidio como los falsos positivos, señalamientos, minas quiebra patas, ocupación del territorio por parte de fuerzas ilegales o la misma fuerza pública, la prostitución obligada y las constantes violaciones sexuales que son juzgadas y estudiadas en el Auto 092-2008 de la Corte Constitucional,

asesinato a los líderes de las comunidades, usurpación de los recursos vitales para la conservación de los resguardos, los confinamientos y la reclusión forzada de los niños indígenas estudiado en el Auto 258-08, entre otras, han dejado a los pueblos indígenas al borde de su exterminio. ¿Cuál es la consecuencia socioeconómica que deja la violencia a los pueblos indígenas?, las consecuencias son la pobreza, la falta de alimento, la falta de salud, la invisibilidad del censo entre otros ¿Cuál es el porcentaje del desplazamiento en los grupos indígenas? Según el reporte del ONIC en Junio de 2006 más del 90% de la población indígena es desplazada, por su parte CECOIN en informe de Agosto de 2006 el desplazamiento forzado ha incrementado más de 5100 personas en el 2002, 4602 en el 2003, 7901 en 2004, 23700 en el 2005 y 5487 en el 2006. ¿Qué pasa con el principio de diversidad étnica? en palabras de la Corte esta afirma “Para la Corte Constitucional, en fin, es claro que la afectación de los pueblos indígenas por el conflicto armado constituye un proceso destructivo de la diversidad étnica y cultural del país, que es invisible para la sociedad y el estado Colombiano”. ¿Cuáles son las modalidades del desplazamiento?, Según la ONIC existen tres formas, “a) desplazamiento masivo hacia cabeceras municipales o hacia ciudades, b) desplazamiento progresivo –gota a gota- hacia otras ciudades c) desplazamiento itinerante a otros sitios del territorio, otras comunidades u otros grupos étnicos; y d) desplazamientos desde territorios no constituidos en resguardos, hacia otros resguardos.” (COLOMBIA C. C., T025-2004, 2004)

¿Cuál es la respuesta del estado?, en el mismo auto 004/09, se menciona que la función del estado es normativizar e idealizar el conflicto, que llevándolo a la realidad no es desarrollado de una forma absoluta si no por el contrario de una forma “precaria”. La Corte Constitucional distingue dos documentos formales el primero es “directriz para la prevención y atención integral de la población indígena en situación de desplazamiento y riesgo, con enfoque diferencial” ¿Por qué diferencial?, En palabras de la misma Corte, el desplazamiento se ha convertido en una forma de culturización donde nuestros grupos indígenas han

sido arrojados y llevados a la ciudad o a otros resguardos, y donde su extinción se produce constantemente ¿y qué pasa con el territorio indígena?, es de conocer que la Constitución de 1991 ha dado diversos componentes a los resguardos indígenas, el primer componente es el de carácter colectivo esto significa que las tierras de los pueblos indígenas son inembargables, imprescriptibles e inajenables, segundo que el territorio es considerado un fuero, donde los grupos indígenas pueden desarrollarse de acuerdo a su cultura y cosmovisión, y también pueden administrar su justicia de acuerdo al artículo 246 de la Const. Pol. Y por último se le da a los resguardos indígenas una autonomía administrativa y más aún una calidad de entidad territorial, esto quiere decir, que los resguardos indígenas como entidades territoriales son acreedores del ingreso del estado para su administración y en pro de la comunidad indígena. ¿Y ahora qué pasa?, primero, el carácter de bien colectivo desaparece, los grupos ilegales y legales han llevado a la comunidad indígena abandonar sus territorios, ese territorio santo que era inembargable, imprescriptible e inajenable, se ha convertido en un territorio de estrategia militar y de fuente de riqueza por la explotación de su materia prima, en segundo lugar, la cultura indígena ha sucumbido ante la violencia, la comunidad ha entrado a tierras desconocidas donde la globalización, la tecnificación y la visión de una cultura diferente ha llevado al conflicto interétnicos, donde la lengua, la etnia ha sido fuente de discriminación llevando al indígena a sucumbir de su cosmovisión y a prostituirse en una cultura intolerante e irrespetuosa, y en muchos casos el abandono de nuestros indígenas ha sido fronterizo como los Wayúu. Kuna, Embera, Awá o Kofán han dejado el suelo colombiano para sobrevivir en una nueva frontera. Y por último, los resguardos indígenas no perciben el ingreso de la nación que como entidad territorial son acreedoras, por el contrario ahora ellos perciben suministros, ayudas humanitarias, ellos se han transformado de entidades territoriales a grupos desplazados con enfoque diferencial, ellos se han transformado de indígenas a desplazados.

¿Es posible diferenciar a los desplazados de los indígenas?, lamentablemente y por voz de la misma Corte Constitucional, esta dice que no existe un censo válido que agrupe a todos los resguardos indígenas, sino que por el contrario los estudios existentes no son convincentes y desconocen muchas comunidades y familias indígenas atropelladas por la violencia, es tal que el nuevo plan integral donde se realiza un estudio básico sobre la alimentación de las comunidades indígenas la Corte expreso “Para la Corte Constitucional resulta que claro que la selección y caracterización de los pueblos indígenas incluidos en el plan integral, si bien se realizó con base en el año 2000, no tuvo en cuenta la realidad del conflicto armado de la última década, ni su impacto en el desplazamiento o confinamientos de indígenas, tal y como han sido acreditados ante esta corporación. En consecuencia muchos de los grupos que se han visto afectados con mayor severidad por el conflicto armado y por el desplazamiento forzado, no fueron incluidos dentro esta selección”. ¿Qué implica el desconocimiento entre desplazados e indígenas desplazados? En el auto 04/2009, la Corte resolvió en primer lugar, que los pueblos indígenas están en eminente peligro de desaparición tanto física como culturalmente, en segundo lugar, ordena la creación de un “Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados por el Desplazamiento”, en 6 meses, y también se realizara un informe o programa para la ayuda de cada entidad mencionada en el auto 04/2009 en cabeza del Ministerio de Justicia con la colaboración del ICBF. Este auto fue realizado el 26 de Enero del 2009 lo que supone que al día de hoy ya esta creado. ¿Qué importancia tiene la creación de programa?, es muy importante debido que en estos programas se pretende salvaguardar las etnias en peligro de extinción, esto quiere decir que el gobierno debe promover la protección de los resguardos indígenas no como grupos desplazados si no como entidades territoriales que consolidan las minorías y la diversidad étnica y cultural de la nación.

Desde 1997 la corte Constitucional ha estudiado el problema del desplazamiento con la ley 387 de 1997, T227 de 1997 y SU 1150 de 2000, y se ha declarado la

existencia de un estado de cosas inconstitucionales. La corte ha promulgado 2 de las razones de la existencia de un estado de cosas inconstitucionales “(1) Se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas- que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos constitucionales y colmar así los despachos judiciales y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales”.

En la sentencia T-025 de 2004, lo más importante es la consolidación de “Estado de cosas inconstitucional”, la razón es el desplazamiento que en palabras de la Corte

“Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla. La declaratoria formal del estado de cosa inconstitucional tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deben ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados. Esta decisión respeta las prioridades fijadas por el Legislador y el Ejecutivo y el experticio de las autoridades nacionales y territoriales responsables que definieron el nivel de sus propios compromisos, pero exige que éstas adopten a la mayor brevedad posible los correctivos que sean necesarios para que dicho estado de cosas inconstitucionales sea remediado” (COLOMBIA C. C., T025-2004, 2004)

La ley del más fuerte está en manos de la fuerza armada, no importa de dónde provienen las órdenes, lo único importante es que estos actos de barbarie y de animalidad han desencadenado un quebramiento Constitucional, donde la Democracia y las garantías de los derechos fundamentales son nulas. Por esta razón es importante realizar un diálogo no con la ley del más fuerte sino con la del más débil.

8.8 Territorio Indígena como Factor Cultural

El doctor Carlos Gaviria establece y clarifica que no puede existir un resguardo indígena sin un pueblo indígena que no integre unas características culturales establecidas en convenios y leyes, que en sus palabras establece:

“El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre los territorios que tradicionalmente habitan, comprende el derecho a la constitución del resguardo en cabeza del pueblo indígena. Ahora bien: las actuaciones administrativas orientadas a constituir los resguardos deben partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales; para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo 1º, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2º del Decreto 2001 de 1988”

“Entiéndase por comunidad indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales” (COLOMBIA M. D., 1988)

¿Cómo vincular la cultura a un territorio indígena?, La T 188 de 1993, sentencia de suma importancia porque es de las primeras que otorga una definición y protección de propiedad colectiva:

"El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.....'Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat"

¿Qué es propiedad colectiva para la Corte?, en la T 652 de 1998, sentencia donde se encuentra la ponencia del doctor Carlos Gaviria:

"No sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características".

En este sustrato de la sentencia, encontramos que un elemento esencial sobre la determinación de que es un resguardo indígena es su cosmogonía en pro del desarrollo cultural característica acogida por la ley 21 de 1991.

Podemos concluir que en materia cultural el territorio indígena es fuente cultural, cosmogónica que comprende la identidad reconocida y protegida por el artículo 7 de la Constitución política sobre diversidad étnica y cultural. ¿Todos los resguardos indígenas poseen una cultura e identidad propia?, esta pregunta la contestaré de dos formas, la primera consiste en el estudio jurisprudencial, en primer lugar existen sentencias que muestran la cultura indígena como la SU 510 de 1998 donde la comunidad Ika posee una cosmovisión diferente a la nacional y su gobierno se desarrolla a través de su ley natural o ley de origen; o en el caso de los U'wa frente a Oxy que en palabras de su comunidad contestan

“Todas sus ofertas económicas sobre lo que es sagrado para nosotros, como la tierra o su sangre son un insulto para nuestros oídos y un soborno para nuestras creencias. ¡Este mundo no lo creó el Riowa ni ningún gobierno suyo, por eso hay que respetar! El universo es de Sira y los U'wa únicamente lo administramos, tan solo una cuerda del redondo tejido de ukua (mochila), pero el tejedor es Él. Por eso los U'wa no podemos ceder, maltratar, ni vender la tierra ni su sangre, ni tampoco sus criaturas porque estos son los principios del tejido” (Botero Uribe Ángela, Petróleo Economía y Cultura, Universidad del Rosario edición 2005 impreso en Colombia-printed in Colombia)

CAPÍTULO IV

LUIGI FERRAJOLI Y UN DIÁLOGO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN MATERIA HERMENÉUTICA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA INDÍGENA:

Luigi Ferrajoli:

Nace en Florencia en el año de 1940, Profesor de filosofía del derecho y teoría general de derecho de la Universidad Camerino y en Universidad degli Studi Roma Tre. Ha realizado diversas publicaciones en las que se pueden mencionar Derecho y razón. Teoría garantismo penal; Democracia y garantismo; Los fundamentos de los derechos fundamentales; Garantismo,. Una discusión sobre derecho y democracia, y Razones jurídicas del pacifismo.

De acuerdo a la obra de Miguel Carbonell sobre Derecho y Garantismo, existen dos momentos estelares para Luigi Ferrajoli, el primero es en 1989 en su célebre obra Derecho y Razón,. Teoria del Garantismo Penal; y el segundo momento se ubica a finales del año 2007 cuando aparece con su célebre obra Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Compositor de diversas obras como Teoria assiomaticizzata del diritto maturo , en colaboración con Danilo Zolo (Milan 1978), La cultura giuridica nell'Italia del Novecento (Roma-Bari, 1999) y números ensayos intelectuales sobre el derecho.

En palabras del Perfecto Andrés Ibáñez, Ferrajoli ha sido descrito así:

“Luigi Ferrajoli ocupa hoy un lugar central en la reflexión teórica sobre el derecho; y lo hace de manera muy singular de un modo del que diría no existen precedentes en tal ámbito disciplinar. Porque en este autor se da la más afortunada combinación de rigor lógico-formal y riqueza de contenidos

de formación filosófica y conocimiento jurídico, de empeño cultural y compromiso civil” (CARBONELL, 2008.)

