

Natalia Rodríguez Uribe

Universidad Icesi

nrodriguez1@icesi.edu.co

**Derechos humanos colectivos y Multiculturalismo:
Respuesta a las críticas universalistas y desarrollo
constitucional en Colombia***

*Collective Human Rights and Multiculturalism: a Reply to
Universalist Critiques, and Constitutional Development in
Colombia*

*Direitos humanos coletivos e multiculturalismo: resposta aos
julgamentos universalistas, e desenvolvimento constitucional
na Colômbia*

Artículo de reflexión: recibido 04/04/2014 y aprobado 23/05/2014

* El original de este artículo está próximo a publicarse con la siguiente referencia: Natalia Rodríguez-Uribe, "Multiculturalisme et droits de l'homme collectifs: réponse aux critiques universalistes et développement constitutionnel en Colombie" en Arnaud Martin (dir.), *Les droits indigènes en Amérique Latine*, Paris, L'Harmattan, 2014 (à paraître).

Resumen

La Corte Constitucional colombiana se ha comprometido con la protección del multiculturalismo enfocado en los derechos humanos. Un cambio jurisprudencial fundamental es la protección de los derechos de los pueblos indígenas, más que individuales, como colectivos, lo cual ha encontrado una fuerte oposición en la doctrina. Este artículo rebate las críticas que frecuentemente se presentan en contra de los derechos colectivos, argumentando que éstos son una herramienta clave para lograr un ambiente de pluralismo jurídico en Estados que se han reconocido a sí mismos como multiculturales. Luego se demuestra que, en el caso colombiano, los pueblos indígenas no son sólo titulares de los derechos humanos individuales universales presentes en la Constitución y en los convenios internacionales, sino también de un catálogo de derechos humanos colectivos, a saber: 1) la libre determinación y autonomía gubernativa, 2) derechos sobre territorios ancestrales y los recursos presentes en ellos, 3) derechos de participación y consulta pública, 4) integridad cultural y 5) no discriminación.

Palabras clave: Derechos Humanos colectivos, diversidad étnica y cultural, Convenio 169 de la OIT, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Abstract

The Colombian Constitutional Court is pledged to the protection of human rights and multiculturalism. A fundamental jurisprudential change, which has encountered serious resistance in doctrine, has to do with the protection of the rights of indigenous peoples, both at individual and collective levels. This article controverts the recurrent reproaches against collective rights, and points out their suitability as a key tool to develop a legal pluralism environment in states which have recognized themselves as multicultural. Moreover, it shows that Colombian indigenous peoples are also entitled to both the individual and universal rights, approved within the national Constitution and international Conventions, and collective rights, namely: 1) self-determination and self-government; 2) rights to ancestral territories and their resources; 3) rights of public participation and consultation; 4) cultural integrity; and 5) non-discrimination.

Keywords: Collective human rights, ethnic and cultural diversity, ILO Convention No. 169, Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

Resumo

A Corte Constitucional da Colômbia tem assumido o compromisso da proteção dos direitos humanos e do multiculturalismo. Uma modificação fundamental da jurisprudência, que tem afrontado intensa oposição na doutrina, é a proteção dos direitos dos povos indígenas tanto individuais quanto coletivos. Este artigo revide a crítica frequente contra os direitos coletivos, e aduz que eles compõem uma peça fundamental para arranjar um espaço de pluralismo jurídico em estados que se têm reconhecido como multiculturais. Demostra além que, no caso da Colômbia, os povos indígenas são titulares de direitos humanos individuais universais, ~registrados na Constituição e nas Convenções Internacionais~, e direitos coletivos como são: 1) a livre determinação governamental e autonomia, 2) os direitos de territórios ancestrais com os seus concernentes recursos, 3) participação e consulta pública, 4) integridade cultural e 5) não discriminação.

Palavras-chave: Direitos humanos coletivos, diversidade étnica e cultural, Convenção 169 da Declaração da OIT sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Introducción

La Constitución Política de 1991 le dio un vuelco a la concepción del estado colombiano, cambiando de un enfoque totalmente unicultural, a una perspectiva inclusiva, con diversidad de etnias y multicultural. El cambio se dio principalmente en el artículo séptimo.¹

Muchos de los países de América Latina también tuvieron una importante ola de reformas constitucionales, e hicieron cambios similares en sus constituciones durante los años noventa del siglo veinte. Sin embargo, el caso colombiano es diferente debido al desarrollo que le ha dado al tema la Corte Constitucional, la cual se ha comprometido con la protección del multiculturalismo desde la óptica de los derechos humanos.

Uno de los cambios fundamentales implementados por la Corte en su jurisprudencia ha sido la protección de los derechos de los pueblos indígenas, los cuales son concebidos no como derechos individuales sino como derechos colectivos. Durante este proceso, muchos de los derechos fundamentales de los primeros artículos de la Constitución han sido expandidos para proteger a los pueblos indígenas de una manera colectiva.

No obstante, es fútil abordar el tema de los derechos colectivos en Colombia sin antes responder a las críticas sobre la teoría que sustenta los mismos. Si se tiene en cuenta que la escuela predominante en materia de derechos humanos, especialmente en Europa, sigue una marcada tradición individualista, no tendrá valor simplemente reportar los avances constitucionales colombianos sin abordar estos temas de manera juiciosa.

Además, es necesario abordar los avances doctrinales más significativos en esta materia se han dado en la esfera internacional, con instrumentos como el *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (en adelante *OIT 169*), y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (en adelante *Declaración DPI*), que han sido acogidas como parte del derecho interno mediante la jurisprudencia.

1 *Constitución Política de 1991*, art.7: “El Estado reconoce y protege al diversidad étnica y cultural de la nación”. Esta es tan sólo una de las disposiciones que reafirman la identidad multicultural en Colombia, tal como se verá más adelante.

Universalidad de los derechos humanos:

¿Cómo reconciliarla con el reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas?

Durante la negociación de la *Declaración DPI* a mediados de los años noventa, una de las grandes reservas expresadas por los representantes de varios países –incluidos Francia y el Reino Unido– fue la inclusión de los derechos colectivos dentro del texto final. Las dudas expresadas variaron entre declaraciones categóricas acerca de la inexistencia de estos derechos (tanto en regímenes nacionales como internacionales) y referencias a la confusión que podría generar, en lo que respecta a la concepción de los derechos individuales, el uso de este tipo de lenguaje.

Para superar estos impases se propuso recurrir a soluciones salomónicas, tales como la utilización del lenguaje de la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas* (*‘Declaración sobre minorías’*), la cual expresa en su artículo 3.1 que las “personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos ... individualmente, así como en comunidad con los demás miembros de su grupo sin discriminación alguna.” Eventualmente, más de dos décadas después el texto final conservaría el componente colectivo, descrito como su razón de ser (Xanthaki, 2011: 414-415).² Hoy en día es imposible pensar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sin hacer una mención expresa de los derechos colectivos. En efecto, pocas veces se lee un texto sobre políticas públicas, o guías prácticas para facilitar las relaciones entre pueblos y Estado, que no contenga al menos una mención a estos derechos, especialmente tratándose de la tierra.

Vale la pena preguntarse si esta conceptualización de los derechos de los pueblos indígenas como colectivos es justificable más allá de una declaración que varios países consideran como un parámetro de aspiración, o como una herramienta política más que como una obligación o fuente de derechos.³

2 La autora cita aquí los reportes del grupo de trabajo creado bajo los parámetros de la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos de los años 1997, 2002 y 2003..

3 Véase, por ejemplo, la posición oficial del gobierno australiano al suscribirse a la *Declaración DPI* en el año 2009, en la que se expresa claramente que ésta “refleja las aspiraciones de los pueblos indígenas”, pero no crea ninguna obligación o derecho nuevo que no esté ya contenido en el sistema normativo australiano

Más aún, es menester develar cómo pueden los derechos de los miembros individuales de cada comunidad ser protegidos dentro de este marco.

La dificultad puede ser aún más visible para aquéllos juristas que siguen a pies juntillas la concepción universalista y personalista de los derechos humanos, característica del espíritu de los primeros textos que consagraron los derechos ciudadanos hacia finales del Siglo XVIII.

Esta sección presenta un breve análisis para rebatir los argumentos más comunes, que se presentan en el panorama jurídico, cuya finalidad es resistir la categoría de derechos colectivos. Esto permitirá comprender dentro de un contexto normativo los fallos de la Corte Constitucional colombiana.

Derechos humanos colectivos:

Respuestas a un escéptico

La clave para que un marco jurídico nacional para la gestión de las relaciones con los pueblos indígenas, y otras minorías étnicas presentes en el territorio sea exitoso, es la inclusión de mecanismos que garanticen los derechos humanos colectivos. Es pertinente señalar que las organizaciones internacionales, en particular el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, coinciden en afirmar que los derechos humanos de los pueblos indígenas pueden protegerse de manera más efectiva si se conceptualizan como colectivos en lugar de individuales.

En este caso los derechos colectivos han sido distinguidos en la doctrina jurídica internacional como pertenecientes a los siguientes cinco grupos principales: 1) derechos sobre territorios, 2) posibilidad real de acceder a mecanismos de participación política y pública, 3) protección de la integridad cultural, y 4) derecho a no ser víctimas de discriminación por motivo de su etnicidad. Todos estos derechos se enmarcan en 5) la protección y reconocimiento del derecho y principio fundamental de autodeterminación de los pueblos.

El carácter colectivo de estos derechos parte de la base de que sus titulares son los grupos indígenas en su calidad de *pueblos* (Department of Economic and Social

bajo sus obligaciones en otros tratados de derechos humanos (Macklin, 3 April 2009). Otros países, tales como Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda siguen la misma corriente.

Affairs, Division for Social Policy and Development and Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, 2007). Esta clasificación es congruente con los derechos consagrados en la *Declaración DPI*.⁴

Dado que la idea de proteger los derechos colectivos, o incluso la existencia misma de este tipo de derechos se ha debatido y criticado ampliamente,⁵ es necesario abordar primero los argumentos más comunes que la literatura jurídica presenta en su contra.

A primera vista, el concepto “derechos colectivos” puede parecer sencillo, ya que sólo se diferenciaría de los derechos individuales en la medida en que su titular es un grupo de personas en lugar de una sola. Por lo tanto, un individuo puede llegar a ser el titular de un derecho colectivo si y sólo si pertenece a un conjunto diferenciado de personas como, por ejemplo, los ciudadanos de un determinado país, las mujeres, los discapacitados, los musulmanes, etc. Pero, en este punto surge el interrogante acerca de qué es lo que hace a un determinado grupo tan especial como para acceder a un derecho colectivo. Por otra parte, también es necesario establecer qué pasa con los derechos individuales de cada miembro del grupo.

El problema puede ser similar al que Stone (1972) detectó en el caso de concederle derechos a entidades no humanas. Según este autor, cada vez que hay un movimiento que tiene por objeto lograr que se confieran derechos a una nueva “entidad”, en este caso los árboles, “la propuesta está destinada a sonar extraña, aterradora o risible.”⁶

Estas son sólo algunas de las objeciones que se oponen a la noción de la existencia de derechos colectivos. Para hacerles frente, se refutarán las críticas a los derechos colectivos planteados por el doctrinante Juan Antonio García Amado en *Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas y quimeras* (2001). Se eligió

4 Todos los derechos contenidos en este instrumento pueden interpretarse como de aplicación colectiva para los pueblos, a menos que el texto indique lo contrario. Véase por ejemplo la redacción del art. 7(1) de la *Declaración DPI*: “Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental y la seguridad de la persona.”

