

# LOS DERECHOS INDÍGENAS EN LAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA Y ECUADOR

Esther SÁNCHEZ BOTERO\*

Una semilla produce una planta del mismo tipo de la que produjo la semilla, pero nada de esta corresponde a la planta que se origina en ella; de suerte que es imposible derivar las propiedades o estructura de la planta a partir de las correspondientes a las semillas, pues sólo se puede hacer ésta a partir de la historia de la semilla.<sup>1</sup>

Jairo Iván PEÑA

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Las Constituciones de Colombia y Ecuador propician cambios realmente revolucionarios*. III. *Conclusiones*. IV. *Bibliografía*.

No tiene sentido expresar lo que son hoy las Constituciones de Ecuador y Colombia —la semilla— si no miramos cómo ellas representan el fruto histórico que peleché, como trataré de mostrar.

Este trabajo destaca los cinco aspectos fundamentales que, en mi concepto, crearon los nuevos Estados de Colombia y Ecuador, para forjar de manera real una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural.

1. El paso de un Estado de derecho a uno social de derecho.
2. El paso de un Estado monocultural a uno multicultural y multi-étnico.

\* Colombiana. Antropóloga de la Universidad de los Andes. Actualmente escribe tesis doctoral para la Facultad de Derecho de la Universidad de Amsterdam, Holanda. Dedicada desde hace 25 años a la antropología jurídica como investigadora, ha publicado numerosos libros y artículos. Ha contribuido con más de 500 peritajes antropológicos a los jueces de Colombia, incluidos experticio para la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Es directora del proyecto “Construcción de entendimiento intercultural”, el cual ha tenido impacto en otros países. Es miembro de Ashoka.

<sup>1</sup> Peña, Jairo Iván, Wittgenstein y la crítica a la racionalidad, Bogotá, Universidad Nacional, 1994.

3. El reconocimiento de un sujeto distinto al sujeto individual: el sujeto colectivo.
4. La constitucionalidad de un trato discriminatoriamente positivo para el nuevo sujeto de derecho.
5. La tutela como herramienta para hacer eficaces los derechos.

## I. ANTECEDENTES

En 1976, al llegar al Cauca, al sur de Colombia, propuse a mis alumnos visitar el penal nacional, ubicado en esa ciudad, para jugar fútbol, cantar con los presos y compartir unos tamales, como manifestación de solidaridad y excelente medio de formación para quienes se aproximaban al mundo de la antropología. Allí conocí a un indígena Páez, quien me contó que era el asesino de Ulpiano Chocue, un brujo.

Al preguntarle ¿por qué estaba allí? Me respondió: “¡No señorita, no sé!”.

Con esta frase, veinte años después, se termina una de las obras de teatro que hemos realizado con el grupo de teatro más importante del país, para difundir una de las manifestaciones de incomunicación intercultural que existe en Colombia.

Inquieta ante esta realidad, busqué y encontré en el expediente que un psiquiatra, seleccionado como el experto para tratar este tipo de casos, había definido que este hombre no era sano y maduro psicológicamente, y por ello el juez concluyó que era culpable y lo condenó a treinta años en prisión, lo que no aparecía en el expediente era su condición de indígena, Páez es habitante de uno de los 93 pueblos indígenas de Colombia, y de una de las tantas sociedades en el mundo, donde la gente tiene la creencia de la existencia de seres humanos con poderes especiales para hacer daño. Por este mismo tiempo, en 1977, la Honorable Corte Suprema de Justicia se debatía entre dos grupos: los que afirmaban que los indígenas sí tenían inteligencia y los que pensaban que su pensamiento “prelógico” los hacía poco inteligentes.

Ulpiano Chocue, que fue socializado tempranamente como Páez, para saber y sentir la brujería, se diferencia étnica y culturalmente de los indígenas puinaves, otro pueblo llanero, cuyos miembros saben hay *makuses*, o seres que tienen desdibujados los ojos, la nariz y la boca, y que caminan hacia atrás... Estos dos pueblos indígenas con creencias distintas, se diferencian de otros colombianos que también tienen un mundo de creencias,

expresión mayoritaria de la riqueza cultural colombiana. Creen, por ejemplo, en la existencia de un niño blanco de 12 años, más o menos, que porta alas y tiene el poder de *guardar y proteger* especialmente a los niños: es el *ángel de la guarda*. También estos colombianos creen en la existencia de una bella mujer de cabellos largos, de nombre *María*, quien siendo virgen, fue la madre de Dios. Aunque ninguno ha visto a los *makuses*, al *ángel de la guarda* o a la *virgen*, todos no dudan de su *existencia real*.

El mundo de las creencias, que existen como *mundo real*, entre paeces, puinaves o colombianos mestizos, es sólo una manifestación de la diversidad, porque en Colombia hay diversidad de sistemas económicos, de familia, de ser niño, de pensar y realizar la higiene, de suceder los bienes, de sistemas de derecho: todas realidades diferenciales que por distintas no son menos valiosas, son simplemente distintas.