De esta forma se ha proclamado a Luigi Ferrajoli, como un realista crítico, “capaz de dar cuenta de la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre su realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional que ésta debe ceñirse”. (FERRAJOLI, 2009)

Es el mismo Perfecto Ibáñez, quien ha establecido que Luigi Ferrajoli posee tres vectores que se resumen en un estudioso, un jurista práctico y un ciudadano cosmopolita militante, cada uno de estos vectores desarrollan a profundidad el lineamiento de este gran autor que será desarrollado a continuación con el gran respeto y la gran admiración que le es merecido por su vida y obra.

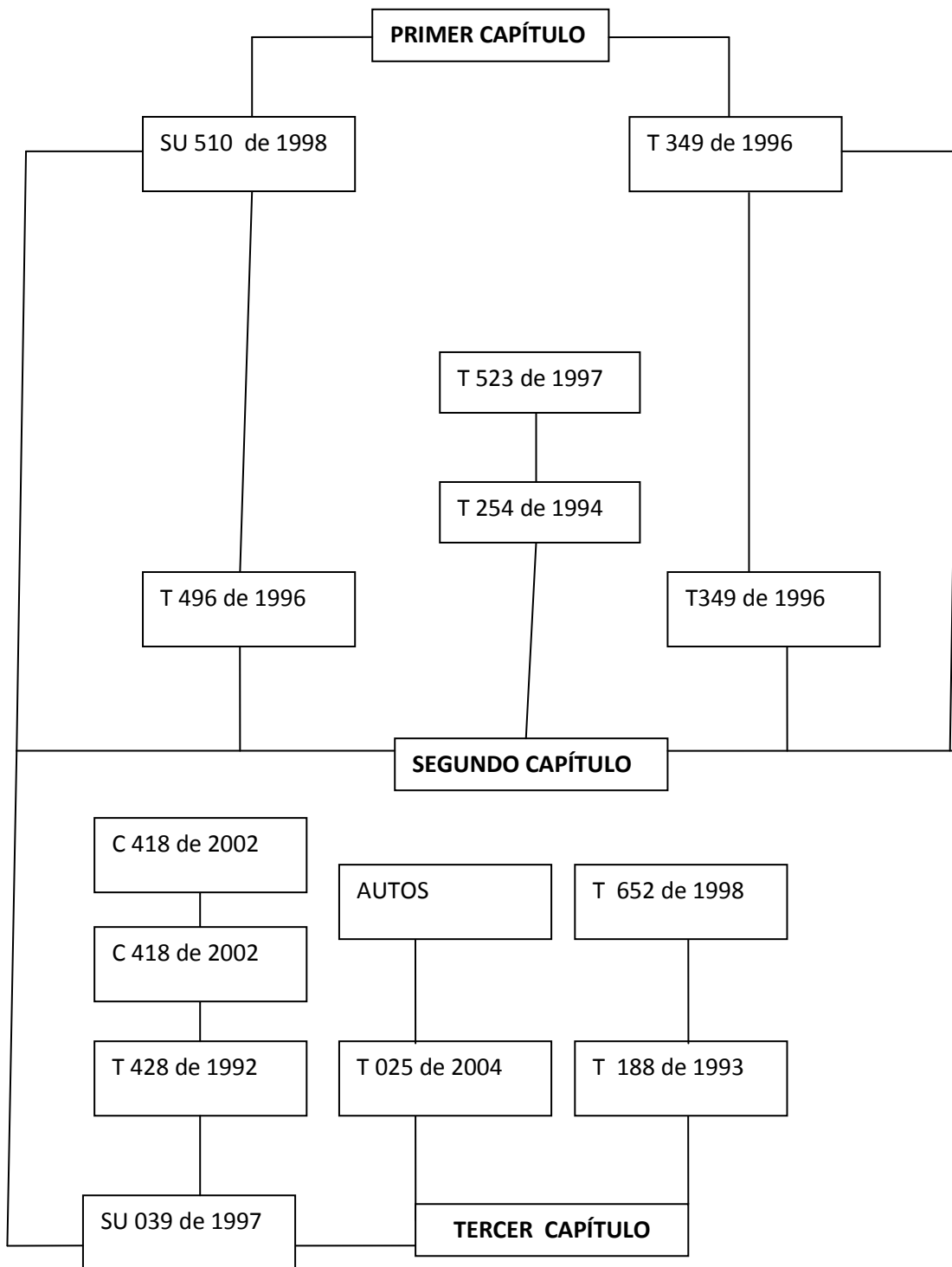
9.1 Lineamientos acogidos para el Desarrollo Luigi Ferrajoli y un diálogo hacia la efectividad del Estado Social de derecho en materia hermenéutica Jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia Indígena.

En este punto se aclarara la metodología que se realizara para la conexión implícita del pensamiento de Luigi Ferrajoli y la hermenéutica acogida en el marco teórico de la tesis.

- a) El marco teórico de la tesis se desarrollo en tres capítulos; El primer capítulo desarrollo el planteamiento sobre la existencia de un Estado Multinacional como forma de diversidad étnica encontrada en la SU 510 de 1998. Este a su vez desarrollo el principio de autodeterminación como eje fundamental para el desarrollo del derecho fundamental sobre la diversidad étnica promulgado en la Constitución Política de 1991 en Colombia.

El segundo y tercer capítulo desarrollo los elementos que conforman el eje fundamental del principio de Autodeterminación que son el Autogobierno y Territorio.

- b) Siguiendo el lineamiento observamos que el desarrollo adoptado procede a dos líneas jurisprudenciales claramente definidas a saber que son las Sentencias de Unificación SU 510 de 1998 y SU 039 de 1997.
- c) Para tener una clara perspectiva de cuáles son las sentencias a estudiar en el dialogo con Ferrajoli se ha desarrollado el siguiente cuadro que desarrolla la jurisprudencia estudiada en los tres capítulos del marco teórico de la tesis:



Para desarrollar el dialogo Ferrajoli frente a la jurisprudencia abordada en los anteriores capítulos, se crearan tres denominaciones del significado de mayoría

- a) Mayoría Frente a la Democracia Constitucional.
- b) Mayoría Frente a los Derechos Fundamentales.
- c) Mayoría Frente a La Ley Del Más Débil:
- d) Realizado el análisis de los anteriores conceptos de acuerdo a Luigi Ferrajoli, se expondrán los ratio decidendi y los orbitun dictum acogido en el marco teórico de la tesis para culminar con el dialogo Ferrajoli y Hermenéutica Jurisprudencial de la Corte Constitucional en Materia indígena SU 510 de 1998 y SU 039 de 1997 y demás jurisprudencia adoptada en el cuerpo de la tesis.

9.2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL:

Para el desarrollo de la siguiente postulación se adoptado el libro de Miguel Carbonell sobre Democracia y Garantismo de Luigi Ferrajoli.

En primer lugar se analizara el concepto antagónico de Democracia Constitucional, que en palabras de Luigi Ferrajoli es la Democracia Mayoritaria o Plebiscitaria.

La democracia mayoritaria se caracteriza por su omnipotencia, en una concepción sobre “la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso” . En consecuencia un rechazo a los límites, mediaciones, contrapesos y controles sustanciales. Una forma de ideología mayoritaria es el presidencialismo, este ha sido desarrollado como una forma de representación de los intereses de la parte vencedora en las elecciones.

Pero debemos partir de la idea que la democracia “implica la ausencia de jefes”, por esa razón hablar de una democracia mayoritaria estamos hablando de una democracia inconstitucional. Análogamente se habla del absolutismo del poder la

corriente del liberalismo, que se ha identificado con una ausencia de reglas y límites a la libertad de empresa. Una idea que rechaza al liberalismo antiguo, ese liberalismo democrático que tutelaba las libertades individuales, el respeto de las minorías y por la defensa de un Estado de derecho consolidado con una clara división de poderes donde la esfera del mercado y la esfera del Estado estaban separados concluyendo en palabras de Ferrajoli “Un Liberalismo Noble”.

“Democracia liberal ha terminado por significar la ausencia de límites tanto a la libertad de mercado como a los poderes de la mayoría, y en consecuencia la convergencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado; la omnipotencia de la mayoría y la ausencia de límites a la libertad de empresa el desdén por las reglas y por los controles tanto en la esfera pública como en la esfera económica” (CARBONELL, Democracia y garantismo Luigi Ferrajoli, 2008)

Al contrario al hablar de una democracia que contiene una clara línea de límites sustanciales y formales, impuesto a todos los poderes en virtud a la consolidación de constituciones, que realizan una postulación donde la democracia es un sistema frágil y a su vez complejo de separación y del equilibrio de poderes, y lo más importante una garantía de los derechos fundamentales estamos hablando de Democracia Constitucional como una “Regla de la mayoría y la del mercado” donde su discrecionalidad es reducida y condicionada a la garantía de los derechos fundamentales de todos.

El nuevo paradigma de democracia constitucional surge entre 1945-1949 ulterior a la derrota del nazismo y el fascismo. Épocas donde se construyen la Carta de Naciones Unidas (1945), Declaración de los derechos fundamentales (1948), La Constitución Italiana y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1948); donde el termino Constitución es adoptada como un límite al poder y garantía de los derechos fundamentales como es consagrado en el artículo 16 de La Declaración de los Derechos del Hombre en 1789.

Esta innovación está dirigida frente al principio de rigidez constitucional, donde la Constitución es tomada como una norma “supraordenada a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma y, por otro, de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales”. Concluyendo que la soberanía interna está sometida a la norma constitucional.

9.3 CAMBIO DE PARADIGMA:

Como se estableció el nuevo Paradigma de Constitución rígida sustituye al sistema paleopositivista del Estado liberal preconstitucional, para entender este cambio se estudiara el libro de Miguel Carbonell sobre Democracia y Garantismo de Luigi Ferrajoli y anexando el ensayo Pasado y Futuro del Estado de Derecho postulado por Luigi Ferrajoli, encontrado en el libro Neoconstitucionalismo de Miguel Carbonell y también será abordado el libro Derechos y Garantías la ley del más débil de Luigi Ferrajoli.

Al hablar de un derecho por encima del derecho y ya no de una simple forma de producción del derecho, sino por el contrario un programa de contenidos sustanciales donde los principios constitucionales y derechos fundamentales son el fin de todas las normas y leyes hablamos de una constitución que en palabras de Luigi Ferrajoli establece:

“Se trata de la convención democrática acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y bien por qué otras no pueden no ser decididas”. (CARBONELL, Democracia y garantismo Luigi Ferrajoli, 2008)

Este cambio se produce frente a los siguientes puntos:

- 8.3.1 Validez de las leyes: Este es el primer cambio estudiado por Ferrajoli, donde no solo cambia el procedimiento sobre su formación, sino que

también cambia su contenido en otras palabras el contenido sustancial. De esta forma, la validez de la ley debe tener plena coherencia con el contenido y los principios constitucionales. Para aclarar la anterior postulación se debe tener en cuenta que es racionalidad formal y racionalidad sustancial expuesta en el libro Derechos y Garantías la ley del más débil de Luigi Ferrajoli:

- a) Racionalidad Formal y Racionalidad sustancial: Al hablar de forma hacemos relación a la competencia y el procedimiento realizado para la formación de leyes. Esta concepción es caracterizada por la analogía entre existencia y validez. Pero en un Marco Garantista Constitucional donde ya no solo la forma es afectada por la Constitución sino su sustancia, en otras palabras son los derechos fundamentales los que limitan al poder legislativo excluyéndole o imponiéndole determinados contenidos. Así por ejemplo ninguna ley puede violar el derecho a la vida porque sería inconstitucional así esta exista formalmente. En Palabras de Ferrajoli, llamamos forma a la vigencia de las leyes y denominamos validez al significado de estas mismas que tienen coherencia con las normas sustanciales como son los derechos fundamentales. Así el modelo garantista no es otra cosa que una doble sujeción a la validez y a la vigencia.