5 En este punto conviene referirse al artículo de Newman, en el que el autor presenta un estado del arte sobre la crítica al concepto de derechos colectivos. El autor argumenta que es el contenido moral de éstos lo que los diferencia de los meros intereses colectivos (Newman, 2004).

6 Stone se refiere en su artículo a la posibilidad de que los árboles y otras entidades que tradicionalmente se han considerado como incapaces de conciencia o inteligencia, puedan estar legitimados para actuar ante una corte o tribunal.

este texto por su agudeza y poder crítico, que ataca la noción de derechos colectivos, destaca los abusos del término por parte de la doctrina, y llama la atención sobre la falta de rigor de los filósofos del derecho que meramente dan estos derechos por sentado, sin profundizar en el porqué de la categoría.

Aunque el autor plantea diversas preocupaciones generales sobre este tipo de derechos, esta sección sólo se ocupará de las que son susceptibles de ser aplicadas a los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. Los cuatro aspectos que se tratarán son:

1. La falta de rigor o el eclecticismo no comprometido de los teóricos legales.
2. La cuestión de si tiene o no sentido hablar de los derechos colectivos.
3. ¿Qué constituye un grupo social?; y, ¿qué lo hace tan especial como para ser titular de un derecho colectivo? Enfoques individualistas y colectivistas.
4. ¿Cómo pueden los intereses del grupo reconciliarse con las ambiciones individuales de cada uno de sus miembros? ¿Debe alguno prevalecer sobre el otro?

La falta de rigor o el eclecticismo no comprometido de los teóricos legales

Cuando se habla de los derechos colectivos, en este caso de los pueblos indígenas, es fácil caer en la trampa de asumir su existencia y darlos por sentado, como se verá más adelante a través de la referencia a diversos casos que se encuentran registrados en la literatura.

Según García Amado, incluso resulta fácil sazonar el uso del término, por medio del recurso a expresiones o palabras de moda, que permiten comprometerse con el concepto sin necesidad de dar muestras de la precisión analítica requerida.. El uso indiscriminado de palabras como “globalización”, “principios”, “minorías” y “multiculturalismo” serían ejemplos de esta tendencia (García Amado, en adelante G.A., 2001:177).

Como en este artículo se hace bastante uso de los tres últimos términos, conviene detenerse en estos cuestionamientos. Comenta más adelante el autor que cuando un filósofo político afirma a la ligera que los derechos colectivos de hecho existen, dicha aseveración debe ser recibida con una sana dosis de escepticismo, pues la única respuesta posible sería un prudente “depende” (G.A., 2001:188).

En los siguientes párrafos se argumenta que en efecto existe un uso lingüístico coherente del término “derechos colectivos” en una amplia gama de jurisdicciones, el cual está estrechamente relacionado con los derechos humanos de los pueblos indígenas. Este uso, tanto en las normas legales como en la jurisprudencia internacional e interna de diferentes países, demuestra que la existencia de los derechos humanos colectivos ha trascendido el alcance de un simple “término de moda” para convertirse en el pilar de los regímenes jurídicos que buscan garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Uso lingüístico del término

La literatura actual, especialmente en lo que respecta a los documentos que consignan políticas públicas para promover el respeto y la participación de los pueblos indígenas, tiende a aceptar la existencia del derecho colectivo a la tierra y otros derechos conexos como premisa fundamental, sin detenerse en la reflexión acerca de su significado.

Por ejemplo, Campese y Guignier (2007) mencionan los problemas conceptuales que presentan ciertos derechos colectivos tales como la paz o el derecho al medio ambiente sano. Sin embargo, las autoras no cuestionan la literatura en la que fundamentan su conclusión, según la cual “los derechos colectivos son de particular importancia para entender el significado de los pueblos indígenas y comunidades locales móviles en relación con las prácticas de conservación de ecosistemas” (traducido por la autora) (Campese & Guignier, 2007:13-14).

16 Estas autoras no están solas en esta tendencia de tomar los derechos colectivos como punto de partida sin detenerse en los problemas conceptuales que estos mismos comportan. Entre quienes abordan el problema de esta manera las acompañan Sánchez Botero (2003), Borrini-Feyerabend et al (2004), Schmidt y Peterson (2009) y López Bárcenas (2006), por mencionar sólo unos cuantos.

Debido a su falta de rigor, esta actitud podría exasperar a comentaristas como García Amado, si no fuera por el hecho de que el término aparece en varios textos legales, y no solamente como el capricho aleatorio de un positivista. En Australia, y para ilustrar que el fenómeno sucede tanto en países de tradición legal Anglo Sajona como continental, el *Native Title Act* (*Ley sobre Título Nativo u Originario*) define el “*título nativo u originario*”, o los “*derechos e intereses nativos u originarios*”, como “los derechos e intereses comunitarios, de grupo o

individuales, que ejercen los Pueblos Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres en relación con las tierras o aguas” (*Native Title Act 1993* (Cth) s. 223.1).

El régimen de propiedad en el *Common Law* australiano se compone de varios derechos que fragmentan la propiedad, por lo que cada uno de sus elementos, tales como caza, pesca o uso de aguas, deben ser demandados y probados independientemente. Sin embargo, el conjunto de derechos en cuestión se basa en la premisa de que, si la demanda prospera, todos ellos le serán reconocidos como derechos colectivos a la comunidad o pueblo, y no a cada uno de sus miembros individuales.

En el mismo sentido, la Constitución colombiana reconoce el derecho colectivo a la tierra que tienen las comunidades indígenas y afrocolombianas⁷. Esto se encuentra establecido en el artículo 63 (el cual se complementa con el artículo 229), donde se manifiesta que estas tierras “son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”⁸

Este derecho colectivo a la tierra también es extendido a las comunidades afrocolombianas mediante la *Ley 70 de 1993, Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha ligado los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas con el catálogo de derechos fundamentales del país, de tal forma que ahora detentan un rango jerárquico más alto, y son susceptibles de protección mediante la acción de tutela, similar a la acción de amparo en España.⁹ Por ejemplo, en el caso de los pueblos indígenas, la Corte ha adoptado una interpretación jurídica amplia del derecho a un medio ambiente sano. Aunque éste es un derecho colectivo común a toda la población colombiana, se ha afirmado que el daño grave al ecosistema en el que habitan los indígenas puede afectar su derecho a la subsistencia como *pueblos*. En consecuencia, se entiende como parte del derecho a la vida, y es susceptible de ser protegido mediante acción de tutela (Sentencia SU-383/2003).

7 *Ley 70 de 1993 Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.*

8 *Constitución de 199* arts. 63 y 229.

9 Véase por ejemplo la interpretación jurídica de la Corte Constitucional del derecho a un medio ambiente sano. Aunque éste es un derecho colectivo, común a toda la población colombiana, en el caso de los pueblos indígenas el daño grave a su ecosistema puede afectar su derecho a la subsistencia como *pueblos*, por lo que se entiende como parte del derecho a la vida. *Corte Constitucional*, sentencia SU-383/2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

La nueva *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* (2009) contiene en el artículo 30.I una carta especial de derechos para las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, “cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.” Además de reconocer la singularidad de las cosmovisiones y culturas de cada uno de estos pueblos, la carta consagra, por ejemplo, la titularidad colectiva de tierras ancestrales, y la propiedad intelectual colectiva sobre sus conocimientos tradicionales (arts. 3.I.6 y 30.I.11).

La nueva *Constitución del Ecuador* (2008) va incluso más lejos al crear una carta especial compuesta *exclusivamente* de derechos colectivos para las minorías étnicas, entre las que se cuentan “las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas”, quienes “forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (art. 56).

Estos derechos incluyen el de conservar la propiedad de sus tierras ancestrales, las cuales son imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles y están exentas de tasas e impuestos (art. 57.4); participar en el uso y gestión de los recursos naturales presentes en éstas (art. 57.6); “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio y consuetudinario” (art. 57.10); y a ser consultados antes de la implementación de medidas legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos (art. 57.17).

La carta reconoce, así mismo, el vínculo especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra, mediante el derecho a “conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural” (art. 57.8). Nótese que ésta no es una imposición del estado como contrapartida a la titulación de la tierra; es más bien el reconocimiento de una prerrogativa, en consonancia con las disposiciones de la *Declaración DPI*.¹⁰

En un sentido similar, la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* reconoce el derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre sus tierras y sobre sus conocimientos ancestrales, los cuales define como no patentables en la misma línea de Ecuador y Bolivia (arts. 119 y 124).¹¹ Todas estas disposiciones jurídi-

10 *Declaración DPI* art. 25: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.”

11 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* arts. 119 y 124.

cas tienen en común que respondieron a la evolución de las normas internacionales en la materia de los derechos de los pueblos indígenas, y especialmente a la firma de la *Declaración DPI* después de una larguísima negociación.

Internacionalmente, los principales instrumentos de sustento de los derechos colectivos son el *Convenio 169 de la OIT* y la *Declaración DPI*. Aunque el segundo sólo utilice el término “colectivo” en pocos artículos, el carácter colectivo de los derechos consagrados en ella puede inferirse del uso continuo del término “pueblos” para denotar a los titulares de dichos derechos. Es clarificador comparar este tipo de discurso con la redacción y el lenguaje utilizados en tratados pertenecientes a la corriente individualista, en la cual prevalece el uso de términos como “individuos”, “miembros”, “personas pertenecientes a” o expresiones similares.

El *OIT 169* conceptualiza el derecho a la tierra como de índole colectiva, estrechamente ligado a la relación espiritual de los titulares con el territorio.¹² El aspecto más importante de esta posición jurídica es el reconocimiento de las distintas cosmovisiones de los pueblos indígenas como componente esencial de la integridad cultural, que está compuesta por varios aspectos interconectados, tales como la libertad religiosa, el lenguaje, el respeto por las creencias, y la salvaguarda y revitalización de creencias, y prácticas tradicionales.

Tal como señala Anaya (2004:58), el *OIT 169* consignó los reclamos de los pueblos indígenas después de un arduo cabildeo, en el que se argumentó ante la comunidad internacional que el reconocimiento de las identidades indígenas no podía reducirse meramente a la posesión de tierras, sino que comprendía una aspiración holística, que requería de que se consignaran varios derechos de manera integral y coherente.

En concreto, esta aspiración se materializó con el reconocimiento de los cinco grupos de derechos interconectados mencionados al principio de este artículo.¹³ A este respecto, el autor afirma que los pueblos indígenas:

12 *OIT 169* art. 13(1): “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.” Los vínculos espirituales con la tierra se encuentran también reconocidos en los arts. 25 y 26 de la *Declaración DPI*.

13 Un argumento que suele esgrimirse para objetar esta posición es que presenta demasiados obstáculos para su implementación. Hay en efecto ejemplos que muestran que la transición hacia un modelo multicultural

Han exigido el reconocimiento de los derechos de carácter colectivo, derechos entre cuyos beneficiarios se encuentran comunidades que comparten una continuidad histórica, en lugar de meros individuos... *La conceptualización y la articulación de dichos derechos choca con la dicotomía individuo / estado que ha permeado las concepciones dominantes de la sociedad humana y que persiste aún hoy, influenciando la elaboración de normas internacionales.* Los derechos colectivos reclamados, por otra parte, son un desafío a las nociones establecidas sobre el concepto de soberanía del Estado (subrayado fuera del texto original y traducción propia de la autora) (Anaya, 2004:59).