Entre los paeces y el resto de los colombianos no indígenas, como con otras sociedades del mundo era evidente, por esta época, otra gran diferencia con respecto al equilibrio biológico como factor de desarrollo; de cada 1000 nacimientos entre los paeces, 268 niños no vivían. Si comparamos con Estados Unidos de América y con Cuba estas cifras, se encuentra que en el país del norte sólo mueren ocho y en la isla nueve. ¿Por qué esta diferencia tan asombrosa, incluso con Colombia que registra 25 muertes por cada 1000 nacimientos? Aún así, se mencionaba en la Constitución Política de Colombia, que los colombianos éramos iguales ante la ley.

En 1991, catorce años después de aquel día en la cárcel y de un trabajo intenso para destituir el experticio de los psiquiatras y demostrar la existencia de sistemas indígenas cognitivos compartidos que orientan actuaciones cotidianas y especiales, muchas de ellas antijurídicas para la sociedad mayoritaria, se produce la Constitución Política de Colombia, que reconoce lo que ya se sabía: la desigualdad real, ya fuera por la existencia de colombianos en condiciones precarias como resultado de un sistema político, económico y social que la aceptaba entre sus nacionales, muchos de ellos indígenas; como también colombianos que, a diferencia de la mayoría y constituidos en grupos, reflejaban modos de vida diferentes. Aunque algunos de estos grupos, o parte de sus miembros, conocían al Dios de los católicos y eran bautizados, hablaban el castellano, vestían como “civilizados”, se encontraban insertos en economías de mercado; las innumerables relaciones de derechos y deberes dentro del grupo los hacían miembros de pueblos históricamente identificados con una red de antepasados prehispánicos y portadores de un fuerte sentido de identidad como *distintos*.

Esta imagen la podemos asociar con el Ecuador, donde catorce pueblos llamados *nacionalidades* luchaban por el reconocimiento de su condición de *distintos*: desarrollo de la política de reconocimiento como proceso que obliga a los Estados democráticos y liberales.

Para comprender el sentido profundo de lo que significa este concepto, *ese sentimiento* marcado como miembro de una sociedad distinta y aprendido de los mayores, podemos trasladarlo a lo que ustedes o yo sentimos cuando en otro país nos preguntan si siendo mexicanos, colombianos o peruanos, por ejemplo, ¿somos venezolanos o españoles? Aunque cada uno de nosotros puede portar los valores de una cultura que se comparte con otras, como el idioma, el sistema religioso, político y económico; el sentimiento de lo colombiano, mexicano o peruano hace no intercambiable la nacionalidad.

Los constituyentes de Colombia y Ecuador parten de estos hechos, empíricamente demostrables, para definir un nuevo derrotero, un nuevo pacto que, con respecto a los pueblos indígenas, se expresa constitucionalmente en dos aspectos: 1) La búsqueda de la igualdad real para que todos los nacionales tengan opciones de alcanzarla; y 2) La búsqueda de la diferencias valiosas para que éstas sean protegidas y valoradas cuando los grupos las reclamen. Ello quiere decir que, como meta, estos Estados se comprometen a elaborar y aplicar los mecanismos para que la gente que se encuentra excluida de condiciones objetivas para acceder a la salud o a la educación, para disponer de ambientes productivos, por ejemplo, logren efectivamente tener oportunidades. Pero, también, realizar dispositivos que generen las condiciones culturales para proteger las expresiones distintas de modos de vida alternativos.

## II. LAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA Y ECUADOR PROPICIAN CAMBIOS REALMENTE REVOLUCIONARIOS

### 1. *El paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho*

La aceptación de las diferencias, resultado de *discriminación negativa* en los distintos grupos para realizar los derechos, y de diferencias producto de la actividad creadora de grupos sociales o *discriminación positiva*, orientan a generar *tratos especiales* para alcanzar esa igualdad real y deseada pero en la diferencia:

El Estado social de derecho —dice Elías Díaz—<sup>2</sup> ...es un auténtico Estado de derecho. Situado en la vía hacia la democracia, no obstante, puede decirse que no alcanza con él todavía la fase evolutiva que hoy exige una sociedad realmente democrática... El Estado de derecho, al igual que la democracia, aparecen en esta concepción, como puede verse, no como esencias y conceptos cerrados sino como procesos siempre abiertos a posibles y necesarios perfeccionamientos.

Este cambio implica modificaciones en el modo como ha venido siendo el Estado, cambio justificado para alcanzar como meta social condiciones de participación de la riqueza y en la toma de decisiones que incumben a todos los nacionales.