- 8.3.2 Naturaleza de la Democracia: Este cambio surge en la incorporación de obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, en otras palabras la incorporación de una “dimensión sustancial” a la esfera política donde “qué no se puede ser decidido o debe ser decidido por toda la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos por ella”.

En este punto se debe analizar que es Democracia Formal y que es Democracia Sustancial comprendida en el libro Derechos y Garantías la ley del más débil de Luigi Ferrajoli:

a) Democracia Formal y Democracia Sustancial: Al hablar de forma en la democracia se habla de quién, y al cómo de las decisiones que es garantizado por normas formales que disciplinan la forma de las decisiones “voluntad de la mayoría”. Término muy diferente al empleado por la Democracia Sustancial, como sistema garantista, que se refiere al “qué” no puede ser decidido o al “qué” debe decidirse por cualquier mayoría, garantizado las normas sustanciales, en pro al respeto de los derechos fundamentales y los principios axiológicos establecidos en la Constitución

8.3.3 Naturaleza de la Jurisdicción: Este cambio es presentado frente a la relación Juez y Ley, donde el juez ya no es sujeto a la ley sin importar el significado, sino que por el contrario el juez tiene el deber de realizar una reinterpretación de la ley frente a la constitución. Así la ley será aplicada siempre y cuando esté de acuerdo con la Constitución, de caso contrario el Juez debe denunciar su inconstitucionalidad.

Frente a este papel garante se habla del papel del juez y la legitimación democrática de su independencia encontrado en el libro Derechos y Garantías la ley del más débil de Luigi Ferrajoli:

a) El papel del juez y la legitimación democrática de su independencia: En un modelo Constitucional garantista la validez no está asociada a su mera existencia, sino que por el contrario la función del juez es observar la plena coherencia de la ley y la Constitución. La sujeción del juez a la Constitución, propende un papel garante de los derechos fundamentales, donde el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia, es la garantía que un juez imparcial e independiente de cualquier mayoría (legislativo-ejecutivo), desempeñando el papel de interventor en la reparación de cualquier injusticia sufrida pese a que la mayoría se una contra él.

8.3.3 Ciencia jurídica: Este cambio es producido por un enfoque crítico y explicativo y no solamente descriptivo. Así la Constitución no

solamente impone la forma de producción legislativa sino que además impone prohibiciones y obligaciones del contenido, cuya violación genera antinomias y lagunas que la ciencia jurídica debe constatar para ser eliminadas o corregidas.

Este cambio es complejo por eso su explicación se encuentra en el libro Derechos y Garantías la ley del más débil de Luigi Ferrajoli:

MAYORIA Frente a la Democracia Constitucional: En el primer acercamiento al término Mayoría, se establecerá que esta es determinada por una decisión tanto desde la esfera del derecho público, como desde la esfera privada, que traspasa los límites constitucionales y vulnera los derechos fundamentales. En este punto podemos otorgar el carácter de Inconstitucionalidad a toda decisión política y de mercado que desconozca y omita la aplicación de la Constitución como esfera de lo indecible.

9.4 GARANTISMO CONSTITUCIONAL

Para entrar hablar de que es garantía se debe clarificar que todo Estado Constitucional es imperfecto, esta imperfección es producto de una normatividad incoherente, y de la existencia de antinomias o lagunas, como lo establece Luigi Ferrajoli:

“Un Estado Constitucional de derecho es por su naturaleza imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más, la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el Estado absoluto, poco importa si políticamente democrático, donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas

establecidas por el ordenamiento, es por eso sólo válida". (CARBONELL, Democracia y garantismo Luigi Ferrajoli, 2008)

Las garantías son técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre la normatividad y efectividad, y como resultado el maximizar la eficacia de los derechos fundamentales en coherencia a la Constitución.

Se estableció anteriormente que el papel de la democracia constitucional ha modificado el paradigma paleopositivista. Este cambio ha sido presentado frente cuatro factores, el primero se refiere a la validez de las leyes y la racionalidad formal y racionalidad material; El segundo se refiere a la Naturaleza de la Democracia en su cambio de Democracia Formal a una Democracia Sustancial. El tercer Factor desarrolla la naturaleza de la Jurisdicción y el papel del juez y la legitimación democrática de su independencia; y por último el cambio sobre la Ciencia jurídica.

Desarrollado el garantismo como Democracia Constitucional, se abordará el Garantismo en los Derechos Fundamentales.

9.5 DERECHOS FUNDAMENTALES

Para desarrollar este punto se analizara la obra de Miguel Carbonell sobre Democracia y Garantismo de Luigi Ferrajoli y el ensayo Sobre los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli encontrado en el libro Teoría Neoconstitucional Edición Miguel Carbonell y el libro Derechos y Garantías la ley del más débil de Luigi Ferrajoli.

Está claro que la Democracia Constitucional, limita al poder y garantiza los derechos fundamentales, pero hasta el momento no se ha establecido ¿Cuáles son esos derechos?, a esta pregunta Luigi Ferrajoli le da tres respuestas:

- a) Teoría del Derecho: la primera respuesta otorgada por el autor es la ofrecida por la teoría del derecho, esta establece que los derechos fundamentales están adscritos universalmente a todas las personas físicas, en cuanto ciudadano ó en cuanto a capaces de obrar, y por ende son inalienables e imprescriptibles. De hecho esta respuesta no establece cuales son sino qué son los derechos fundamentales, construyendo una estructura lógica de la forma del derechos fundamental pero no dice nada sobre su contenido.
- b) Formal o Estructural: Esta definición comprende la universalización de los derechos fundamentales, que poseen el carácter de inalienables e indisponibles y están contemplados en el marco constitucional, leyes fundamentales o derecho internacional como en la Declaración Universal de los Derechos Fundamentales de 1948.

Para comprender la ponencia de que son Derechos Fundamentales para Luigi Ferrajoli se debe analizar sus cuatro tesis encontradas en su obra Derecho y Garantías:

9.5.1 Derechos Fundamentales y Derechos Patrimoniales: En este punto Luigi Ferrajoli desarrolla una ponencia frente a las cuatro diferencias estructurales entre Derechos Fundamentales y Derechos patrimoniales, a saber:

- a) La primera diferencia encontrada es que los derechos fundamentales son universales y en consecuencia reconocidos a todos en igual forma y medida a diferencia de los derechos patrimoniales que son singulares, y en consecuencia poseen un titular determinado que excluye a los demás. Los derechos Fundamentales forman la igualdad en derecho “égalité en droits” y los otros son exclusivos, en otras palabras la desigualdad en derecho “inégalité en droits”.
- b) La segunda diferencia se establece al estipular que los Derechos Fundamentales son indisponibles, inalienables, intransigibles, inviolables

y personalísimos. En cambio los Derechos Patrimoniales, son disponibles por su naturaleza y por ende alienable y negociable. Estos se acumulan y por ende “No cabe llegar hacer jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse más ricos”.

Cuando se habla que los derechos fundamentales son indisponibles, hablamos de que estos son sustraídos de decisiones políticas como de mercado. Así la “Indisponibilidad Activa” es sinónima al carácter de inalienable y la “Indisponibilidad Pasiva”, hace referencia a que ninguna mayoría por aplastante que sea puede privarle.

- c) La tercera diferencia encontrada es que los Derechos Fundamentales son “normas” y los Derechos Patrimoniales son “predispuestos por normas”. Las primeras denominadas “Normas Téticas” ya que de forma inmediata se dispone de las expresiones formuladas por ella por ejemplo la libertad. Y las segundas se las denomina “Normas Hipotéticas”, que no adscriben o imponen inmediatamente nada, ya que solo predisponen situaciones jurídicas.
- d) Los Derechos Fundamentales están en una esfera pública y los Derechos Patrimoniales, están en una esfera privada.

9.5.2 Derechos Fundamentales y Democracia Sustancial: Los Derechos Fundamentales configuran un vínculo sustancial normativamente impuesto que no puede ser desconocido ni por la mayoría ni por el mercado. Por su sustancia se puede establecer que los derechos fundamentales imponen prohibiciones como los derechos de libertad o los derechos que imponen obligaciones al legislador como son los derechos sociales.

De esta forma los Derechos fundamentales circunscriben la esfera de lo indecible, “de lo no decidible de que y de lo no decidible de que no”.

9.5.3 Derechos Fundamentales y Ciudadanía: Los Derechos Fundamentales no tienen ciudadanía sino que por el contrario estos son supraestatales.

9.5.4 Derechos Fundamentales y Garantías: Para la existencia de Garantías están deben ser dictadas para obligar o prohibir. Ferrajoli distingue dos clases de garantías a saber:

- a) Garantías Primarias: “La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular” en otras palabras “No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra”.
- b) Garantía Secundaria: es referente al derecho subjetivos al “deber que”, donde el juez hace aplica la sanción en caso de incumplimiento.

Estas Garantías fueron postuladas para dar efectividad a los derechos fundamentales y satisfacer los derechos sociales, imponiendo límites y obligaciones al poder, pero lamentablemente el Estado no ha aceptado esta realidad y la esconde a través de una discrecionalidad incoherente al texto constitucional y complaciente a sus necesidades.

9.6) MAYORIA Frente los Derechos Fundamentales

Aprovechamiento del factor nomodinámico del derecho, que procura la satisfacción individual o colectiva de intereses patrimoniales desconociendo los límites y obligaciones impuestas por los derechos fundamentales.

Para completar la definición sobre Mayoría y los derechos fundamentales entraremos analizar los criterios que identifican que derechos “deben ser garantizados” de acuerdo a la obra democracia y garantismo de Miguel Carbonell:

- 9.6.1 Derechos Fundamentales y Paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos: Este criterio desarrolla “el nexo entre derechos

fundamentales y paz”. Se parte de la ponencia que la violación sistemática de los derechos fundamentales justifica el conflicto, los derechos que deben ser garantizados y protegidos son el derechos a la vida, integridad y libertad personal anexando los derechos sociales que garantizan la supervivencia como son los de salud, educación, subsistencia y previsión social que desarrollan los mínimos vitales que en palabras de Ferrajoli “La paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más están extendidas y son efectivas las garantías de los derechos vitales”.

En el nexo paz y derechos fundamentales, se debe abordar el significado de autodeterminación de los pueblos. Este término ha sido desarrollado en el artículo 1 de los dos pactos de 16 de diciembre de 1966 al establecer “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud a este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural” agregando “En ningún caso podrá privarse a un pueblos de sus propios medios de subsistencia”. En este contexto de ideas Ferrajoli relaciona al principio de autodeterminación como un derecho complejo de autonomía que lo desarrolla en dos dimensiones. La primera la denomina “autodeterminación interna”, que está implicada con decidir libremente su ordenamiento democrático a través del ejercicio de derechos políticos. Y la segunda dimensión la denomina “autodeterminación externa”, que es más complejo que el anterior debido a que es su realización esta en el marco internacional.

El problema surgente de este derecho de Autodeterminación analizado en el primer capítulo y desarrollado sus elementos en el segundo y el tercer capítulo de la tesis (en el marco indígena en Colombia), es el peligro a emplear el derecho de autodeterminación como un derecho de secesión por la inclusión y exclusión de minorías en la figura ficticia del Estado Nación.

9.6.2 Derechos fundamentales e igualdad. Las diferencias culturales: este segundo criterio desarrolla el nexo entre derechos fundamentales e igualdad, aduciendo a un doble sentido entre las diferencias personales y la reducción de las desigualdades materiales.