La inclusión en instrumentos internacionales de disposiciones jurídicas sobre derechos colectivos ha hallado una fuerte oposición, especialmente por parte de estados que otrora formaran parte de los grandes imperios coloniales. El malestar que este tema suscita se ha ventilado en varios foros internacionales, particularmente durante la negociación de la *Declaración DPI*.

Países como Estados Unidos, el Reino Unido, Francia y Australia sentaron una posición similar en cuanto a la inclusión de estos derechos en la declaración. Sus objeciones incluyeron negar de plano su existencia en el derecho internacional, y considerarlos como una posible fuente de confusión e inestabilidad jurídica en relación con otros tratados sobre derechos humanos (Xanthaki, 2011: 414-416).

Esta oposición no es infundada. Una lectura rápida de los principales tratados de derechos humanos revela, en efecto, un marcado predominio de los derechos de la persona. El *Convenio 169 de la OIT* es la clara excepción a esta regla, al ser el único tratado multilateral vinculante, hasta la fecha, en contener disposiciones obligatorias en materia de derechos humanos colectivos.

Sin embargo, hay casos que admiten una versión condicionada. Tal es el caso de la primera mención de un derecho colectivo en la esfera internacional. Se trata del derecho a la integridad cultural, consignado en el artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.¹⁴ En este tratado, así

y pluriétnico es visto como una amenaza contra la unidad nacional y la estabilidad jurídica, tal como ocurrió en el caso de México con ocasión del proceso de paz con el movimiento armado Zapatista (Harvey, 2007).

14 Art. 27: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, *en común con los demás*

como en el artículo 3 (1) de la *Declaración sobre minorías*, el derecho se ve atenuado por la posibilidad de elegir el ámbito de su ejercicio. A este respecto, se afirma que “las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos (...) *individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo*, sin discriminación alguna.”

Ambos instrumentos conservan el enfoque individualista, y se guardan de utilizar el término “pueblos” para evitar ampliar la base de interpretación hacia el incómodo sector de los derechos colectivos.

Los tribunales internacionales también han respondido a estos reclamos, al desafiar abiertamente la interpretación universalista y personalísima de los derechos humanos, y acceder a las demandas de reconocimiento de la titularidad colectiva, como se verá a continuación.

Uso del término en la jurisprudencia de tribunales internacionales

A pesar de la escasez de disposiciones que garanticen expresamente el ejercicio de los derechos colectivos, los tribunales internacionales han aceptado el mérito de reclamar su reconocimiento mediante litigios. Se destacan, en este sentido, las actuaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

La CIDH se pronunció con ocasión de la disputa *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua* (en adelante *Caso Awas Tingni*), en la que reconoció los derechos colectivos sobre la tenencia tradicional y el uso del territorio de la comunidad.¹⁵ En el mismo sentido la CADHP, en la decisión *Centre for Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya* (en adelante *Caso Endorois*), insistió en que los pueblos indígenas no son beneficiarios pasivos de bienes y servicios ambientales, sino que son participantes activos que, en su calidad de pueblo, tienen intereses importantes en juego.

Lo anterior fundamentó la línea argumentativa según la cual el pueblo Endorois sólo podría ser autónomo y responsable de la salud del ecosistema

miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (énfasis fuera del original).

¹⁵ Anaya y Grossman recogen los principales argumentos de esta decisión (Anaya & Grossman, 2002). Nótese que este caso ha servido como base doctrinal de otros casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Rodríguez-Piñero Royo, 2006).

de sus tierras ancestrales si se les otorgara la propiedad sobre éstas, junto con los derechos y deberes que esto conlleva.¹⁶

Los hechos de ambos casos son similares. Los pueblos indígenas Awas Tingni de Nicaragua y Endorois de Kenia fueron expulsados a la fuerza de sus tierras. El agente principal detrás de los desalojos fue el gobierno que, en ambos casos, perseguía un interés comercial en relación con los recursos naturales de estos territorios (madera y piedras preciosas respectivamente), en beneficio de compañías multinacionales.

Así mismo, otro trozo del territorio Endorois se destinó a la creación de una reserva natural. Los reclamos presentados por las partes, en este caso, también son similares, e incluyen el reconocimiento de que los grupos indígenas afectados tienen un derecho colectivo preferente con respecto al territorio; y que sus medios de subsistencia e identidad como pueblos diferenciados corren peligro a causa del desalojo. Ambos tribunales fallaron a favor de las comunidades.

Otro aspecto interesante de estos fallos es la posibilidad que generan, para los pueblos indígenas, de elevar demandas en tribunales internacionales sin que éstas sean rechazadas de plano con base en el principio de soberanía estatal. Esto denota que los derechos colectivos, interconectados bajo la libre determinación, se enmarcan perfectamente dentro de las nociones de multiculturalismo y pluralismo jurídico.

22 El lenguaje utilizado en las sentencias es muy similar y presenta el uso frecuente de expresiones tales como “tierras ancestrales”, “propiedad tradicional” y “conexión con la tierra”. Esto es indicativo de un cambio de perspectiva que ahora acepta la viabilidad de los derechos colectivos en el derecho internacional, el cual puede también apuntar al reconocimiento de la importancia de las cosmovisiones y vínculos intangibles en el territorio como parte de la integridad cultural; y de la red de derechos interconectados que componen el corpus de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y otras minorías étnicas, que no deben confundirse con las minorías nacionales (véase, Kymlicka, 2008).

Parecería entonces que existen derechos humanos colectivos, porque hay normas positivas que los consagran y decisiones judiciales que los reconocen. Sin embargo, este razonamiento no parece suficiente para conceptua-

16 Para un análisis detallado de este caso, véase (Morel, 2010).

lizar la relación colectiva con la tierra, y para justificar que los cinco grupos de derechos mencionados arriba se protegen más adecuadamente si sus titulares son los pueblos y no sus miembros individuales. Vale la pena recalcar que ésta es una cuestión de identidad, lo que conduce al siguiente punto.

¿Tiene algún sentido hablar de los derechos colectivos?

Según García Amado, tiene sentido hablar de los derechos colectivos, pero sólo de una manera trivial. A modo de ejemplo, el autor trae a colación el caso de los derechos colectivos que se han creado por la ley positiva, tal como los que regulan la creación de personas jurídicas. Sostiene que el hecho de tener una Constitución u otra ley que reconozca los grupos o pueblos como los titulares de derechos colectivos no proporciona una base teórica suficiente para justificar su existencia. Si acaso, la regulación positiva daría fe de la existencia de ciertos grupos, como las familias (G.A., 2001:178-179).

La objeción que plantea García Amado puede parecer obvia para un positivista. Sin embargo, conviene pensar en el contraejemplo. ¿Qué sucede cuando, en lugar de reconocer derechos a los grupos, la ley se los niega? García Amado utiliza ejemplos particularmente inquietantes del colectivismo positivista de regímenes autoritarios, como los de Franco, Stalin y Hitler, como una crítica de los peligros que trae consigo la identificación del concepto de derecho a ciegas, o por la fuerza, con un grupo o colectivo. Más problemático aún resulta usar la pertenencia a estos grupos bajo un poder autoritario como la única fuente válida de derechos (G.A., 2001:183-184).

Es revelador que estos ejemplos se refieran a los derechos colectivos cuyos titulares pertenecen a la mayoría que está en el poder o subyugada por éste (G.A., 2001:186). De hecho, conviene traer a colación que los regímenes de derechos colectivos, en estos casos, se diseñan generalmente como instrumentos para oprimir y para discriminar a las minorías, además de convertir a las mayorías –o *colectivos*– en una suerte de rebaño obnubilado por un falso sentido de pertenencia, producto de la manipulación ejercida por quienes detentan el poder.¹⁷

17 Acerca del término “rebaño” utilizado aquí, véase la crítica de Horkheimer y Adorno (2002:9 et seq.) sobre los riesgos de coerción del estado que se vale de mecanismos como el sentido colectivo de pertenencia que sacrifica al individuo.

La clave, en estos casos, es que esta población no se da cuenta de que está siendo manipulada, sobre todo cuando pertenece al grupo favorecido. Por lo tanto, el sello distintivo de este tipo de derechos colectivos es que sirven como instrumento para facilitar la exclusión y las prácticas discriminatorias. Valga pues la pregunta de si este estado de cosas es aplicable a las aspiraciones políticas de los pueblos indígenas, y a las de otras minorías históricamente marginadas. El siguiente punto se ocupa de esta cuestión.

Minorías y derechos colectivos

La existencia misma de situaciones de exclusión, discriminación o falta de poder político es el vínculo fundamental que une a grupos minoritarios a través del globo. Los lazos, incluso, tienden a consolidarse entre los miembros de los grupos a los que tradicionalmente se les han negado ciertos derechos, lo cual no sucede tan a menudo en grupos cuyos derechos han sido reconocidos (Mitnick, 2000:190).

Al respecto, una de las críticas más fuertes que hace García Amado es que el uso indiscriminado del término “minorías” sirve a menudo como una justificación para otorgarles derechos colectivos, omitiendo cualquier explicación teórica que justifique esta decisión. Por lo tanto, el término se convierte en un lugar común, que impide a los filósofos del derecho detenerse a reflexionar seriamente sobre la teoría de los derechos colectivos. Sin embargo, por mucho que se pueda desconfiar del uso de la palabra “minorías”, ésta no puede descartarse a la ligera como un mero cliché, como el autor parece sugerir.

Al detenerse a reflexionar acerca de las aspiraciones y reclamos de las minorías étnicas o culturales, se discierne que su identidad y existencia misma como grupo están estrechamente ligadas a ciertos derechos colectivos, y especialmente a la autodeterminación y la integridad cultural.¹⁸ Conviene aquí traer a colación la teoría de Mitnick (2000), quien categoriza este tipo de derechos como “derechos constitutivos”, que son aquéllos por los que se lucha y que acaban por convertirse en el factor definitivo que diferencia ciertos grupos de otros. Para este autor, “los seres humanos nunca son meramente

18 *Declaración DPI art. 9:* “Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”.

una entidad autoconstituida. Los humanos están también, en parte, constituidos por sus derechos” (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:186).

Estos derechos constitutivos representan una tercera categoría de derechos que se suma a los especiales y a los generales propuestos por Hart (Mitnick, 2000:193, citando a Hart, 1984:84-88). La crítica de Mitnick a la teoría de Hart parte de la gran dificultad que conlleva encontrar un derecho que realmente abarque a la humanidad entera como titular de derechos.

Es prácticamente imposible encontrar un grupo universal que sea titular de algún derecho positivo, ya que incluso los derechos que se dicen generales se encuentran enmarcados en sistemas jurídicos específicos y no universales. Esto significa que siempre habrá personas excluidas del sistema, puesto que los grupos sociales son “perceptibles sólo en un contexto de diferencias.” (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:194).

Entonces, ¿qué es un derecho constitutivo y cuál es su importancia? Un derecho constitutivo no surge de las relaciones o transacciones celebradas entre particulares, por lo que no puede ser clasificado como un derecho especial. Tampoco puede ser considerado un derecho general, porque “no pretende proteger los intereses de todas y cada una de las personas” (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:197).

Por el contrario, un derecho constitutivo es aquél que “cobija solo a algunos mientras que obliga a muchos” (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:197). Los derechos constitutivos no son comunes, ya que los grupos que los poseen no tienen por lo general la fuerza suficiente para hacerlos cristalizar en leyes.

Para que dicha cristalización ocurra, deben existir razones de mucho peso, usualmente basadas en la justicia social (Mitnick, 2000:198), lo cual requiere cierto nivel de sofisticación de las instituciones jurídicas, y de la voluntad estatal.

Esta base teórica de los derechos constitutivos se ajusta a la situación de los pueblos indígenas. En primer lugar, abarca los derechos por los que han luchado mediante movimientos sociales, organizados en una representación sólida, consensuada y coherente en los foros internacionales,¹⁹ particularmente el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

19 Véanse al respecto de los movimientos indígenas y el cambio social en Colombia los artículos de Padilla (1996) y de Lemaitre (2008).

Esta posición recalca que no se trata de derechos especiales, ya que no involucran sólo un individuo en una transacción específica. Tampoco son generales, ya que no son de aplicación universal. La opción de la categoría que queda abierta para incluir el tipo de derechos a los que nos hemos venido refiriendo es la de los derechos constitutivos.

Es posible entonces afirmar que los derechos humanos de los pueblos indígenas son derechos constitutivos porque sus titulares son pequeños grupos sociales claramente definidos. Adicionalmente, se puede afirmar que respetar dichos derechos es una obligación de la totalidad de los miembros del Estado en que éstos habitan.

Sin embargo, hay otra manera de definir un derecho constitutivo que desafía esta teoría. En el sentido más básico, un derecho constitutivo es aquél que crea una situación jurídica previamente inexistente. Por lo tanto, si se aplicase esta definición para reconocer, por ejemplo, el derecho a la tierra, esto significaría negar la relación preexistente de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales.

Maya Aguirre (2009) utiliza este argumento para señalar que el hecho de que algunos pueblos no posean títulos formales de propiedad sobre sus territorios ancestrales no afecta la validez de los intereses legales sobre éstos, “porque el objeto de protección es la ocupación ancestral” (Maya Aguirre, 2009:90).²⁰ Nótese que éste no es el significado utilizado por Mitnick.

Ahora bien, por más convincente que sea el argumento de Maya Aguirre, algunos quizá puedan verse tentados a interpretarlo como circular. Si la desposesión y la marginalidad son las características que unen a un grupo, cabe preguntarse si este grupo ya existía. La respuesta es que sí, y se basa en los motivos que serán expuestos a continuación, por medio de los cuales es posible explicar por qué algunos grupos sociales pueden ser titulares de derechos colectivos.

20 La autora basa este comentario en las observaciones del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que vigila el cumplimiento de los Convenios de la OIT, en este caso el *OIT 169* (CEACR, 2007).

¿Qué hace tan especiales a ciertos grupos sociales?

Enfoques individualistas y colectivistas

Las escuelas de pensamiento individualistas y colectivistas se pueden utilizar para desafiar la noción de los derechos colectivos constitutivos, lo cual también pondría en duda la legitimidad de los grupos que tienen derecho a ellos.

Escuela individualista

La escuela de pensamiento individualista presenta una oposición manifiesta a los derechos colectivos constitutivos. Por ejemplo, un individualista puede argüir que no hay ninguna calidad de un grupo que pueda hacerlo merecedor de un trato diferenciado. García Amado postula que este argumento se debería a que los grupos son una asociación de personas, que se unen para obtener bienes o defender intereses que de otro modo serían inalcanzables.

El hecho de que este tipo de asociaciones se base en una mayor afinidad, tal como compartir el idioma, las creencias o la cultura, sería intrascendente para este autor, ya que estos son simplemente factores que contribuyen para facilitar el agrupamiento. Por ende, no son “razones de que el grupo tenga vida propia o se convierta en sujeto ‘personal’ de su historia y su destino” (G.A., 2001:185).

Si los factores aducidos sólo propician el agrupamiento, entonces obtener derechos diferenciados obedecería a un egoísmo racional de los individuos agrupados, quienes desean adquirir un tratamiento preferencial para los miembros del colectivo. A este respecto, García Amado enfatiza que éstas no son más que razones prácticas, insuficientes para una base ética u ontológica para sustentar un trato diferenciado (G.A., 2001:185).

Sin embargo, esta objeción no es del todo exacta. No puede llegarse precipitadamente a la conclusión generalizada de que las personas que pertenecen a grupos sociales titulares de derechos colectivos se aliaron únicamente para obtener algún beneficio individual, el cual sólo se puede conseguir mediante la asociación con sus semejantes.

En lo que respecta a los pueblos indígenas, hay una clara tendencia hacia la definición colectiva de sus derechos, los cuales, como se ha visto en el apartado anterior, corresponden a la categoría que en la propuesta de Mitnick se engloba en el término de “derechos constitutivos”. Este reclamo por la conceptualización colectiva ha sido una constante en los foros internacio-

nales, y fue uno de los motivos por los que la negociación de la *Declaración DPI* tomó alrededor de 15 años (Newman, 2006-2007: 275-276).

Ahondando en la teoría de Mitnick, para ser titular de un derecho colectivo, un grupo necesita alcanzar un nivel de cohesión mucho mayor que un simple *animus societatis*. Mitnick imagina una escala asociativa que va desde el estatus puramente individual, pasa al estadio de un afiliado simple, no integrado al grupo, y culmina en el estatus de grupo social colectivo. El autor argumenta que las dos primeras categorías son claras, mientras que la tercera está condicionada a la ocurrencia de un evento extraordinario, es decir, a “un momento casi orgánico (...) que sólo se produce cuando se crea una característica o estatus común lo suficientemente fuerte como para definir un aspecto significativo de la identidad social de cada miembro”²¹(Mitnick, 2000:191).

Una cuarta etapa se debe agregar aquí: la comunidad. Esta última fase conecta la identificación, que consiste en que los individuos se comprenden como parte del colectivo, con la acción colectiva. Los pueblos indígenas pueden incluirse en la cuarta etapa, ya que sus acciones como un colectivo han sido fuertes, vocales y coherentes.

A pesar de la variedad de pueblos indígenas en el mundo, con distintas culturas, pluralidad de idiomas, y una plétora de creencias, éstos persiguen objetivos comunes bien diferenciados. Esos objetivos han ido ganando espacio en las esferas jurídicas nacionales e internacionales, las cuales se han venido transformando lentamente para incorporar sus demandas.²²

28 Hay que destacar que las comunidades indígenas no se reducen a meras asociaciones de individuos. Sus miembros comparten mucho más que un interés pasajero en la acción colectiva.²³ La identidad de cada individuo está ligada a un sentido de comunidad que se pondría en riesgo si fuera discriminada por la sociedad mayoritaria, como ha sucedido en varios países en los que se anularon las identidades indígenas y, por consiguiente, pueblos enteros.

21 Traducción de la autora

22 Documentos como el Reporte Martínez Cobo (1983) sustentan estas afirmaciones. Así mismo, los reclamos sobre los cinco grupos de derechos colectivos diferenciados basados en la autodeterminación fueron consignados en *OIT 169* y expandidos en la *Declaración DPI* aun cuando este no es un instrumento vinculante.

23 Esta es la posición de Colombia, tal como se verá más adelante en este artículo. Véase, *Corte Constitucional*, Sentencia T-254/1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Después de haber señalado los motivos por los que las críticas de la escuela individualista no son suficientes para oponerse a la existencia de derechos colectivos, conviene abordar las contradicciones de la escuela colectivista.

Escuelas de pensamiento colectivistas y sus contradicciones

Una de las críticas más fuertes a la escuela colectivista es su estatus artificial. Como García Amado señala, las teorías colectivistas pueden venderse como los ideales libertadores de naciones y pueblos oprimidos, sin detenerse a despejar los obstáculos teóricos. Por ejemplo, supongamos que un grupo oprimido reclama una serie de derechos y que éstos se conceden, al tiempo que se le niegan a otros grupos.

La concesión de estas prerrogativas legitima al grupo. Sin embargo, esta justificación implica que otros grupos también tendrían sus derechos justificados, legitimados por defecto.²⁴ García Amado (2001:187) declara al respecto que:

Si es reprochable y contrario a los derechos de un pueblo indígena (...) que sus prácticas religiosas se vean interferidas o contaminadas por prácticas religiosas externas, también lo será de la misma manera que se vean interferidas o contaminadas las prácticas religiosas de un pueblo cristiano.

El doctrinante critica el mal uso dado al término genérico “bien colectivo”, como plataforma para sacrificar los derechos individuales y las libertades civiles, como sucede a menudo en los regímenes totalitarios.²⁵ Sin embargo, esta crítica no debería dirigirse hacia la existencia de los derechos colectivos en sí, sino más bien a las autoridades que las imponen para adelantar su propia agenda.

Paradójicamente, las técnicas que imponen la prevalencia del bien colectivo sobre los derechos y libertades individuales han sido la herramienta

24 García Amado declara al respecto que “si es reprochable y contrario a los derechos de un pueblo indígena ... que sus prácticas religiosas se vean interferidas o contaminadas por prácticas religiosas externas, también lo será de la misma manera que se vean interferidas o contaminadas las prácticas religiosas de un pueblo cristiano.” (G.A., 2001:187).

25 Véase las objeciones del autor a la prohibición de uso de idiomas diferentes al francés en Quebec, como una medida para prevenir que esta lengua caiga en desuso en Canadá. Esta es una medida de salvaguardia para proteger la identidad colectiva de los Québécois (G.A., 2001:188).

teórica principal para justificar el despojo y la asimilación de los pueblos indígenas. Cada vez que una mayoría que está en el poder se casa con un discurso colectivista extremo, el sistema jurídico pierde el espacio para adoptar cualquier tipo de perspectiva multicultural.

Las minorías quedan por lo tanto, inevitablemente, subsumidas y asimiladas mediante la aceptación forzada de la identidad mayoritaria. La difícil situación de los pueblos indígenas en países con doctrinas asimilacionistas parte de la falta de reconocimiento de la validez de sus diferentes interpretaciones del mundo, expresadas a través de sus cosmovisiones.

Es por ello que los reclamos de los pueblos indígenas apuntan a la inclusión mediante el reconocimiento del pluralismo jurídico. Es entonces menester desligar el discurso colectivista de los regímenes totalitarios, y de las políticas de homogenización, e intentar interpretarlos desde la perspectiva del otro. De esa manera los derechos colectivos se convierten en un mecanismo de reconocimiento de la diferencia.

¿Cómo reconciliar los intereses del grupo con las ambiciones de cada uno de sus miembros? ¿Debería uno prevalecer sobre el otro?

Una crítica trillada de los derechos colectivos es la que esgrime su tensa relación con los derechos individuales. Al respecto, es necesario preguntarse cuál de los dos intereses debería prevalecer. Así mismo, es preciso discutir si se está haciendo alusión a los intereses y derechos de un grupo como *entidad autónoma*, o a los de la *suma* de los intereses de cada uno de sus miembros. Esta cuestión se abordará en este artículo desde la perspectiva del derecho colectivo a la tierra.

El derecho colectivo a la tierra de los pueblos indígenas trasciende el simple disfrute de un bien común. Esta afirmación cuestiona nociones sobre propiedad privada como las de John Locke, que han servido de soporte teórico para los regímenes jurídicos sobre la materia de los sistemas de tradición Anglo Sajona y continental.