- a) Diferencias Personales: En este sentido se parte de la inexistencia de una homogenización cultural en un Estado. En la realidad es inexistente el presupuesto de que un Estado está consolidado a través de una sola lengua o una sola cultura. Este problema también se extiende a las clases sociales, donde por ejemplo los grupos indígenas y las empresas capitalistas chocan ante una democracia mayoritaria.
- b) Igualdad: En este punto se habla de “La igualdad en Derechos Humanos, como garantía de todas las diferencias de identidad personal”. En consecuencia se habla de igualdad como la participación de seres humanos que ostentan la potestad de sus derechos fundamentales, en el diálogo garante de asociados, guiado por el principio de Tolerancia, anulando las exclusiones recíprocas como las diferencias étnicas, religiosas, nacionales etc.

En este punto se puede dar continuidad al término mayoría y derechos fundamentales:

MAYORIA Frente los Derechos Fundamentales: Es un pronunciamiento antagónico hacia la promulgación de la paz, que incita al conflicto por el desconocimiento y deterioro de los derechos más preciados del hombre y de la mujer que por igual condición son llamados hacer parte de la gran esfera de los derechos fundamentales.

9.7) Los Derechos Fundamentales como las Leyes del más Débil.

Antes de entrar hablar del último factor garante de la efectividad del Estado Social de Derecho en Colombia con respecto a los pueblos indígenas haciendo énfasis a la teoría de Luigi Ferrajoli, se debe recordar que la Ley del más débil es el tercer y último factor que compone que derechos “deben” ser garantizados como fundamentales.

Se parte de la premisa, de que la mayoría de los derechos en contra la opresión y la discriminación, han sido otorgados por luchas y revoluciones, donde el más débil solicita la consolidación de derechos que limitan y garantizan la defensa de sus derechos frente a los más fuertes personificados en mayorías, reyes, iglesia y otros poderes que someten a la humanidad. Estos límites y garantías han sido consagrados en los derechos fundamentales que son sinónimo de “La ley del más débil”

Al establecer axiológicamente que “la ley del más débil” identifica a los derechos fundamentales, Luigi Ferrajoli pretende contestar dos aporías, la primera es referente a la teoría antropológica del “relativismo cultural y la segunda sobre la sociológicas y vagamente comunitarias de la ciudadanía”.

- a) Primera Falacia del Relativismo Cultural: Este paradigma es enfocado hacia la ponencia de que los derechos fundamentales son impuesto por la cultura occidental, desconociendo el respeto hacia otros pueblos. Luigi Ferrajoli responde a la crítica realizada al “universalismo de los derechos por el relativismo cultural” como una falacia de tipo lógico y meta-ético, explicando que al hablar de universalismo se contesta un significado normativo de igual valor personal, cultural y ético de su ser y de su hacer. Y frente al relativismo cultural, expresa que este a su vez está viciado por un exceso extremista de universalismo donde “cualquier cultura, cualquier ética, cualquier acción éticamente motivada debería respetarse en cuanto dotada de igual valor”.

Al extremismo universalista se le atribuye el carácter de falacia meta-ética del relativismo cultural, donde la tesis ética y normativa sobre un igual valor, se resuelve en una negación o una disolución de todas las éticas y sus relativas culturas. La base individualista del universalismo ético de los derechos fundamentales es trasladado a un nivel de valoración cultural donde “el relativismo cultural es el equivalente antropológico del relativismo moral”, que deja como resultado la aceptación de cualquier moral incluidas las fundadas sobre la desigualdad y la opresión.

- b) Segunda Falacia del Relativismo Cultural: La segunda falacia es de “tipo jurídico” o “meta jurídico”, donde se hace referencia a la crítica de que los “derechos universales No son universalmente compartidos”. En primer lugar se establece que los derechos fundamentales y el principio de igualdad son dos cosas a la vez, una tomada como doctrina ética, cuya forma es expresada en el imperativo categórico Kantiano (actúa como si la máxima de tu actuación tuviera el valor de una máxima universal). Y la otra como convención jurídica donde los derechos fundamentales son creados para tutelar a los individuos contra la ley del más fuerte denominada por Ferrajoli como la “ley del más débil”. La falacia en este punto es concebir “el universalismo de los derechos como teoría y convención jurídica y el mismo universalismo como doctrina moral” suponiendo la aceptación de el primero sobre el segundo. Pero en ningún momento la doctrina moral debe ser aceptada universalmente por la convención jurídica, ya que las normas sobre derechos fundamentales aceptan la existencia de otras culturas y el respeto a quienes pertenecen a ella, es así como uno de los primeros derechos que promueven el respeto de las demás culturas, es el reconocimiento de la libertad de conciencia y religiosa.
- c) Tercera Falacia del Relativismo Cultural: Continuando el contexto anterior sobre confundir la doctrina ética y la convención jurídica de los derechos fundamentales, Ferrajoli la asimila al confundir el Derecho y Moral ponencia que está excluida en el Garantismo Constitucional.

- d) Cuarta Falacia del Relativismo Cultural: esta se refiere entre la convención jurídica y sus condiciones de efectividad, o sea “Entre el punto de vista jurídico interno, referido a la normatividad del derecho, y el punto de vista sociológico externo, que se refiere a su efectividad”. Partimos de que la Convención Jurídica (ley del más débil), excluye el deber de una adhesión moral. Esta adhesión ésta representada en una condición pragmática, donde el sentido cívico o el sentido común que dan efectividad al derecho. Pero ese sentido común y cívico es materia de la sociología, que no es pretendido por las convenciones constitucionales que garantizan el respeto de todas las identidades, en palabras de Luigi Ferrajoli “El paradigma del Estado Constitucional no puede imponer las condiciones pragmáticas de su propia efectividad”.
- e) Quinta Falacia del Relativismo Cultural: Esta última falacia comprende la confusión entre Derecho y Democracia Mayoritaria., donde la norma es legal si es aceptada por la mayoría. Esta teoría radica primordialmente en que los derechos fundamentales no están sujetos a los poderes de la mayoría, sustrayéndolos de la órbita política ya que como derechos fundamentales son inviolable, indisponible e inalienables.

MAYORIA Frente a la ley del más débil: Desconocimiento del principio de Igualdad como umbral de la tolerancia en el diálogo entre la diversidad cultural., Imponiendo la Ley del Más Fuerte, como fuente del poder mayoritario o superior, a culturas intermedias o minoritarias por considerarlas inferiores.

9.8) Sentencias que desarrollan el Diálogo con Luigi Ferrajoli:

Para Desarrollar el dialogo Ferrajoli frente a la hermenéutica jurisprudencial de las sentencias encontradas en el marco teórico de la tesis, se analizara de tres enfoques:

- A) Se analizaran por separado las sentencias componentes de los capítulos integradores de la tesis.
- B) La Su 510 de 1998 y SU 039 de 1997 serán las centrales para el diálogo Efectividad de un Estado Social de Derecho serán analizadas de último.
- C) Para abreviar el trabajo del estudio de cada una de las sentencias ya desarrollada en los capítulos anteriores se adopta la realización de cuadros donde se observe el ratio decidendi y orbitun dictum adoptadas en el trabajo de la tesis.

Sentencias Capítulo 2

T 254 de 1994	
Orbitun Dictum	Ratio Decidendi
<p>Significado de Comunidad:</p> <p>1) Las comunidades indígenas no son una asociación Sino que son UNA REALIDA HISTORICA.</p> <p>Destierro Política de Autodeterminación Externa:</p> <p>1) Naturaleza del destierro: “expulsión del territorio del Estado y no la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio que no exhiben el carácter de naciones”</p> <p>Proporcionalidad al debido Proceso:</p> <p>1) La pena impuesta no acepta la confiscación.</p>	<p>Principios y reglas surgentes a la tensión entre régimen político unitario republicano y autonomía de las comunidades indígenas :</p> <p>1) Fortalecimiento de la Unidad Nacional: “Conservación de la diversidad en la unidad “</p> <p>2) Reglas que condicionan la jerarquía de los usos y costumbres de las comunidades indígenas :</p> <p>a) A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”</p> <p>b) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos.</p> <p>c) Las normas legales imperativas</p>

	<p>(de orden público) de la republica priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.</p> <p>d) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre la normas legales dispositivas.</p> <p>3) La jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que lo habilite.</p> <p>4) Primacía de los derechos fundamentales.</p>
--	---

T 349 de 1996	
Orbitun Dictum	Ratio Decidendi
<p>Definición de Cultura:</p> <p>1) Para considerar que existe una etnia deben existir dos condiciones, una subjetiva y una objetiva. La primera contesta a la conciencia étnica y el segundo es un campo material que hace</p>	<p>Regla de ponderación de la autonomía indígena:</p> <p>1) La maximación de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto la minimización de las restricciones”</p> <p>a) Que se trate de una medida</p>

<p>relación básicamente “al conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana”.</p> <p>Minimización de la jurisdicción especial, Derecho a la vida, prohibición a la tortura y esclavitud y debido proceso.</p> <p>1) Inclusión Antropológica, Estudio del sistema EMBERA-CHAMI (Carlos César Perafán y Luis José Azcarte)</p> <p>a) Cosmovisión Embera Chami</p> <p>b) Inclusión de Conceptos Antropológicos.</p> <p>c) Sistema Jurídico Embera Chami.</p> <p>d) Sanción Embera Chami Homicidio.</p> <p>2) Tipificación del delito por parte de los Embera-Chami</p>	<p>necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía</p> <p>b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas</p> <p>Minimización de la jurisdicción especial, Derecho a la vida, prohibición a la tortura y esclavitud y debido proceso.</p> <p>.1) “Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse no obstante dos conclusiones erradas en esta formulación. Por una parte el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver</p>
--	---

<ul style="list-style-type: none"> a) Tipificación e integridad personal. 3) Debido Proceso <ul style="list-style-type: none"> a) Autoridad Ancestral b) Jurisdicción Especial c) Usos y Costumbres d) Inexistencia de la cultura Occidental e) Tipificación. 	<p>completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte”</p>
---	---

4)

T 496 de 1996	
Orbitun Dictum	Ratio Decidendi
<ul style="list-style-type: none"> 1) Dialogo Intercultural 	<ul style="list-style-type: none"> 2) Fuero Territorial y Fuero Personal 3) La calidad del indígena como factor de inimputabilidad es incompatible con el espíritu pluralista que informa la Constitución de 1991

5)

T 523 de 1997	
Orbitun Dictum	Ratio Decidendi
<p>Estudio Antropológico:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Replanteamiento del estudio 	<ul style="list-style-type: none"> 1) Los procedimientos de las comunidades indígenas en este

<p>antropológico de la comunidad Paéz. (Esther Sánchez)</p> <ol style="list-style-type: none"> 2) Simbología del castigo. 3) Aceptación del destierro Evolución Constitucional 4) Principio de Metamorfosis 5) Cultura Diferente a la Occidental 	<p>caso la comunidad Paéz “será la única en que podrá restablecer este equilibrio roto. Al ser públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva que, busca disuadir a los demás miembros de la comunidad cometer faltas en el futuro y en el acusado reincidir”</p> <ol style="list-style-type: none"> 2) Se acepta el fuste y el destierro como castigo de la comunidad de Paéz.
--	---

Sentencias Capítulo 3

1)

T 025 de 2004	Autos
<ol style="list-style-type: none"> 1) Sentencia Dirigida Hacia el problema del Desplazamiento forzado en Colombia. 2) Declaración del Estado de cosas Inconstitucionales por las siguientes razones: <ol style="list-style-type: none"> a) Vulneración de los derechos fundamentales. b) Elevado número de acciones de tutelas. c) Incorporación de la tutela como procedimiento administrativo. 	<p>Auto 004 de 2009:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Se encuentra la cruda realidad que cruzan los pueblos indígenas al afirmar que no menos de treinta etnias que se encuentran en peligro de su exterminio total. b) “Programa de Garantía de los derechos de los Pueblos Indígenas afectados por el desplazamiento” 6 meses para su realización. c) Menciona que la función del

<p>d) Omisión de la autoridad por no adoptar los procedimientos necesarios por problemas de coordinación, insuficiencia de recursos, obstáculos administrativos, trámites y procesos innecesarios, diseño ineficiente de políticas.</p> <p>e) La vulneración de los derechos no es imputable a una sola autoridad ya que son varios órganos del Estado como nacionales y locales que no se han asegurado de la disponibilidad de recursos para asegurar la población desplazada.</p> <p>f) Fallas estructurales frente a las normas y los medios para cumplirlos por insuficiencia de recursos.</p> <p>3) Reporte ONIC: Junio de 2006 más del 90% de la población indígena es desplazada.</p> <p>4) Reporte CECOIN(2006): el desplazamiento ha aumentado 5100 personas en 2002, 4602 personas en el 2003, 7901 de 2004, 23700 en el 2005y 5487 en el 2006.</p> <p>5) “Para la Corte Constitucional, en fin, es claro que la afectación de</p>	<p>Estado es normativizar e idealizar el conflicto, que llevándolo a la realidad no es desarrollado de forma absoluta, sino precariamente.</p> <p>d) Directriz para la prevención y atención integral de la población indígena en situación de desplazamiento y riesgo, con enfoque diferencial.</p> <p>Auto 092 de 2008:</p> <p>e) Existen otras formas de genocidios hacia los pueblos indígenas en Colombia como los falsos positivos, señalamientos, minas quiebra patas, ocupación del territorio por parte de fuerzas ilegales o la misma fuerza pública, prostitución obligada, violaciones sexuales, asesinato de líderes de las comunidades, usurpación de los recursos vitales para la conservación de los resguardos, confinamientos y reclusión forzada de los niños indígenas.</p> <p>Auto 258-08:</p> <p>a) Consecuencias: pobreza, falta de alimento, falta de salud,</p>
---	--

<p>los pueblos indígenas por el conflicto armado constituye un proceso destructivo de la diversidad étnica y cultural del país, que es invisible para la sociedad y el Estado Colombiano”.</p> <p>6) Modalidades del desplazamiento ONIC:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Desplazamiento masivo hacia cabeceras municipales o ciudades. b) Desplazamiento progresivo gota a gota hacia otras ciudades. c) Desplazamiento itinerante a otros sitios del territorio, otras comunidades u otros grupos étnicos. d) Desplazamientos desde territorios constituidos no constituidos en resguardos hacia otros resguardos. 	<p>invisibilidad del censo entre otros.</p> <p>Auto 210 de 2010:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Declara que el desplazamiento tiene un efecto Inter Comunis, esto quiere decir que los desplazados que iban hacer indemnizados por acción social y cooperación internacional deben suspender las indemnizaciones ganadas por vía de tutela, ya que se vulneraria en derecho de igualdad frente a los desplazados que no acudieron a esta acción.
--	--

T188 de 1993	T 652 de 1998
Definición de Propiedad Colectiva	Que es Propiedad Colectiva: “No sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características”. En este sustrato de la sentencia, encontramos que un elemento esencial sobre la determinación de que es un resguardo indígena es su cosmogonía en pro del desarrollo cultural característica acogida por la ley 21 de 1991.

9.9 Luigi Ferrajoli y un diálogo hacia la efectividad del Estado Social de derecho en materia hermenéutica Jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia Indígena:

Para realizar este Diálogo se tendrá en cuenta las definiciones de Mayoría surgentes del análisis de la teoría de Luigi Ferrajoli, a saber:

9.9.1 MAYORÍA Frente a la Democracia Constitucional: En el primer acercamiento al término Mayoría, se establecerá que esta es determinada por una decisión tanto desde la esfera del derecho público, como desde la esfera privada, que traspasa los límites constitucionales y vulnera los derechos fundamentales. En este punto podemos otorgar el carácter de Inconstitucionalidad a toda decisión política y de mercado que desconozca y omita la aplicación de la Constitución como esfera de lo indecible.

9.9.2 MAYORIA Frente los Derechos Fundamentales:

- a) Aprovechamiento del factor nomodinámico del derecho, que procura la satisfacción individual o colectiva de intereses patrimoniales desconociendo los límites y obligaciones impuestas por los derechos fundamentales

- b) Es un pronunciamiento antagónico hacia la promulgación de la paz, que incita al conflicto por el desconocimiento y deterioro de los derechos más preciados del hombre y de la mujer que por igual condición son llamados hacer parte de la gran esfera de los derechos fundamentales

9.9.3 MAYORIA Frente a la ley del más débil: Desconocimiento del principio de Igualdad como umbral de la tolerancia en el diálogo entre la diversidad cultural., Imponiendo la Ley del Más Fuerte, como fuente del poder mayoritario o superior, a culturas intermedias o minoritarias por considerarlas inferiores.

Es claro que el camino hacia la efectividad del Estado Social de Derecho en Colombia es rechazar el término mayoría, cuando esta se contrapone a la Democracia, a los Derechos Fundamentales y se impongan como la Ley del Más Fuerte. A continuación se presentará un cuadro que identifica los pronunciamientos hermenéuticos de la corte como en pro de la democracia constitucional, derechos fundamentales y la ley del más débil.

T 254 de 1994 Vs Mayoría		
Democracia Constitucional	Derechos Fundamentales	ley del más débil
1) Fortalecimiento de la Unidad Nacional: "Conservación de la diversidad en la unidad "	1) Reglas que condicionan la jerarquía de los usos y costumbres de las comunidades indígenas: a) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para	1) Las comunidades indígenas no son una asociación Sino que son UNA REALIDA HISTORICA. 2) Reglas que condicionan la jerarquía de los usos y costumbres de las comunidades indígenas:

	<p>todos</p> <p>b) Las normas legales imperativas (de orden público) de la republica priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural</p> <p>c) A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”</p> <p>d) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre la normas legales dispositivas</p> <p>2) Primacía de los derechos fundamentales</p>	<p>a) A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”</p> <p>b) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre la normas legales dispositivas</p> <p>c) La jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que lo habilite</p>
--	--	---

T 349 de 1996 Vs Mayoría		
Democracia Constitucional	Derechos Fundamentales	Ley del más débil

<p>1) Inclusión Antropológica, Estudio del sistema EMBERA-CHAMI (Carlos César Perafán y Luis José Azcarte)</p> <p>a) Cosmovisión Embera Chami</p> <p>b) Inclusión de Conceptos Antropológicos.</p> <p>c) Sistema Jurídico Embera Chami.</p> <p>d) Sanción Embera Chami Homicidio.</p>	<p>1) Minimización de la jurisdicción especial, Derecho a la vida, prohibición a la tortura y esclavitud y debido proceso</p>	<p>1) La maximación de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto la minimización de las restricciones”</p> <p>a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía</p> <p>b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas</p> <p>2) Tipificación del delito por parte de los Embera-Chami</p> <p>a) Tipificación e integridad personal.</p> <p>b) Debido Proceso</p> <p>a) Autoridad Ancestral</p> <p>b) Jurisdicción Especial</p> <p>c) Usos y Costumbres Inexistencia de la cultura occidental</p> <p>d) Tipificación.</p>
---	---	--

T 496 de 1996 Vs Mayoría		
Democracia Constitucional	Derechos Fundamentales	Ley del más débil
1) Dialogo Intercultural	2) Fuero Territorial y Fuero Personal	

T 523 de 1997 Vs Mayoría		
Democracia Constitucional	Derechos Fundamentales	Ley del más débil
1) Replanteamiento del estudio antropológico de la comunidad Paéz. (Esther Sánchez) 2) Simbología del castigo. 3) Aceptación del destierro 4) Evolución Constitucional 5) Principio de Metamorfosis Cultura Diferente a la Occidental		1) Los procedimientos de las comunidades indígenas en este caso la comunidad Paéz “será la única en que podrá restablecer este equilibrio roto. Al ser públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva que, busca disuadir a los demás miembros de la comunidad cometer faltas en el futuro y en el acusado reincidir” 2) Se acepta el fute y el destierro como castigo de la comunidad de Paéz

9.10) DIÁLOGO Segundo capítulo:

Para proseguir con el desarrollo de este diálogo se debe aclarar que en la ponencia de Luigi Ferrajoli los Derechos Fundamentales y La Ley del más Débil entran en un mismo contexto. Dentro del trabajo existe una separación pero fue necesaria para dar cumplimiento al objetivo propuesto en la tesis.

9.10.1 En la primera sentencia en estudio la T254 de 1994, se observa que el diálogo de la Corte Constitucional contra las decisiones de las mayoría, comienza del principio de Diversidad en la Unidad, a primera vista este principio puede ser tomado como un instrumentó mayoritario de la Nación, pero no es así por el desarrollo hermenéutico de este principio. De Esta forma para dar aplicabilidad a este principio la Corte Constitucional estipuló 5 reglas sobre como los usos y costumbres de los pueblos indígenas deben ser operados, y frente al diálogo subdivididas en dos partes:

a) Derechos Fundamentales Frente a la Mayoría: Las primeras dos reglas es sobre el reconocimiento de los Derechos Fundamentales como límites tanto para la jurisdicción especial de las comunidades indígenas y para la jurisdicción ordinaria. Declarando la Corte Constitucional el reconocimiento de los derechos fundamentales como mínimo obligatorio para todos. Y de igual forma establece que ninguna norma imperativa de orden público puede primar sobre los usos y costumbres de los pueblos indígenas a menos que protejan un valor constitucional superior al de diversidad étnica y cultural.

En el diálogo se establece claramente que el universalismo de los derechos fundamentales son los límites del factor nomodinámico tanto para la jurisdicción especial indígena como para la jurisdicción ordinaria.

b) Ley del más débil frente a la Mayoría: En primer lugar se habla sobre las comunidades indígenas como realidades históricas que ostentan sus propios usos y costumbres y estos son condicionados a su vez por un principio interno que establece que a mayor conservación de usos y

costumbres mayor autonomía. Y la exclusión de dos principios externos, la exclusión de la ley como fuente de los usos y costumbres indígenas y la exclusión sobre normas dispositivas.

Frente al Diálogo se puede establecer que estos principios son reconocidos ante los derechos fundamentales y frente a la ley del más débil. El primero porque se reconoce autonomía jurisdiccional a los pueblos indígenas limitándolos frente a los derechos Fundamentales. Y en el segundo, se tiene la intención de realizar un dialogo cultural al reconocer la autonomía jurisdiccional a los pueblos indígenas frente a una cultura diferente a ella en pro de la tolerancia.

9.10.2 La segunda sentencia es la T 349 de 1996, en esta sentencia se puede observar el estudio antropológico realizado a la cultura de los Embera-Chami, este acercamiento a la cultura es muy importante ya que dentro de la Democracia Constitucional no se puede hacer un diálogo sin limitar el poder, así al conocer la cultura de los pueblos indígenas, sabemos que grado de autonomía poseen y cuáles son los derechos fundamentales que limitarían esa autonomía.

En ese marco de ideas observamos que un límite impuesto por los derechos fundamentales hacia los pueblos indígenas es la prohibición de la pena de muerte, tortura y la esclavización.

Así se concluye con el principio de maximización de la autonomía indígena y por lo tanto la minimización de las restricciones. Otorgándoles a los pueblos indígenas una libertad ética, cultural y jurisdiccional que solo es limitada por un interés de superior jerarquía como son los Derechos Fundamentales.

9.10.3 La T 496 de 1996 trae la ponencia sobre fuero territorial y fuero personal, en el diálogo se podría establecer que este entra a los derechos fundamentales porque limita las jurisdicciones a un territorio y a una persona en este caso los indígenas.