Si nos limitamos a la visión utilitaria, la propiedad colectiva de la tierra podría convertirse en un escenario de parasitismo como el que critica Hardin (1968) en su famoso ensayo *The Tragedy of the Commons* (“*La tragedia de los bienes de propiedad común*”), en el que el afán humano por explotar aque-

llo que no ha costado nada acaba deteriorando la propiedad común hasta destruir su productividad. No obstante, este escenario ha sido cuestionado desde la investigación empírica de autores como Ostrom (1990).

Para las culturas indígenas, muchas de las cosmovisiones sobre las maneras de manejar el mundo proporcionan una comprensión de la tierra como una conexión indivisible entre los mundos físico y espiritual. Este enfoque espiritual, implica, por lo general, un sentido de la responsabilidad bajo el entendido de que no es la tierra la que pertenece a la gente, sino la gente la que le pertenece a la tierra.²⁶

Para algunos pueblos de Colombia, como ocurre en muchas otras culturas, el uso y el manejo de la tierra dependen de la protección de los sitios sagrados. Éstos deben ser accesibles a todos los miembros del grupo para que puedan ofrecer sus respetos y presentar ofrendas. Si se considera además la creencia en la existencia de una relación entre los mundos, la cual requiere el mantenimiento de la armonía y el equilibrio, está en el mejor interés de todos los miembros del grupo que los sitios permanezcan sanos.

Desmembrar el territorio y adjudicarlo en parcelas individuales a cada uno de los miembros del grupo atentaría contra la integridad cultural del pueblo entero (Acaipi y Fundación Gaia Amazonas, 2010). Estas relaciones profundas con la tierra contrastan drásticamente con la teoría de Hardin (1968), a partir de lo cual se concluye que ésta no puede aplicarse de buenas a primeras a grupos humanos que no se enmarquen dentro de la tradición occidental.

Colombia: La construcción del carácter colectivo de ciertos derechos fundamentales

Después de haber abordado las críticas a la existencia y conveniencia de los derechos colectivos, cuyos titulares son pueblos enteros en lugar de individuos, esta sección demuestra que en el caso de Colombia éstos son además reconocidos como derechos fundamentales constitucionales. Esto significa,

26 En la nominación del *Conocimiento tradicional de los chamanes jaguares del Yuruparí*, hoy patrimonio de la humanidad, se explica cómo la tierra está inextricablemente unida al reino espiritual, por lo que su protección hace parte del patrimonio intangible (Acaipi y Fundación Gaia Amazonas, 2010). Varios de los apartes de esta nominación están también disponibles en inglés en la página web de la Unesco de la manifestación (Ministerio de Cultura de Colombia, 2011).

entre otras prerrogativas, que dichos derechos tienen la capacidad de ser protegidos con el mecanismo extraordinario de la acción de tutela.²⁷

Las principales disposiciones constitucionales que protegen y promueven los derechos humanos de los pueblos indígenas y otras minorías étnicas son los artículos 7 y 70, que abordan los temas de diversidad cultural, apoyo estatal a la cultura, y construcción de una identidad nacional basada en la diversidad.

La cultura, por lo tanto, se convierte en el fundamento de la nacionalidad; y ésta a su vez se asume como compuesta por una gran diversidad de tradiciones, tanto de la sociedad mayoritaria como de la multiplicidad de grupos étnicos del país.

Otros derechos incluyen el carácter oficial de las lenguas indígenas en los resguardos, y el hecho de que la educación formal en éstos deba ser bilingüe (arts. 10 y 68). También se estipula que los territorios tradicionales son de propiedad colectiva (arts. 63, 286, 320), y el reconocimiento de la autonomía de gobierno, y de la validez y prevalencia del derecho consuetudinario dentro de los resguardos (art. 246).

La protección y el reconocimiento de las minorías étnicas y sus derechos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional son quizás únicos en su rigurosidad, la cual parte del respeto a la autonomía de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. A este respecto se afirma que:

El pluralismo jurídico es el concepto clave en la perspectiva postmoderna del derecho. No es el pluralismo jurídico tradicional de la antropología jurídica en el que los diferentes ordenamientos son concebidos como entidades separadas que coexisten en un mismo espacio político. Es más bien la concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, entrelazados y mezclados tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones, tanto en las crisis como en el rutinario día a día” (traducción de la autora) (De Sousa Santos, 1987:297).

En los 22 años que la Constitución ha estado en vigor, se ha producido un cambio notable en lo que concierne a la interpretación de los derechos y la

27 El mecanismo está consagrado en la *Constitución Política de 1991* art. 86 y se encuentra regulado por el *Decreto 2591 de 1991 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.*

participación de las minorías étnicas.²⁸ En 1991 éstas se interpretaban todavía bajo la luz condescendiente de las políticas asimilacionistas que predominaron en América Latina desde la postguerra;²⁹ y en particular luego de la suscripción del *Convenio Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales* de 1959 (en adelante OIT 107).

Esta perspectiva prevaleció en América Latina no solo debido al alto índice de ratificaciones que tuvo el *Convenio OIT 107* en la región, sino además merced a la fuerte acogida que tuvo este tipo de políticas integracionistas en la *Organización de Estados Americanos* (OEA) (Stavenhagen, 2002:27).

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha afianzado las bases para que estos pueblos se constituyan en actores políticos completos. Se ha hecho por lo tanto un esfuerzo notable para ampliar los espacios de participación disponibles en el país, mediante la implementación de los mecanismos del *Convenio OIT 169*, de tal forma que los pueblos indígenas ahora pueden influir en los procesos políticos, legislativos y administrativos.

En particular, la jurisprudencia ha sido congruente en proteger y resaltar el valor intrínseco que las cosmovisiones, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas se corresponden con el espíritu pluralista del Estado (Constitución Política de 1991, art. 7).

El principio de diversidad étnica y cultural

La Corte Constitucional ha dado pasos firmes para reafirmar que Colombia se ha alejado del paradigma asimilacionista de las políticas indigenistas. En la jurisprudencia de esta Corte el multiculturalismo pasa de ser una noción intangible a convertirse en una herramienta legal poderosa, que se ha utilizado con éxito en las esferas judicial y política.

La Corte es proactiva en la promoción del reconocimiento de los pueblos indígenas como miembros valiosos de la democracia, a quienes se debe

28 De acuerdo con el último censo llevado a cabo en el año 2005, el 3.4% de la población colombiana se reconoce a sí misma como indígena, y el 10.5% se reconoce como negra, mulata o afrodescendiente (Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE).

29 Tennant (1994:10-16) hace una revisión exhaustiva de la literatura jurídica de América Latina. Relata el autor que las políticas indigenistas se caracterizaron por tener un enfoque que buscaba asimilar a los pueblos indígenas en los países latinoamericanos a la cultura dominante. Éstas políticas fueron altamente influenciadas por los paneles de expertos de la OIT, que finalmente resultaron en la suscripción e implementación del *Convenio OIT 107*.

garantizar en poder participar en pie de igualdad en las decisiones que les conciernen. En la sentencia de unificación que recogió la jurisprudencia emitida hasta el año 1998, la Corte dio la siguiente definición del principio de diversidad, el cual sigue vigente:

El principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana, y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental” (citando a la Sentencia T-380/1993). 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 monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura (Sentencia SU-510/1998).

34 Después de las afirmaciones anteriores, la Corte reiteró su postura radical a propósito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la que se aleja de la doctrina integracionista del *Convenio OIT 107*, a la que considera contraria al espíritu de pluralismo jurídico de la nación. Al denunciar específicamente la anterior política asimilacionista, la construcción jurisprudencial de este tribunal superior ha tenido el efecto de abrir lentamente espacios de participación eficaces para los pueblos indígenas, en los que se respetan sus propias cosmovisiones, aspiraciones, prioridades, e identidades culturales³⁰.

De esta manera, los pueblos indígenas son alentados y reconocidos como parte invaluable del patrimonio colombiano. Esta reivindicación por parte de la Corte de los derechos de participación resuena con el diálogo multicultural postulado por Young (1990:117):³¹

30 Estos derechos hacen parte de la *Declaración DPI*.

31 “El multiculturalismo es el esfuerzo específico para crear instituciones y eventos a los cuales, en principio, todos en la sociedad tienen acceso, en los que se juntan y reafirman los aspectos diversos que

En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (SU-510/1998).

Para que esta inclusión democrática pueda funcionar y evolucionar progresivamente, es necesario contar con mecanismos para prevenir y eliminar la discriminación, al tiempo que se garantice la inclusión en todos los niveles de la sociedad, y la igualdad de trato ante la ley, como se verá en el aparte siguiente.

Discriminación positiva

Los pueblos indígenas han sido históricamente discriminados y marginados, lo cual crea un desequilibrio entre las minorías étnicas y la sociedad mayoritaria. Este desequilibrio no puede ser corregido fácilmente sólo con la aprobación de leyes contra la discriminación.

La Constitución colombiana de 1886 no tenía ninguna mención específica respecto de cuestiones raciales o de discriminación por motivos de raza. Sin embargo, sí incluyó una prohibición completa de la esclavitud, y la declaración de que cualquier esclavo escapado de otro país sería liberado por el mero hecho de tocar suelo colombiano (*Constitución de 1886* –revocada– art. 22).

Esta omisión es reflejo del ejercicio que se llevó a cabo para la construcción de la nueva nación colombiana en aquella época, bajo el cual Colombia se vio a sí misma como perteneciente a una identidad mestiza unívoca. Chaves y Zambrano (2006:6-8) argumentan que el término *nación mestiza* nació en el siglo XIX, tal vez como un eufemismo, para denotar un pasado vergonzante de mezcla racial; al tiempo que dio paso para construir una nueva nación cuyo objetivo era la homogeneización de la cultura. Aunque este concepto conservó tácitamente las jerarquías raciales, buscó incorporar y asimilar gradualmente a las poblaciones negras e indígenas hasta llegar al blanqueamiento.

tiene una sociedad tales como los lenguajes, símbolos, historias, narrativas, imágenes y tradiciones musicales” (traducción de la autora).

Además de la denominación de Colombia como un país multicultural, con una pluralidad de etnias, la Constitución dispone la igualdad ante la ley y la no discriminación como derechos fundamentales. La disposición concuerda con lo dispuesto por la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* al afirmar en su artículo 13 que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.³²

Esto va más allá de una mera prohibición o de una declaración de igualdad sin más consecuencia jurídica, ya que el artículo añade a reglón seguido que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

Por otra parte, y para afianzar la posibilidad de crear mecanismos de acción afirmativa para la inclusión real de los sectores vulnerables de la sociedad, el artículo agrega que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, en razón de su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan”.

Esta disposición ha ayudado a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas en la protección activa de sus derechos, sobre todo por parte de la Corte Constitucional.³³ Adicionalmente, en el 2011 el Congreso expidió *Ley 1482 de 2011* en la que se criminaliza la discriminación racial, haciéndola parte del listado de delitos punibles del Código Penal.

32 Compárese con el Prámbulo de la *Convención sobre Eliminación de la Discriminación Racial* de 1969, que a su vez hace referencia a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en la misma, sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional”.

33 Las minorías étnicas en Colombia se han visto especialmente afectadas por el conflicto armado que ha asolado el país durante la mayor parte de un siglo. Para ahondar en el tema, se recomienda el estudio sobre las comunidades negras como víctimas del desplazamiento forzado por parte de grupos armados (guerrilla y paramilitares) de Rodríguez Garavito et al (2009).