Es claro que los derechos fundamentales son otorgados a las personas y por ende son garantizados por el órgano constitucional. Y al hablar de territorio hacemos referencia a un principio de Autodeterminación interna, que de acuerdo a Luigi Ferrajoli el reconocimiento de tal principio es un camino efectivo para la Paz entre culturas.

Pero también es cierto que existen muchos problemas en este aspecto, como por ejemplo, ¿Por qué un indígena puede ser condenado por la jurisdicción ordinaria y un “blanco” no puede ser condenado por la jurisdicción especial indígena?, o ¿Un indígena de ser indígena por dejar su territorio? (expuesto en el segundo capítulo sobre vacíos jurisprudenciales frente a la jurisdicción indígena).

Estos problemas entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial se han convertido en una forma de imposición Mayoritaria, como se estableció en el segundo capítulo, esto es resultado de la falta de Jueces Indígenas en el País ya que los jueces sometidos a la Constitución no comprenderán jamás que es ser un indígena.

9.10.4 La T 523 de 1997, es una de las sentencias más importantes analizadas en el segundo capítulo, ya que ella muestra una visión totalmente diferente a la T 254 de 1994.

En primer lugar se cambia el estudio antropológico de la comunidad de los Páez, atribuyendo que estos sí tienen sus propios usos y costumbres (T 523 de 1997), muy diferente a la decisión de la sentencia antecesora (T 254 de 1994) que establecía que la comunidad estaba en un grado de culturización muy elevado y que por ende sus usos y costumbres no tenían efectividad.

En segundo lugar se reconoce al destierro como castigo (T523 de 1997), cuando muy bien se había establecido que era imposible hablar de destierro en una comunidad indígena ya que este solo pertenece al abandono del Estado (T254 de 1994)

Otro punto muy importante de esta sentencia es la definición del principio de metamorfosis donde él indígena decide a conveniencia que jurisdicción lo debe castigar.

Esta evolución Constitucional se refleja por la aplicación de una democracia constitucional, al otorgar a los pueblos indígenas de Colombia restablecer el diálogo que en anteriores ocasiones no fue escuchado. Y por una aplicación más efectiva de los derechos fundamentales frente al principio de autodeterminación y de la Ley del más Débil, al asegurar un castigo justo de la comunidad hacia él indígena y no un castigo ordinario impuesto por la mayoría.

9.11 DIÁLOGO Tercer capítulo:

El tercer capítulo fue desarrollado para establecer la importancia del Territorio para los pueblos indígenas en Colombia. La importancia del Territorio se divide en tres conceptos básicos un modelo económico, un modelo social y un modelo cultural.

En materia social se desarrollo la Sentencia T 025 de 2004, esta sentencia muestra la cruda realidad de la mayoría de los pueblos indígenas en Colombia.

Lastimosamente no se puede realizar un diálogo en este contexto debido a que el desplazamiento forzado aniquila un dialogo democrático y aniquila la garantía de los derechos fundamentales dejando como consecuencia un Estado de Cosas Inconstitucionales por inefectividad de la Constitución a través del órgano estatal ante una crítica realidad social en Colombia.

Pero puede generarse el diálogo frente a la ley del más débil, donde el más fuerte en este punto es quién ostenta un arma y solicita un terreno que no es suyo en nombre de grupos terroristas, vos del mismo Estado.

La ponencia de la ley del más débil es la más adecuada en el problema sobre el desplazamiento. Y así lo ha entendido la Corte Constitucional al pronunciar los

Autos 004 de 2009,, 092 de 2008 y el auto 258 de 2008, donde se muestra en primer lugar la inferioridad de los pueblos indígenas ante el conflicto armado, y en consecuencia se crean programas como el “Programa de Garantía de los derechos de los Pueblos Indígenas afectados por el desplazamiento” consolidado en el auto 004 de 2009 para tratar de contener y remediar el equilibrio Constitucional.

9.12 DIÁLOGO SU 510 de 1998 y SU 039 de 1997

La importancia de la SU 510 de 1998 y la SU 039 de 1997, radica en su a su regla vinculante, la Sentencia de Unificación 510 de 1998, muestra la línea jurisprudencial que identifica el alcance del principio d diversidad étnica y cultural, la autonomía de las autoridades tradicionales, la protección de los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas, los límites a la comunidad indígena y los límites a su autonomía, los límites a la libertad religiosa de grupo minoritario y protección a la dignidad humana, libertad de culto en la comunidad indígena, Protección de la igualdad en la comunidad indígena frente a la protección de sanciones por la vinculación a otro credo y sobre la jurisdicción especial sobre la intensidad de una sanción.

Su fuerza vinculante, desarrolla todas las sentencias posteriores a su promulgación que fueron estudiadas en el marco teórico de la tesis y que poseen un caso análogo por sus hechos y circunstancias,.

Y por último ninguna sentencia posterior a la SU 510 de 1998 ha modificado su precedente vinculante por una Regla de Cambio.

De igual manera se puede hablar de la SU 039 de 1997, donde su importancia radica en el estudio de los derechos fundamentales de las comunidades, la explotación de los recursos naturales en el territorio indígena y el alcance y finalidad de la Consulta de las comunidades indígenas.

De esta forma y de manera armónica se desarrolla el estudio de las dos mayorías existentes en Colombia, la privada y la pública.

Diálogo: ¿Qué es el pasado sin el presente y el presente sin el pasado? Este ha sido un cuestionamiento que ha perseguido el sentido de la historia, que narra y describe las grandes hazañas, victorias y glorias de la humanidad, pero al mismo tiempo también recuerda las derrotas y pesadumbres de los seres humanos afligidos en un destino cruel olvidado por corazones y recordados por la razón. La historia de nuestros pueblos indígenas está encerrada en un marco oscuro, su sometimiento y perecimiento es narrado en libros de historia, y recordado por el Poder, que trae el pasado al presente y la construcción de un presente como un pasado

La conquista, la colonia y la independencia, constituyeron para nuestros pueblos indígenas el sometimiento, genocidio y culturización de la identidad ancestral colombiana, pero muchas veces el pasado sólo debe recordarse, para corregir las atrocidades en el presente y construir un futuro digno para todo ser humano. Por esta razón las altas cortes, protectoras de los derechos fundamentales, como es la Corte Constitucional, observaron que el fantasma presentado en un pasado devastador, demoledor y genocida de una cultura incomprendida en el evangelio y la economía imponente, volvió a presentarse en el presente.

La Corte Constitucional de Colombia, en sus decisiones, concernientes en materia indígena, ha estudiado el pasado y el sometimiento colonial de nuestros pueblos indígenas, con la finalidad de que los actos coloniales que culturizaron y sometieron nuestra identidad ancestral, no sea parte del presente y en un futuro la cultura mayoritaria acepte frente al principio de tolerancia, la existencia de un legado histórico que identifica a Colombia como un estado multinacional preservador de una identidad olvidada.

La primera sentencia en estudio es la Sentencia de Unificación 510 de 1998, con ponencia del doctor Carlos Gaviria Díaz, que ilustra la historia del sometimiento de

una cultura y cosmovisión diferente al evangelio, aceptado por la mayoría intolerante e incomprensiva, frente a la existencia de una religión mágica y natural, donde la divinidad religiosa y las leyes del pueblo Indígena Ika, radican en sus usos y costumbres originados por la Madre Naturaleza.

Esta sentencia presenta en los hechos un enfrentamiento entre los derechos tradicionales de los Arhuaca, Ika o Ijaca, frente a los derechos de miembros de la misma comunidad, adheridos a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. La historia de las comunidades indígenas muestra como la religión ha sido el elemento principal para la culturización de estos mismos, pero también fue la única defensa constituida por prodigiosos altruistas, frente a la opresión de la justa guerra contra los indígenas en la época colonial. Por esta razón antes de entrar a analizar la parte antropológica y socio jurídico de la SU 510 de 1998, se recordarán los Santos prodigiosos defensores de los indígenas en sus discursos más sabios, y al mismo tiempo los demonios más crueles genocidas de una cultura milenaria.

Es la historia la que nos muestra un enfrentamiento entre ángeles y demonios, entre indígenas y españoles, entre la barbaridad y la razón, entre el humano y el animal. El respeto y la tolerancia, han otorgado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional dé solución a la lucha constante por la preservación de los usos y costumbres de las comunidades indígenas en Colombia frente a la imposición de la religión dominante. En la primera parte de la Su 510 de 1998, se recoge y transcribe un escrito realizado por los “mamos” que es la autoridad ancestral de los Ika:

La “Ley de origen” o “Ley madre”, estudiada por la Su 510 de 1998, demuestra la existencia de usos y costumbres, que sobrevivieron a épocas genocidas y pasadas, que caracterizan la lucha no por la independencia indígena, sino que por el contrario la lucha contra el sometimiento cultural y religioso mayoritario.

Otro lugar donde encontramos la historia no contada, es en el arte, que es la muestra de nuestras comunidades indígenas como la de los Ika, donde el tejer simboliza “la tela de su vida”, transformando el hilo en sus pensamientos, y por ende el “tejer es pensar”, y “pensar es vivir”, razón por la cual quien “no piensa no vive”

Es así como la Corte Constitucional en su decisión, adjudicó a los pueblos indígenas el derecho a conservar su identidad cultural, historia y legado, frente a invasores que ponen en peligro la desintegración de la comunidad indígena Ika, pronunciando:

“La comunidad Ika puede decidir, en forma autónoma, quién puede o no entrar al mismo y, con aún mayor razón, está facultada para prohibir que se construyan instalaciones por parte de grupos extraños a su cultura (...) Para los Ika, la presencia de extraños en su territorio no tiene la misma repercusión que ella representa para la persona que no concede a sus propiedades una significación religiosa y cultural profunda. Desde el punto de vista de los Arhuacos, el territorio serrano es sagrado, como que forma parte del cuerpo inmenso de la Madre que es la Sierra Nevada de Santa Marta. Es el sitio donde reposan los antiguos y donde la tradición se reproduce y se transmite (...) Por las razones expresadas, la presencia de extraños no autorizados en el resguardo Ika, cuyas creencias y prácticas amenazan el derecho fundamental del pueblo indígena a su identidad e integridad cultural, significa, desde su perspectiva interna, una profanación grave que debe ser evitada para garantizar la integridad de sus derechos como comunidad” (SU5Co)

Así, el pasado que se presentó en el presente, fue detenido por la Corte Constitucional, protegiendo y salvaguardando la cultura indígena Ika. Pero, la historia de nuestras comunidades indígenas no sólo afrontó un problema de culturización por parte de la religión, sino que tuvo que enfrentar el peor de los males de la humanidad. el Poder. La ambición de poder y riqueza de la época

colonial se transformó en el Rey Midas, donde las persona sólo les interesaba el oro y la riqueza. Por esta razón el modelo económico, afrontado en el pasado de conquista y colonia de nuestros pueblos indígenas se denominó mercantilismo, que en palabras de John H Ferguson significa:

“El pensamiento mercantilista parece conducir a la deducción de que la producción es superior al consumo, que el hombre existe para la riqueza y no la riqueza para el hombre” (Análisis Económico el caso Colombiano, 2da edición actualizada 1998)

Que siglos tan difíciles afrontaron nuestros pueblos indígenas (siglo XVI a siglo XVIII), donde el color dorado, fue el perecimiento de la razón humana y la barbarie de la colonia. Lastimosamente, en la actualidad se está presentando nuevamente la conquista de los recursos naturales de los pueblos indígenas en Colombia, y la ansiedad de riqueza ya no es dominada por el oro, ahora, el petróleo es él forma, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación 039 de 1997, estudia el pasado destructor del Rey Midas, y procura que en el presente no vuelva a ocurrir. La sentencia T-342 de 1994 estudiada en la sentencia de unificación 039 de 1997, muestra la preocupación de un pasado que no puede volver hacerse presente:

“En efecto, en atención al abuso, perjuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la nación (...) La diversidad en cuanto a la raza y la cultura, es decir la no coincidencia en el origen, color de piel lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos es reconocida en la Constitución de 1991”. (Carbonell)

Ésta es la historia de nuestros pueblos indígenas; ésta es la colonia e independencia; este es el sometimiento y exterminio de los pueblos indígenas en manos de los cazadores de tesoros. Actualmente, existen diversos escritos y libros

que describen la hostilidad, y enfrentamiento entre la riqueza colonial frente la humildad ancestral, pero la finalidad de este ensayo es mostrar que pese a la brutalidad de las mentes cegadas en poder y vanidad, existen pueblos indígenas que han sobrevivido y que deben ser protegidos a costa del capital. Así, el fantasma del pasado ronda en la actualidad, cambiando su sombra dorada tan anhelada, por el oro negro o petróleo tan codiciado.