Adicionalmente, la constitución incluyó otra medida de acción afirmativa con la creación de dos puestos adicionales en el Senado del país, cuya jurisdicción electoral se circunscribe únicamente a los pueblos indígenas en todo el territorio. Para aspirar a ser elegidos en el cargo, además de ser indígenas, los candidatos deben haber ocupado el cargo de autoridad tradicional en sus respectivas comunidades, o haber sido los líderes de una organización indígena (*Constitución Política* de 1991, art. 171).

Diferencias conceptuales del derecho a un medio ambiente sano para los pueblos indígenas

La Constitución de 1991 consagra en el artículo 79³⁴ el derecho colectivo de todos los ciudadanos colombianos a disfrutar un medio ambiente sano. Existe, sin embargo, una diferencia conceptual entre este derecho general y el derecho colectivo al medio ambiente de los pueblos indígenas y las minorías étnicas.

La Corte Constitucional ha desarrollado principios normativos diferenciados para estos pueblos, sobre la base de la relación especial y reconocida que tienen con sus tierras, que trasciende la mera propiedad y entra en el reino de lo espiritual. Por lo tanto, la protección del medio ambiente en las tierras ocupadas o utilizadas por los pueblos indígenas puede ser interpretada como una entidad íntimamente vinculada a su derecho humano colectivo a la vida en tanto que *pueblo*.

Es importante traer a colación que desde los primeros años de existencia de la Corte, ésta sentó la posición sobre la identidad colectiva de los pueblos indígenas. Los argumentos expuestos por García Amado (2001), quien desestima los grupos indígenas como asociaciones efímeras de personas con ideas afines, hallan una refutación directa en la sentencia que relacionó el derecho colectivo a la subsistencia de los pueblos con el derecho fundamental constitucional a la vida, en la cual se afirma que:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos.
La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de

34 “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo...”

sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución (énfasis fuera del original) (Sentencia T-380/1993).

El fallo de unificación en el que la corte se pronunció sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho colectivo al medio ambiente, tuvo lugar con ocasión de los daños ambientales causados por la aspersión del herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos. El razonamiento de la sentencia se aparta de la concepción puramente ecológica del medio ambiente, para entrar en el ámbito de los derechos humanos fundamentales. En concreto, se vinculó la negligencia del Estado, incluso por omisión, para abordar los daños ambientales en los resguardos. Dicha negligencia incide sobre los derechos que tienen los pueblos indígenas a subsistir como pueblos.

Esto no sólo se relaciona con el derecho a la vida consagrado en el artículo 11, sino también con el derecho a la no desaparición forzada del artículo 12, interpretado aquí como un derecho humano colectivo. Nótese que ambos hacen parte del catálogo de derechos fundamentales de la constitución.³⁵

Identidad cultural: vínculos con la autonomía gubernativa

En Colombia, la autonomía política y gubernativa de los pueblos indígenas está consagrada en el artículo 246. Ésta les da a las autoridades de cada etnia la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus propios territorios, siguiendo sus propias reglas y procedimientos.

35 “La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro ambiental (...) en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado (CP art. 13). La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias.” Sentencia SU-383/2003.

Este artículo debe leerse en conjunción con el 286, que consagra la independencia territorial de los resguardos indígenas; y con el artículo 321, que regula el régimen administrativo de las entidades territoriales. En suma, se reconoce el derecho consuetudinario de cada uno de los pueblos indígenas como parte del pluralismo jurídico.

Los territorios indígenas están gobernados por consejos reunidos, formados y regulados de acuerdo con las costumbres de sus comunidades. Éstos ejercen las siguientes funciones reguladas en el artículo 330:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Estas funciones y atribuciones implican una verdadera autonomía de gestión, y aceptan expresamente el papel y la preponderancia del derecho consuetudinario en el funcionamiento de cada territorio.³⁶ Esto se refleja en la capacidad de diseñar y desarrollar sus políticas, y en la capacidad de manejar sus recursos económicos.³⁷

36 Si el lector desea profundizar el tema de la interacción de la jurisdicción ordinaria con los regímenes especiales, además de una explicación extensa sobre el efecto de las leyes nacionales colombianas sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, refiérase a los artículos compilados por De Sousa Santos & García Villegas (2001).

37 Para un análisis socio-jurídico de las jurisdicciones indígenas en Colombia, véase De Sousa Santos (2001).

Es interesante ver que dentro de las funciones propias de los consejos indígenas está el cuidado de los recursos naturales. Más que una obligación, este propósito puede verse como un reconocimiento a ese estrecho vínculo con la tierra que ha sido mencionado anteriormente, y que es quizás imposible de racionalizar desde la perspectiva occidental.³⁸

Sin embargo, esta autonomía no es ilimitada, ya que al fin y al cabo estos pueblos siguen siendo parte de la nación y jurisdicción colombianas. Por este motivo, sobre la autonomía de los pueblos indígenas pesa la condición de que dichas normas y procedimientos consuetudinarios no pueden ser contrarios a la Constitución y las leyes de la República (Constitución Política de 1991, art. 246).

Esto podría interpretarse como una carga demasiado grande, que atentaría contra la posibilidad de que la autonomía fuese real y efectiva. Por este motivo conviene detenerse sobre este tema.

Estos límites a la autonomía se incluyen para evitar privar a algunos miembros de las comunidades indígenas autónomas de las garantías contenidas en la Constitución, sobre todo las concernientes a los derechos fundamentales. Este tema ha sido tratado por la Corte Constitucional, que ha tenido la oportunidad de sopesar diferentes leyes, e incluso algunos derechos constitucionales con los límites de la autonomía indígena.

Sus fallos, a este respecto, han sido uniformes, y señalan que la autonomía debe conservar la mayor amplitud de acción posible, por lo que sus límites están limitados sólo por el “núcleo esencial” de los derechos fundamentales.³⁹

En la sentencia de unificación que recogió la jurisprudencia sobre la autonomía indígena, en la que se falló específicamente sobre los límites a la

38 Las cartas de derechos indígenas de las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) tienen disposiciones similares, tal como se comentó previamente en este artículo.

39 Compatible con OIT 169 art. 8(2): “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” En el caso colombiano, dichos procedimientos son: “(1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.” Reglas de interpretación establecidas en la sentencia T-254/1994.

autonomía cuando ésta choca con la libertad de cultos,⁴⁰ la Corte dio la razón a las autoridades del resguardo Arhuaco o Ika, quienes impidieron la construcción de un templo Pentecostal por considerar que éste atentaba contra su autonomía, subsistencia y derechos culturales.

La Corte manifestó en esa ocasión que “en materia de comunidades indígenas, la Carta Política consagra un régimen de conservación de la *diversidad en la unidad* [según el cual] “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural” (SU-510/1998, citando las sentencias T-405/1993 y T-254/1994). De esto se desprende el principio general de que la diversidad étnica y cultural “sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir.”

Por ende, los únicos límites para la autonomía normativa y jurisdiccional pueden ser “aquellos que se encuentren referidos ‘a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre’.” (SU-510/1998, citando la sentencia T-349/96). Esta jurisprudencia es coherente con la propuesta de De Sousa Santos (1987), quien afirma que las sociedades deben aspirar a un verdadero pluralismo legal, el cual sólo puede alcanzarse cuando la inclusión deja de ser un mero formulismo simbólico.

El régimen especial de protección incluye la redistribución de los recursos fiscales a los grupos étnicos de ascendencia indígena o africana.⁴¹ En este caso, la organización territorial del Estado dispone que los resguardos indígenas y los territorios colectivos de las comunidades negras tengan una estructura similar a la de los municipios, por lo que también comparten parte de los recursos y rentas de la nación (Van Cott, 2002:50).

Los territorios colectivos no son entidades territoriales en sentido estricto, pues operan bajo un régimen *sui generis* de propiedad colectiva, adoptada en cumplimiento del *Convenio OIT 169*. En este sentido, dichos territorios

40 Constitución Política de 1991 art. 19: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

41 La Constitución Política de 1991 ordenó en el art. transitorio 55 que se regularizara la propiedad colectiva de las tierras de las comunidades negras de la cuenca del Pacífico, disposición que se cristalizó en la Ley 70 de 1993, por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, también conocida como la “Ley de Comunidades Negras.”

no son de propiedad pública, como los municipios, por lo que las autoridades indígenas pueden limitar la libre circulación de los demás ciudadanos por sus territorios.

La jurisprudencia sentó su posición al respecto cuando dirimió la acción de tutela interpuesta por la *Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia*, a quienes las autoridades del Gran Resguardo del Vaupés, en plena selva amazónica, les negaron el permiso de utilizar la pista de aterrizaje ubicada en su territorio, ya que no querían facilitarles su misión de convertir a los pueblos que allí habitan al cristianismo.

La Corte encontró que esta decisión de las autoridades era coherente con el artículo 22 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, que protege la propiedad privada, y con el estatus de los derechos colectivos a la tierra consagrados en la Parte II de la *OIT 169* (Sentencia T-257/1993).

Desde sus primeros años, la Corte estableció una posición fuerte con respecto a la definición de las comunidades indígenas, la cual se comprometió plenamente con los preceptos del artículo 8 (1) de la *OIT 169*, en virtud del cual “[a]l aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Este alto tribunal destacó que “las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* propio de las asociaciones civiles” (Sentencia T-257/1993). Más bien, en el espíritu constitucional de pluralismo y multiculturalidad, los pueblos y comunidades étnicas deben ser apoyados en su proceso de recuperación de la identidad, al tiempo que se refuerce la conciencia colectiva que la delimita y le da un sentido propio.

Este reconocimiento de la libre determinación y de la capacidad de gobierno que tienen los pueblos indígenas, basada en los preceptos del derecho consuetudinario, se constituye también en una herramienta legal para hacer respetar la posición que los distintos pueblos indígenas del país comparten en relación con los mega-proyectos de desarrollo.

Podría argumentarse incluso que si el régimen de reconocimiento y protección de los pueblos indígenas de la Constitución de 1991 hubiese sido más paternalista, las decisiones de la Corte no hubieran revestido un ca-

rácter tan progresista.⁴² En efecto, en lugar de imponerse un modelo en el que primara la toma de decisiones sobre desarrollo siguiendo un modelo puramente vertical, se optó por favorecer un modelo horizontal en el que las diferentes interpretaciones y prioridades de las diversas minorías étnicas del país adquieren voz y participación. En este sentido, la Corte expresó que el diálogo entre las culturas y las naciones da sentido y contenido a los derechos humanos (Sentencia T-254/1994).

En otra sentencia que decidió una acción pública de inconstitucionalidad, y que cuestionó la constitucionalidad de una ley expedida en el Siglo XIX que regulaba la forma de asimilar a los “salvajes” a la vida en sociedad mediante el envío de misiones, la Corte aprovechó para poner de relieve que en el país existen 81 pueblos indígenas, cuyos sistemas legales pueden clasificarse en 22 grupos que, en virtud de la autonomía y el pluralismo legal, operan en forma concomitante con el sistema jurídico colombiano (Sentencia C-139/1996, con base en conceptos rendidos por los expertos Carlos Perafán y Esther Sánchez).