“Pacheco y Cárdenas reportaba que en las zonas mineras habían en 1540 más de 331.000 familias indígenas y que 40 años más tarde no quedaban 29.9000. de las cuentas hechas por Colmenares para la provincia de Tunja, habitaba en ella en 1551 alrededor de 196.000 indígenas, pero 50 años después tres cuartas partes de la población se habían extinguido. Para la provincia minera de Pamplona la población se reduce entre 1560 y 1640 en un 86%, mientras que para Popayán y Pasto los indios registrados por las visitas bajan de 31.000 en 1558 a 10.000 en 1608”. (Kalmanovitz, 2003)

La sentencia de Unificación Su 039 de 1997, narra en sus hechos, que en el año de 1992 la sociedad Occidental de Colombia INC, con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en el país, inicia los trámites para la explotación del Bloque Samore, para constatar la existencia de pozos o yacimientos de petróleo, en una zona que comprende una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro del cual se encuentran resguardos indígenas y parques naturales. La comunidad indígena U'wa es la nueva víctima, de la opresión por la búsqueda de riquezas.

En el libro *Petróleo, economía y cultura el caso U'wa*, la autora Ángela Uribe Botero filosofa de la universidad de los Andes, magister en filosofía de la Universidad Nacional de Colombia y doctora en filosofía de la Universidad de Antioquia, muestra el mundo de los U'wa narrado por los U'wa:

“Nosotros nacemos siendo hijos de la tierra, eso no lo podemos cambiar los indios ni tampoco el hombre blanco (...) El respeto a lo vivo y a lo no vivo, a lo conocido y a lo desconocido hace parte de nuestra ley (...) Nuestra ley U'wchita es uno de los postes que sostienen al mundo. Nuestra ley es tan antigua como la misma tierra, nuestra cultura se ha organizado siguiendo el modelo de la creación, por eso nuestra ley de la tierra y la tierra es una sola (...) A través de nuestros ríos nos comunicamos con nuestra deidades, ellos son mensajeros y los mensajeros fluyen en ambas direcciones” (Botero, 2005)

Así lo entendió la Corte Constitucional en la SU 039 de 1997 al establecer que:

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

¿Qué es más importante para Colombia?, volver a un colonialismo disfrazado de capitalismo, o mantener vivo el legado cultural y ancestral de Colombia, guardado en el corazón y espíritu natural de las comunidades indígenas, es la dura decisión que enfrentan nuestra Constitución Política de 1991, día tras día. Para el pueblo indígena de U'wa no existe duda de la importancia de su territorio, de su legado, de su sangre, es así como lo establece ellos al decir:

“Todas sus ofertas económicas sobre lo que es sagrado para nosotros, como la tierra o su sangre, son un insulto para nuestros oídos y un soborno para nuestras creencias. ¡Este mundo no lo creó el Riowa ni ningún gobierno suyo, por eso hay que respetar! Somos tan sólo una cuerda del redondo tejido de la ukua (mochila), pero el tejedor es Él. Por eso los U’wa no podemos ceder, maltratar, ni vender la tierra ni su sangre, ni tampoco sus criaturas porque estos no son los principios del tejido”. (Botero, 2005)

En la decisión de la Corte Constitucional, se observa que al ratificar la decisión del Tribunal de Santafé de Bogotá, defendió los intereses de la cultura indígena y los protegió de un nuevo genocidio, al establecer:

“El proyecto de exploración, y eventual futura explotación, de hidrocarburos en zona geográfica nacional que comprende territorios reservados para el hábitat de comunidades indígena natural y previsiblemente ha de tener importantes y profundas consecuencias en la ecología, la cultura, la economía y el ordenamiento social de aquéllas pues no resulta difícil vaticinar que los trabajos que se realicen no sólo afectarán la estructura geológica de esos territorios y la fauna y flora que allí se dan sino que causarán impacto en las costumbres, la lengua, las tradiciones, la cosmovisión y las instituciones familiares y tribales porque no es en vano el encuentro de una civilización y cultura con otras”. (Carbonell)

Y añade la decisión de los U’wa:

“Que según la comunidad U’wa y la referida dirección, la consulta previa exigida por la Constitución y las normas nacionales e internacionales se inició pero no se agotó (...) y que su voluntad desde un principio y actualmente ha sido la de oponerse a la ejecución del proyecto de prospección sísmica, debido a los riesgos que éste entraña para su supervivencia como grupo étnico, por los bruscos cambios en su entorno físico y en sus condiciones culturales, económicas y cosmogónicas”. (Carbonell)

Concluyendo en su decisión, por parte de la Corte Constitucional, dar amparo al pueblo indígena U'wa frente al peligro irremediable de su desaparición, consecuencia de los abusos del poder y la riqueza, que ya habían sido víctimas en un pasado, estableciendo:

“En síntesis, la irremediabilidad del perjuicio que se pretende evitar consiste en que la violación de los aludidos derechos fundamentales persista e incluso, pueda llegar a un punto de no retorno, como sería la destrucción o aniquilación del grupo humano U' wa”. (Carbonell)

Se debe decir que gracias a decisiones de la Corte Constitucional se han prevenido y evitado en cierto grado que los pueblos indígenas de Colombia desaparezcan en su totalidad. Pero el debate continúa, y debemos preguntarnos ¿Qué son los territorios indígenas sin el suelo y el subsuelo?, ¿Qué es de un dueño sin pertenencias?, ¿Cómo podemos hablar de territorios indígenas si el dueño del subsuelo es el Estado?, la única respuesta y consecuencia a esto es el enfrentamiento entre riqueza y derecho. Es así como la Corte Constitucional, ha otorgado una continua protección al derecho perteneciente a los pueblos indígenas, una protección que es oída pero no escuchada, una protección escrita pero no aplicada, una protección similar al pasado en manos de santos pero inservible ante la ambición del hombre inescrupuloso, cegado por la fortuna y riqueza del oro, petróleo y dinero, proveniente de la muerte física y cultural de nuestros antepasados.

Dinero vs territorios indígenas, dinero vs medio ambiente, dinero vs la razón humana, dinero vs lo sagrado, dinero vs lo mágico, dinero vs el ser humano. ¿Cuál es la diferencia entre el pasado y el presente?, ¿Cuál es la diferencia entre la esperanza y la muerte?, ¿Cuál es la diferencia entre independencia y sometimiento? Cuestionamientos con diversas respuestas pero con una sola realidad. El pasado y presente se confabulan con una única razón, ya contada en el memorial del bachiller Luis Sánchez de Atienza:

“La causa de este mal es, que todos quantos pasamos a las indias vamos con intención de volver a España muy ricos, lo cual es imposible, pues acá no llevamos nada y allá holgamos, sino a costa del sudor y la sangre de los indios (...) todos los daños y robos dichos, y quantos se an hecho en las Indias, los a causado la insaciable codicia de los españoles, la qual creció mucho, porque no a habido freno de parte de la justicia” (Casas)

Es curioso, observar que lo que llamamos minorías étnicas, antes eran mayorías y las mayorías colonizadoras eran minorías. Tal vez la humildad del anfitrión fue causal de su perdición, pero también es curioso que las mayorías actuales, son minorías numéricas gloriosos en riqueza y poder; y las mayorías pensantes, intelectuales, altruistas, generosas, humildes y humanas son minorías sumisas ante el poder y la riqueza.

Lastimosamente, nuestros pueblos indígenas no han tenido el apoyo social que toda Colombia debería ofrecer, tal vez por miedo o contaminados por el virus de la indiferencia que ha corroído nuestros corazones. Enceguecidos y haciéndonos los ciegos, recordamos en clases de historia el pasado, lo miramos con desagrado y lo juzgamos, pero no deseamos darnos cuenta de que ese pasado inescrupuloso que afrontaron nuestros antepasados se está presentando actualmente disfrazado en el capitalismo o en la intolerancia e irrespeto de la globalización.

Es la mayoría quien ha negado la existencia de los pueblos indígenas, es la mayoría quien los ha juzgado y discriminado, pero en el derecho encontramos la única herramienta correctora y protectora del presente y futuro recordando el pasado solamente como historia. Por ésta razón jamás olvidemos cuestionarnos y respondernos: ¿Cuál es la diferencia entre mayoría y derecho?, la mayoría es la voluntad de más sobre menos, el derecho es la voluntad de todos sobre una justa causa; la mayoría impone decisiones, el derecho debate decisiones; la mayoría trabaja para su beneficio, el derecho trabaja en beneficio de todos; la mayoría reforma la constitución, el derecho construye la constitución; la mayoría construye

la unión en igualdad, el derecho respeta las diferencias en igualdad; la mayoría crea minorías, el derecho constituye la diversidad étnica y cultural como principio fundamental en un entorno de tolerancia y respeto; la mayoría se impone sobre las minorías, el derecho se impone sobre todo ser acabando con las mayorías.

REFLEXIÓN: Es claro que el constituyente y la hermenéutica de la Corte Constitucional se ha esmerado en reducir las decisiones Mayoritarias que desconocen el sentido de democracia, el universalismo de los derechos fundamentales y el principios de igualdad en un dialogo tolerante con los pueblos indígenas en Colombia. Pero también es cierto que la realidad vulnera a la retorica, y que en vez de reducir el diálogo mayoritario se lo está ampliando, dando mayor premisa a las decisiones de bolsillo que a las mismas decisiones humanas. En este mismo marco de ideas también hay que preguntarse qué tan cercano o qué tan lejano estamos del dialogo tolerante sobre el principio de igualdad, cuando cada día las desigualdades surgen como un virus cancerígeno, destructor no solo de un principio sino de toda la institución constitucional.

CONCLUSIONES GENERALES

- a) Los pueblos indígenas de Colombia, conforman parte de la gran diversidad cultural existente en un país rico en fauna, flora y recursos naturales que garantizaron y garantizan la supervivencia de estas comunidades. Pero al desarrollar una investigación en derecho público, se debe partir de qué estos grupos pertenecen a un tipo diferente de diversidad cultural. El objeto de esa diferenciación que ha sido desarrollada en tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT y ratificado en la ley 21 de 1991 en Colombia, y también desarrollado en la Constitución Política de 1991 y sus pronunciamientos hermenéuticos en materia indígena. Es garantizar el análisis de los pueblos indígenas de Colombia, no como una realidad social histórica o antropológica, sino como pilares fundamentales constitucionales. En otras palabras todas las prerrogativas otorgadas a los pueblos indígenas entran a la esfera de los derechos fundamentales.

Al llevar a rango de derecho fundamentales los derechos de los pueblos indígenas, se hace referencia a que el Estado de Colombia a través de la Constitución de 1991, reconoce la universalidad de una cultura propia, de una lengua propia, de una historia propia y de un legado propio que no se asemeja al mayoritario pero tampoco va dejar que se asemeje.

Cuando se habla de un tipo de diversidad cultural diferente, se debe hablar también de un principio que garantiza efectivamente esa diferencia. En este caso los pueblos indígenas de Colombia, giran sobre el principio de Autodeterminación.