El Tribunal sostuvo que “la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural, y el valor del pluralismo, pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas” (Sentencia C-139/1996). La decisión confirma la interpretación de que, aunque el artículo 246 de la Constitución establezca límites a la autonomía gubernativa de los pueblos indígenas, las decisiones judiciales deben aplicar un amplio margen de tolerancia cuando fallen acerca de conflictos entre disposiciones de derecho consuetudinario y normas nacionales.

Ésta es la tesis de los *mínimos jurídicos*, que establece que si las garantías a los derechos humanos fundamentales, tales como la prohibición de la esclavitud y el respeto al debido proceso permanecen intactas, entonces

42 Por ejemplo, vale la pena traer a colación la expansión del derecho colectivo de participación ciudadana de los pueblos indígenas, desarrollado en la línea jurisprudencial de las siguientes sentencias de la Corte Constitucional cuyo tema común fue la falta de mecanismos adecuados de participación previa al debate y sanción de importantes leyes y políticas públicas nacionales: C-891/2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería, decisión sobre la constitucionalidad del Código de Minas); C-461/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, constitucionalidad del Plan Nacional de Desarrollo); C-030/2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, Ley General Forestal General, comentada más adelante en este artículo) y C-175/2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, decisión sobre la exequibilidad del Estatuto de Desarrollo Rural).

las comunidades son libres de aplicar sus leyes y procesos consuetudinarios (Sieder, 2007:222).⁴³

La Corte ha sido sistemática en la aplicación y desarrollo de esta jurisprudencia, al seguir el precedente unificado en la sentencia SU-510/1998, que liga el respeto de estos “mínimos jurídicos” con el “núcleo esencial” de los derechos humanos, de tal forma que los principios cristalizados en ese fallo son los que hoy deben aplicar los jueces para decidir acciones de tutela que versen sobre este tipo de conflictos.

Aplicación nacional del *Convenio OIT 169*: Evolución de la participación ligada al derecho colectivo a la tierra

La titularidad del derecho colectivo e inalienable a la tierra está protegida por la Constitución y la ley (Constitución Política de 1991, art. 329; *Ley 70 de 1993*); y por el *Convenio OIT 169*, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad. Según lo establecido en el artículo 93, las obligaciones contenidas en el tratado pueden prevalecer sobre las leyes o decretos nacionales, e incluso de la propia constitución, en el evento en que éstos sean menos favorables.

Por ende, las obligaciones del tratado son vinculantes y directamente aplicables. Colombia ha sido objeto de escrutinio ante los paneles de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), bajo los parámetros del artículo 24 de la Constitución de este organismo, en dos ocasiones. La razón es la incapacidad del Estado para cumplir con los requisitos de participación expresados en el artículo 6,⁴⁴ que regula el derecho a la consulta previa.

La explicación de estas deficiencias de cumplimiento se deriva directamente de la insuficiencia de la disposición constitucional que regula la consulta. El parágrafo del artículo 330 establece que:

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 res-

43 Sieder (2007) compara también la actitud progresista y respetuosa de la Corte Constitucional colombiana con otros altos tribunales, de tendencia más conservadora, en América Latina –como la Corte Suprema de Guatemala– que tienden a favorecer la interpretación unívoca del debido proceso de la sociedad dominante.

44 Si el lector desea profundizar en este tema, Maya Aguirre (2009) hace un análisis crítico de las repercusiones de estos paneles.

pecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La redacción de este artículo es muy suave, y por lo tanto se puede interpretar, especialmente por el uso del verbo “propiciará”, como una guía que exhorta a desplegar los mejores esfuerzos, pero que carece de una carga obligatoria fuerte. La perspectiva de las ramas ejecutiva y legislativa era que el párrafo del artículo 330 constituía una aplicación satisfactoria del *Convenio OIT 169*.

Por el contrario, las obligaciones establecidas en el *Convenio OIT 169* no dejan espacio para la especulación. Los requisitos para la consulta son obligatorios: la consulta debe hacerse “mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (*OIT 169*, art. 6.1). Además, debe “efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (*OIT 169*, art. 6.1).

En el caso histórico de la comunidad U’wa contra la agencia gubernamental de petróleo, Ecopetrol y Oxy, el Tribunal delimitó los parámetros de consulta con base en los parámetros del *Convenio OIT 169*⁴⁵, y enfatizó la importancia de fortalecer los canales comunicación y entendimiento como base de la buena fe.

Al menos tres requisitos deben ser satisfechos en el proceso de consulta. En primer lugar, la comunidad debe tener acceso a información completa de todos los aspectos del proyecto. En segundo lugar, tiene que ser informada sobre los efectos que el proyecto propuesto puede tener en los aspectos sociales, económicos, culturales y políticos de sus vidas. Por último, la comunidad debe tener la oportunidad de considerar, sin que pese sobre ella ningún apremio, las ventajas y desventajas de la situación (Sentencia SU-039/1997).

Una de las objeciones acerca de los requisitos de la consulta es que ésta pueda usarse para sabotear el desarrollo, lo que erosionaría el espíritu de conciliación del mecanismo. Sin embargo, la Corte ha sido clara en que este derecho fundamental no constituye un poder de veto, sino que es una de las manifestaciones del proceso democrático en Colombia.

45 Los artículos de Aponte Miranda (2006-2007) y de Lee (2008) proveen un análisis detallado de este fallo (Sentencia SU-039/1997).

Esto no puede ser una excusa para la adopción de decisiones arbitrarias.⁴⁶ Del mismo modo, ninguna medida, proyecto o actividad de carácter legislativo o administrativo que pueda afectar al medio ambiente, las creencias espirituales, las instituciones o los valores culturales de un grupo indígena determinado, puede llevarse a cabo sin que se cumplan los requisitos expuestos. Este es el nivel que se espera de las autoridades del Gobierno de Colombia al considerar las medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas.⁴⁷

El caso U'wa causó polémica debido a la dificultad de reconciliar la consulta con el desarrollo. Sin embargo, existen otros dos defectos fundamentales del párrafo artículo 330 que no se trataron en esa ocasión. En primer lugar, el proceso de consulta no se consideraba obligatorio para las decisiones legislativas de carácter general. En segunda instancia, la consulta sólo se propicia cuando el desarrollo o proyecto planea llevarse a cabo dentro de una propiedad colectiva. Estos vacíos normativos se trataron en la sentencia que decidió sobre la constitucionalidad de la *Ley general forestal* (Sentencia C-030/2008), la cual es un hito en la historia de la participación en Colombia.

Discriminación positiva en el proceso legislativo: El caso de la Ley General Forestal

La *Ley general forestal* (*Ley 1021 de 2006*) se aprobó en el Congreso en abril de 2006. Ésta establecía el marco general de regulación de actividades forestales en todo el territorio nacional, incluyendo las áreas protegidas, reservas indígenas, y tierras pertenecientes a los pueblos de ascendencia africana. Ambientalistas y activistas de derechos humanos criticaron ampliamente esta ley, alegando que se trataba de un retroceso en los logros alcanzados en la legislación nacional en materia de protección del medio ambiente.

Rodríguez Becerra (2008), antiguo Ministro del Medio Ambiente, comenta que uno de los factores determinantes de que Colombia conserve

46 La Corte desarrolló esta jurisprudencia en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del Estatuto Nacional de Desarrollo Rural. Sentencia C-175/2009.

47 OIT 169, art. 6(1). Concuérdese esa provisión con el art. 7(1) que expresa que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (énfasis fuera del original).

tantos de sus ecosistemas de bosque en buen estado es que 35 millones de hectáreas con estos hábitats están tituladas colectivamente a minorías étnicas (ver también Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (G.-DIP), 2008).

Muchos esfuerzos, infructuosos, se llevaron a cabo para que se declarara la inconstitucionalidad de esta ley, como, por ejemplo, una tutela interpuesta por el *Consejo Regional Indígena Amazónico* (CRIMA), que representa los intereses de las etnias Uitoto, Andoque, Muinane y Nonuya, la cual no prosperó por no ser la vía constitucional adecuada para declarar sin efectos una ley (Sentencia T-382/2006).

Finalmente, un grupo de abogados actuando pro-bono presentaron una acción de inconstitucionalidad, en la que se alegó que el Congreso violó el artículo 6 del *Convenio OIT 169* porque se omitió completamente el requisito de consulta a las minorías étnicas que podrían verse afectadas. Los demandantes alegaron además que en el proceso de expedición de esta ley se violaron los arts. 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución.

La Corte (Sentencia C-030/2008) les dio la razón a los demandantes, y determinó que el derecho a la consulta previa para la aprobación de una legislación que regula la explotación o afectación de los recursos naturales es un derecho humano fundamental de carácter colectivo de las comunidades indígenas,⁴⁸ el cual busca garantizar la diversidad cultural a través de la participación pública.

En la medida en que la consulta es un derecho presente en la Constitución, y que está desarrollado por la jurisprudencia constitucional, omitirla no podía considerarse un mero “vicio de procedimiento”, como argumentaron los representantes de las ramas ejecutiva y legislativa. Aunque no toda ley marco tiene que agotar el proceso de consulta previa, este caso era diferente.

La sentencia destacó que los medios de vida, la cultura, y las creencias de los pueblos de ascendencia indígena y africana están vinculados a su entorno, por lo cual esta ley era susceptible de afectarlos. La consulta se constituye pues en un requisito obligatorio, cuya omisión causó que se derogara la ley en su totalidad.

48 Recuérdese que la Corte ya había expresado el carácter conceptual diferenciado del medio ambiente para los pueblos indígenas, tal como se dijo en el subtítulo Diferencias conceptuales del derecho a un medio ambiente sano para los pueblos indígenas.

Esta sentencia creó el precedente según el cual el derecho a la participación mediante la consulta previa es un mecanismo de discriminación positiva. De este modo se garantiza la apertura y consolidación de espacios de inclusión para las minorías étnicas que han sido tradicionalmente marginadas. Estos espacios incluyen la posibilidad de influenciar la expedición de medidas legislativas desde antes del comienzo de los debates en el congreso. Este debate ha sido aclamado como un avance de suma importancia en el reconocimiento de los derechos fundamentales y del pluralismo jurídico del país.

Conclusiones

La conceptualización los derechos de los pueblos indígenas como de carácter colectivo en lugar de individual ha encontrado una fuerte oposición por parte de la doctrina, y fue uno de los factores que demoraron las negociaciones de la *Declaración DPI*. Este artículo rebatió los argumentos que frecuentemente se presentan en contra de estos derechos, argumentando que éstos son una herramienta clave para lograr un ambiente de pluralismo jurídico en Estados con sistemas que se han reconocido a sí mismos como multiculturales.

Se argumentó que los derechos colectivos no son un capricho de los instrumentos internacionales que los han consagrado, tales como *OIT 169* y la *Declaración DPI*. De hecho, incluirlos expresamente en estos dos instrumentos fue el resultado de un extenso cabildeo en el que pueblos indígenas de todo el mundo se unieron a una sola voz para lograr su objetivo. A partir de entonces se ha hecho uso del concepto de derechos colectivos en importantes casos que han tenido lugar en tribunales internacionales, así como también en las legislaciones nacionales de varios países que han seguido esta iniciativa.

Así mismo, el artículo rebatió el argumento según el cual no hay nada tan especial en una minoría como para hacerla merecedora de ser titular de un derecho colectivo. Al respecto, se utilizó la teoría de los derechos constitutivos de Mitnick, que permite comprender por qué para pueblos indígenas tradicionalmente marginados este tipo de derechos afianzan la identidad cultural y refuerzan sus lazos.

Finalmente, se cuestionaron los argumentos de las escuelas individualista y colectivista. A este respecto se concluyó que, el uso de derechos colectivos como mecanismos de protección para los pueblos indígenas no va en detri-

mento de los derechos individuales de sus miembros, y que tampoco se usan estos como una herramienta de dominación, ni revisten el carácter de un mero cliché.

En el caso colombiano se demostró que los pueblos indígenas no son sólo titulares de los derechos humanos individuales universales presentes en la Constitución y en los convenios internacionales, sino que lo son también de un catálogo de derechos humanos colectivos. Estos derechos han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de forma coherente.

Los derechos humanos colectivos de los que gozan los pueblos indígenas en Colombia cumplen con las cinco categorías de derechos reconocidas por normas especiales de derecho internacional, y por la doctrina, a saber: 1) la libre determinación y autonomía gubernativa, 2) derechos sobre territorios ancestrales y los recursos presentes en ellos, 3) derechos de participación y consulta pública, 4) integridad cultural; y 5) derecho a la no discriminación.

El fortalecimiento constante del derecho a la consulta previa ha permitido además que los pueblos indígenas se conviertan en actores políticos. La Corte ha sido explícita en recordar a los colombianos que se trata de una medida de acción afirmativa, elevada al rango de un derecho fundamental, que busca garantizar que la protección de la multiculturalidad en Colombia no se quede simplemente en una declaración romántica escrita en la Constitución. Veintidós años después de la expedición de la constitución, es posible afirmar que el país sí ha respondido y actuado, por lo menos en las altas esferas judiciales, de forma coherente con sus mandatos de multiculturalismo y pluralismo jurídico.

Referencias

Artículos

- Anaya, S.J. & Grossman, C. (2002). "The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A Step in the International Law of Indigenous Peoples", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19(1), pp 1-15
- Aponte Miranda, L. (2006-2007). "The U'wa and Occidental Petroleum: Searching for Corporate Accountability in Violations of Indigenous Land Rights", *American Indian Law Review*, 31(2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law), pp. 651-673
- Campese, J. & Guignier, A. (2007). "Human Rights—A Brief Introduction to Key Concepts", *Policy Matters*, 15(Conservation and Human Rights), pp. 10-27
- Chaves, M y Zambrano, M. (2006). "From *Blanqueamiento* to *Reindigenización*: Paradoxes of *Mestizaje* and Multiculturalism in Contemporary Colombia", *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe/European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 80(abril), pp. 5-23
- De Sousa Santos, B. (1987). "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 14(3), pp. 279-302
- Hardin, G. (1968). "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162(3859), pp. 1243-1242
- Harvey, N. (2007). "La difícil construcción de la ciudadanía pluriétnica: el zapatismo en el contexto latinoamericano", *Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos*, V(001), pp. 9-23
- Kymlicka, W. (2008). "The Internationalization of Minority Rights", *International Journal of Constitutional Law*, 6(1), pp. 1-32
- Lee, T. (2008). "Conflicts and Dialogues Among Technological, Ecological, and Indigenous Paradigms in a Globalized Modernity: A Case Study of the U'wa Peoples' Struggle Against Oil Development in Colombia", *Bulletin of Science, Technology & Society*
- Lemaitre, J. (2008). "Legal Fetishism: Law, Violence, and Social Movements in Colombia", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 77(1), pp. 331-344
- Maya Aguirre, A.L. (2009). "El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano", *El Otro Derecho*, 40, pp. 75-95

- Mitnick, E.J. (2000). "Constitutive Rights" *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(2), pp. 185-204
- Newman, D.G. (2004). "Collective Interests and Collective Rights", *The American Journal of Jurisprudence*, 49, pp. 127-163
- Newman, D.G. (2006–2007). "Theorizing Collective Indigenous Rights", *American Indian Law Review*, 31(2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law), pp. 273-289
- Morel, C. (2010). "Conservation and Indigenous Peoples' Rights: Must One Necessarily Come at the Expense of the Other?" *Policy Matters*, 17(Exploring the Right to Diversity in Conservation Law, Policy, and Practice), pp. 174-181
- Padilla, G. (1996). "La ley y los pueblos indígenas en Colombia" *Journal of Latin American Anthropology*, 1(2), 78-97
- Schmidt, P.M. y Peterson, M.J. (2009). "Biodiversity Conservation and Indigenous Land Management in the Era of Self-Determination", *Conservation Biology*, 23(6), pp. 1458-1466
- Sieder, R. (2007). "The Judiciary and Indigenous Rights in Guatemala", *International Journal of Constitutional Law*, 5(2), pp. 211-241
- Stone, C.D. (1972). "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects" *Southern California Law Review*, 45, pp. 450-501
- Tennant, C. (1994). Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993. *Human Rights Quarterly*, 16, 1-57.
- Young, I.M. (1990). "Thoughts on Multicultural Dialogue", *Ethnicities*, 1(1), pp. 116-122

Libros

- Anaya, S. J. (2004). *Indigenous Peoples in International Law* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Borrini-Feyerabend, G., Kothari, A., & Oviedo, G. (2004). *Indigenous and Local Communities and Protected Areas: Towards Equity and Enhanced Conservation—Guidance on Policy and Practice for Co-Managed Protected Areas and Community Conserved Areas*. Gland: IUCN.
- De Sousa Santos, B., & García Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

- De Sousa Santos, B. (2001). El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena. En B. de Sousa Santos & M. García Villegas (Eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- García Amado, J. A. (2001). Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras. In F. J. Ansuátegui Roig (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos* (pp. 177). Madrid: Dykinson S.L.
- Hart, H.L.A. (1984). "Are There Any Natural Rights?", en: Waldron, J. (ed), *Theories of Rights* (1984) 77
- Horkheimer, M., & Adorno, T. W. (2002). *Dialectic of Enlightenment: Philosophical Fragments* (E. Jephcott, Trans.). Stanford: Stanford University Press.
- López Bárcenas, F. (2006). Autonomías indígenas en América: De la demanda de reconocimiento a su construcción. In M. Berraondo (Ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 423). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Stavenhagen, R. (2002). Indigenous Peoples and the State in Latin America: An Ongoing Debate. In R. Sieder (Ed.), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (pp. 24). New York: Palgrave Macmillan.
- Rodríguez Garavito, C. A., Alfonso Sierra, T., & Cavelier Adarve, I. (2009). *El desplazamiento afro: tierra, violencia y derechos de las comunidades negras en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes.
- Rodríguez-Piñero Royo, L. (2006). El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas. In M. Berraondo (Ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 153). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Ostrom, E. (1990). *Governing the Commons—The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press.
- Donna Lee Van Cott, 'Constitutional Reform in the Andes: Redefining Indigenous-State Relations' in Rachel Sieder (ed), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Palgrave Macmillan, 2002) 45, 50
- Xanthaki, A. (2011). The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and Collective Rights: What's the Future for Indigenous Women? In S. Allen & A. Xanthaki (Eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (pp. 413). Portland: Hart Publishing.

Jurisprudencia nacional e internacional

Corte Constitucional, Sentencia T-257/1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional, Sentencia T-380/1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, Sentencia T-405/1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara)

Corte Constitucional, Sentencia T-254/1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional, Sentencia C-139/1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional, Sentencia T-349/1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional, Sentencia SU-039/1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional, Sentencia SU-510/1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional, Sentencia C-891/2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería)

Corte Constitucional, Sentencia SU-383/2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Corte Constitucional, Sentencia T-382/2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Corte Constitucional, Sentencia C-030/2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Corte Constitucional, Sentencia C-461/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Corte Constitucional, Sentencia C-175/2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Centre for Minority Rights Development and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya (Communication) (African Commission on Human and Peoples' Rights, Case No 276/2003 ("Caso Endorois"))

Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingni v Nicaragua (Judgement) (Inter-American Court of Human Rights, Case No Ser C, No 79, 31 August 2001) ("Caso Awas Tingni")

53

Legislación nacional e internacional

Constitución Política de Colombia de 1991

Constitución de 1896 (revocada)

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009

Constitución del Ecuador de 2008

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 15 UNTS 40 (entrada en vigencia en abril de 1919)

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 21 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123 (entrada en vigencia el 18 de julio de 1978) ('*Pacto de San José*')

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial suscrita el 21 de diciembre de 1965, 660 UNTS 195 (entrada en vigencia el 4 de enero de 1969)

Convenio No. 107 de la Organización Mundial del Trabajo Sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, Tribales y Semitribales en Países Independientes, suscrito el 26 de junio de 1957, 328 UNTS 247 (entrado en vigencia el 6 de febrero de 1959) ('OIT 107')

Convenio No. 169 de la Organización Mundial del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, suscrito el 27 de junio de 1989, 28 ILM 1358 (entrado en vigencia el 5 de septiembre de 1991) ('OIT 169')

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, UN Doc A/RES/61/295 (13 de septiembre de 2007) ('Declaración DPI').

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas, GA res 47/135, UN GAOR, Supp No 49, UN Doc A/47/49 (18 de diciembre de 1992) ('Declaración sobre minorías')

Decreto 2591 de 1991 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

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

Ley 70 de 1993 Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política

Ley 1021 de 2006 Por la cual se expide la Ley general forestal (inexequible)

Ley 1482 de 2011 Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones

Native Title Act 1993 (Cth) s 223(1)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 16 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171 (entrado en vigencia el 23 de marzo de 1976)

Otros

ACAIFI & Fundación Gaia Amazonas (2010). Postulación del conocimiento tradicional para el manejo del mundo de los grupos indígenas de río Pirá Paraná 'Hee Yaia ~ Kubua Baseri Keti Oka'. *Inclusión en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural de la Nación*

- CEACR (2007). Observación Individual del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 Colombia (ratificación 1991)
- Jenny Macklin MP Minister for Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs (2009). Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Speech delivered at the Parliament House, Canberra, 3 April 2009
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas <<http://undesadspd.org/Default.aspx?alias=undesadspd.org/indigenouses>>.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, “Boletín – Censo General 2005, Perfil Nacional” <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/PERFIL_PDF_CG2005/00000T7T000.PDF>
- Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development and Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, *State of the World's Indigenous Peoples*, UN Doc ST/ESA/328 (December 2009).
- José R. Martínez Cobo, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, informe final que presenta el relator especial*, 36 sess, Agenda Item 11, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8 (30 de septiembre de 1983)
- Ministerio de Cultura de Colombia, ‘Nomination of the Traditional Knowledge for the Management of the World of the Indigenous Groups of the Pirá Paraná River, Hee Yaia ~ Kubua Baseri Keti Oka for Inscription on the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity in 2011’ (Nomination File No 00574, Unesco-Intangible Cultural Heritage, November 2011), disponible en <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?RL=00574>>
- Manuel Rodríguez Becerra, ‘Ley forestal y campeonato ambiental’ *El Tiempo* (Bogotá), 29 January 2008 <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2809343>>.
- Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (G.-DIP), ‘¿Por qué se cayó la Ley Forestal?’ *Semana* (Bogotá), 8 February 2008 <<http://www.semana.com/on-line/articulo/por-que-cayo-ley-forestal/90896-3>>
- Esther Sánchez Botero, *Los Pueblos Indígenas en Colombia – Derechos, Políticas y Desafíos* (UNICEF, Oficina de Área para Colombia y Venezuela, 2003).