- b) Existe un gran problema de terminología sobre que es “autodeterminación” para los pueblos, debido a que más de un término técnico, propio del de, lo hacemos extensivo a todo pueblo o

nación así comparta territorio con otro. Por un lado Naciones Unidas, no han establecido que es un “pueblo” pero si ha establecido que “todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación”, es algo incomprensible que al no tener en claro la definición pueblo, se otorgue un derecho de autodeterminación pero quitándole la autodeterminación externa, como es el caso de los pueblos indígenas en Colombia. Frente a esto se podría concluir que las Naciones Unidas, dan una autodeterminación interna que termina generando segregación nacional, es por esta razón que Colombia versa sobre el principio de autodeterminación expuesta en la SU 510 de 98, sobre los pueblos indígenas en el territorio Colombiano, pero al final puede ser una bomba de tiempo que terminé con el enfrentamiento de los pueblos indígenas para adquirir la autodeterminación externa que como pueblos poseen; ó al contrario crear un línea de intolerancia donde la ley del más fuerte prevalece y la desaparición de las culturas minoritarias sea irreversible.

- c) El principio de Autodeterminación en Colombia se compone de dos elementos, la jurisdicción especial indígena y el territorio indígena. El primero hace referencia al autogobierno caracterizado por un derecho propio y efectivo a través de los usos y costumbres ancestrales. Y el segundo elemento hace referencia al territorio indígena como factor económico, social y cultural de las comunidades indígenas en Colombia.

Los anteriores elementos en la hermenéutica de la Corte Constitucional son protegidos como derechos fundamentales, frente a la jurisdicción especial se habla de una maximación de la autonomía para garantizar que los pueblos indígenas en Colombia no pierdan su esencia que tanto bien le hacen aun país que no tiene identidad. Y en materia de territorio se habla de un consenso, donde ninguna empresa por parte del Estado o Privada puede usurpar los

recursos naturales de los territorios indígenas sin la autorización de la comunidad indígena.

- d) El conflicto que se presenta entre el principio de autodeterminación y sus elementos, es el resultado de una ignorancia intolerante. Al hablar de ignorancia me refiero a que la mayoría aun no entiende o no quiere entender que el respetar una cultura milenaria es respetar la universalización los derechos fundamentales otorgados a los pueblos indígenas, en otras palabras, tratar de culturizar a un indígena es condenar a la desaparición de una cultura propia, cosmovisión propia, lengua propia que como derechos fundamentales consagran la efectividad del Estado Social De Derecho en Colombia. En pocas palabras Condenar a un indígena es condenar el Estado Social de Derecho.

Pero esa ignorancia intolerante no termina ahí, el salvajismo y la barbarie promovida por las mayorías capitalistas, que no saben controlar su instinto animal donde la riqueza es la venda de la razón humana que busca la democracia, la efectividad de los derechos fundamentales y sobre todo la tolerancia.

Existen vacíos hermenéuticos en la implementación jurisdicción especial indígena, uno de los principales es la competencia, la colisión entre jurisdicción especial y jurisdicción ordinaria, ocasiona la vulneración de los derechos fundamentales otorgados a los pueblos indígenas. Y en consecuencia origina la constitución de principios distorsionadores dentro de la sociedad, como es el principio de “Metamorfosis”, donde el indígena escoge que jurisdicción que lo debe condenar, constituyéndolo un indígena por conveniencia.

- e) El conflicto entre jurisdicción especial y jurisdicción ordinaria identificada en la hermenéutica de la Corte Constitucional, tiene dos características. La primera se da por la maximación de la autonomía,

en materia jurisdiccional. Se debe entender que si se aumenta la autonomía jurisdiccional, se aumenta la esfera del principio de autodeterminación y en consecuencia se puede generar un principio de secesión, y es por esta razón, que existe un descontrol interno entre jurisdicciones o mejor a un entre jerarquías.

Otro factor es que al hablar de jurisdicción especial estamos hablando de un derecho fundamental, pero son muy poco los jueces que entienden esto. Es por esa razón que en el capítulo segundo hago referencia a la importancia de que existan tanto jueces constitucionales como jueces indígenas para la resolución de los conflictos de competencia. Pero al hablar de jueces indígenas entramos a un problema y es que no hay. En este punto se dirá que actualmente en Colombia no existe una especialización de derecho indígena, o no existe ninguna cátedra exclusiva sobre derecho indígena, al contrario existen materias que toman indirectamente el caso indígena como es derecho constitucional, antropología jurídica o sociología, pero ninguna de ellas es experta en la materia indígena vista como derechos fundamentales.

- f) El estudio del territorio indígena muestra la consolidación de tres factores, un económico, un social y un cultural, tres elementos que se encuentran integrados y vinculados al principio y derecho fundamental de la diversidad cultural.

En el factor económico se encuentra que los pueblos indígenas poseen una economía de autoconsumo que en palabras de la Corte Constitucional es una economía de subsistencia, por esta razón en materia de explotación de sus recursos, la Corte Constitucional ha garantizado y defendido a los territorios indígenas frente a los intereses del monopolio estatal y del monopolio privado.

En materia social los pueblos indígenas están siendo atacados por un factor exterminador e inhumano, que es el desplazamiento

forzado, consecuencia de la guerra interna y de la ambición hacia sus recursos naturales, este desplazamiento deja sin efecto la protección de los pueblos indígenas propuesta por la Corte Constitucional, originando la constitución de un “Estado de cosas inconstitucionales” benefactor para los intereses de la guerra pero destructivo para la Constitución de 1991 y Estado Social de Derecho en Colombia.

Y frente al factor cultural, los territorios indígenas hacen parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características. Es claro que el territorio indígena, además de ser un lugar donde se cosecha una economía de autoconsumo y una sociedad minoritaria, también es lugar sagrado proveedor de cultura, magia y una cosmovisión única y ancestral, proveedora de la identidad Colombiana.

- g) En el último capítulo se desarrollan tres conceptos de mayoría que destruyen la democracia y la efectividad de los derechos fundamentales y que deben ser abolidos para la efectividad del Estado Social en Colombia.

1) MAYORÍA Frente a la Democracia Constitucional: En el primer acercamiento al termino Mayoría, se establecerá que esta es determinada por una decisión tanto desde la esfera del derecho público, como desde la esfera privada, que traspasa los límites constitucionales y vulnera los derechos fundamentales. En este punto podemos otorgar el carácter de Inconstitucionalidad a toda decisión política y de mercado que desconozca y omita la aplicación de la Constitución como esfera de lo indecible.

2) MAYORIA Frente los Derechos Fundamentales:

Aprovechamiento del factor nomodinámico del derecho, que procura la satisfacción individual o colectiva de intereses patrimoniales

desconociendo los límites y obligaciones impuestas por los derechos fundamentales

Es un pronunciamiento antagónico hacia la promulgación de la paz, que incita al conflicto por el desconocimiento y deterioro de los derechos más preciados del hombre y de la mujer que por igual condición son llamados hacer parte de la gran esfera de los derechos fundamentales

3) MAYORIA Frente a la ley del más débil: Desconocimiento del principio de Igualdad como umbral de la tolerancia en el diálogo entre la diversidad cultural., Imponiendo la Ley del Más Fuerte, como fuente del poder mayoritario o superior, a culturas intermedias o minoritarias por considerarlas inferiores.

- h) La formula de Luigi Ferralloli, al proponer una garantía Constitucional, consolidando una nueva democracia constitucional protectora de los derechos fundamentales, garantiza que el Estado social de derecho no caiga en la crisis originada por la nueva globalización donde el derecho es realizado no por ordenes legales o por ordenes constitucionales sino por ordenes económicas y mayoritarias donde grandes multinacionales y mayorías políticas, son creadoras directas o indirectas del nuevo ordenamiento mundial. La garantía de los derechos fundamentales como esfera de lo indecible, es un camino efectivo a la desamortización de las decisiones mayoritarias que atentan contra un orden Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA:

BANCO DE LA REPÚBLICA. Introducción al análisis económico: El caso Colombiano. Bogotá, Siglo de Hombres Editores, 1998.

BOTERO, Uribe Ángela. Petróleo, economía y cultura el caso U'WA. Bogotá D.C, Universidad del Rosario Siglo de Hombres Editores, 2005.

CARBONELL, Miguel. Democracia y garantismo Luigi Ferrajoli. Madrid, Editorial Trotta S.A, 2008.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid, Editorial Trotta S.A, 2003.

CARBONELL Miguel, Teoría del neoconstitucionalismo Ensayos escogidos, Madrid, Editorial Trotta S.A, 2007.

COMAS, Juan. *Temas de Antropología Latinoamericana*. Bogotá, Editorial Buho, 1981.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 21 de 1991 Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en

países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T. Ginebra 1989, Diario Oficial No. 39.720 6 de marzo de 1991.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 89 de 1890 Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. Colombia, 25 de noviembre 1890.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 428 de 1992, Expediente D-859, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón. Santa Fe de Bogotá, 24 de junio de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 188 de 1993, Expediente T-7281, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, 12 de mayo 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 254 de 1994, Expediente T-30116, Magistrado Ponente Dr Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, 30 de mayo de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 342 de 1994, Expediente D-20973, Magistrado Ponente Dr Antonio Barrera Carbonell. Santa Fe de Bogotá, 27 de julio 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Constitucionalidad 139 de 1996, Expediente D-1080, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Diaz. Santa Fe de Bogotá, 9 de abril de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 349 de 1996, ExpedienteT-83456, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Diaz. Santa Fe de Bogotá 8 de agosto de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 496 de 1996, ExpedienteT-100537, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Diaz. Santa Fe de Bogotá, 26 de septiembre de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Unificación 039 de 1997, Expediente T-84771, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell. Santa Fe de Bogotá, 3 febrero de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 523 de 1997, Expediente T-124907, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Diaz. Santa Fe de Bogotá, 15 de octubre de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Unificación 510 de 1998, Expediente T-141047, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, 18 de Septiembre de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela 025 de 2004, Expediente T-653010 y acumulados, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C, 22 de enero de 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías la ley del más débil. Madrid, Editorial Trotta, 1999.

FRIEDE J. *Descubrimiento y conquista del nuevo reino de granada, en Historia extensa de Colombia* (Vol. vol II). Bogotá, Editorial Lerner, 1965.

GIRAUDO, Laura. Derechos, Costumbres y jurisdicciones indígenas en América Latina Contemporánea Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, Laura Giraudo ed., 2008.

KALMANOVITZ, Salomón. *Economía y Nación una breve historia de Colombia*. Bogotá, Editorial Norma, 2006.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. España, Paidós Ibérica S.A, 1995

MARQUINEZ, Argote. German Temas de Antropología Latinoamericana. Bogotá, Editorial Buho, 1981.

LOPÉZ Medina, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional* Vol. Segunda Edición C. S. Administrativa. Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2006.

MINISTERIO DE AGRICULTURA DE COLOMBIA. Decreto 2001 de 1988. Bogotá, 29 de septiembre de 1988.

MINISTERIO DE AGRICULTURA DE COLOMBIA. Decreto 2164 de 1995. Bogotá, 7 de diciembre de 1995.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Convenio 169 Sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, 27 de junio de 1989.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC), CENTRO DE COOPERACIÓN INDÍGENA (CECOIN), UNIVERSIDAD ALEMANA DE KASSEL (GHK). Proyecto de Investigación "*Tierra profanada, grandes proyectos en territorios indígenas de Colombia*", 1995.

PERAFÁN Simmonds, Carlos César. *Sistemas jurídicos Tukano, chamo, guambiano, sikuani*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000.

RIBEIRO, Darcy. *Temas de Antropología Latinoamericana*. Bogotá, Editorial Buho, 1981.

VIVAS, Miguel Rocha. *Interacciones Multiculturales Los estudiantes indígenas en la Bogotá*. Universidad Externado de Colombia, Octubre 2009.