### *De la discriminación negativa a la discriminación positiva*

Este cambio, hacia una nación multicultural y multiétnica, que acompañó positivamente el paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, implicó aceptar que históricamente a los indígenas, entre otros grupos, se los discriminó y excluyó también materialmente de bienes para el desarrollo, al punto que se puso en peligro su vida biológica, tanto como sus sistemas religiosos, su autonomía para castigar internamente las acciones antijurídicas, su organización social, sus lenguas...

Fue tan grave el peligro, pensándolos y tratándolos como inferiores, excluidos de los presupuestos nacionales y aislados, que sólo un trato especial, un trato preferencial que contribuyera a recuperar su condición de pueblos distintos, con culturas alternas podría lograr un día la igualdad real y no formal de estos sujetos.

### *2. El paso del Estado monocultural al Estado multicultural*

Los artículos 7o. Principio de la diversidad étnica y cultural: “El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”, y 1o. De los principios fundamentales: “El Ecuador es... pluricultural y multiétnico”, cambian formalmente nuestras naciones y ello se plasma en articulados específicos que veremos más adelante, los cuales logran determinar qué es lo diverso, qué es lo que se está reconociendo en unos colombianos y en otros ecuatorianos *distintos*. Quiénes son esos colom-

2 Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1985.

bianos o ecuatorianos portadores de estos bienes étnicos y culturales particulares. Qué tienen en común, y qué los diferencia como grupos humanos que han desarrollado intergeneracionalmente un sentido de grupo, de deberes y derechos. Un sentido de identidad que es tan fuerte y respetable como nuestra identidad de género.

### 3. *El reconocimiento de un nuevo sujeto colectivo de derecho: los pueblos indígenas*

Estos grupos que han vivido años marcando diferencias por medio del uso de una lengua distinta, de creencias diferentes, de sistemas de organización y parentesco, y derechos propios particulares, más que reclamar para “conservar estos fenómenos que pueden cambiar en el tiempo o incluso ser comunes con otras sociedades, *se sienten distintos* y como distintos que son por sentirse miembros integrales de un cuerpo muy particular, son reconocidos como sujetos de derecho y no pueden ser tratados aplicando los mismos raseros que para el sujeto individual.

Este *sujeto individual*, desde el liberalismo, es pensado como *racional y libre*, y por lo tanto es sujeto de derecho. Pero además de este sujeto individual se reconoce otro sujeto distinto, esto es, el *sujeto colectivo* que como pueblo *es sujeto de derecho*. En esta postura, los miembros de una sociedad son sujetos de deberes porque la sociedad misma, es la que tiene los derechos. Esta perspectiva desde el conservatismo es la base sustantiva para justificar por qué no pueden ser tratados los indígenas como iguales ante la ley.

En Colombia, además de los indígenas existen otras minorías distintas a las cuales se les reconocieron diferencias étnicas y culturales: afrocolombianos y raizales de San Andrés, Santa Catalina y Providencia. Sin embargo, el reconocimiento a los indígenas se diferencia por las condiciones objetivas como portadores de culturas distintas, lo cual no se marca en niveles amplios en otras minorías. En Ecuador se reconocen también a los afroecuatorianos.

Los constituyentes consideraron dignas de ser valoradas esas diferencias, sentidas y observables entre grupos que permiten a unos sentirse *ligados* a culturas y etnias particulares, condición que portan y viven los sujetos socializados como indígenas. Se trasciende así no sólo a *ver y reconocer* las diferencias en la vida cotidiana como fenómenos inherentes, sino a *valorarlas*. Este verbo *valorar* abre el paso a una política de reco-

nocimiento ante la necesidad de forjar, de construir, en ambos países, Estados distintos, que, como ya se dijo, parten de la capacidad para diferenciar como valiosas estas condiciones, pero lastimosamente también para reconocer desigualdades y diferencias estructurales, resultado de un sistema inequitativo con estos nuevos sujetos de derecho.

#### A. *Los derechos diferenciados de grupo*

Una lectura adecuada de la Constitución de Colombia exige la profundización de los derechos diferenciados de grupo. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su calidad de intérprete autorizado de la Constitución.<sup>3</sup> Esta cita muestra la claridad que los magistrados tienen sobre ese nuevo sujeto de derecho.

*La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autóctonos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (Arts. 1o., 7o. y 14 C. P.).<sup>4</sup>*

De idéntica manera que un sujeto individual, incluidos obviamente los indígenas, así como los colombianos o ecuatorianos quienes reclaman protección a sus derechos fundamentales, el nuevo sujeto colectivo, como tal, también puede hacerlo. En párrafo adelante veremos cómo el sujeto

3 El primero y más significativo pronunciamiento en este sentido se hizo en la sentencia T-380 de 1993.

4 Cursiva fuera del original.

colectivo puede reclamar la protección de sus derechos para ser amparados o tutelados.

### B. *La importante distinción entre sujeto colectivo de derecho y derechos colectivos*

La Corte Constitucional de Colombia distinguió también los *derechos del sujeto colectivo*, pueblos indígenas, de los *derechos colectivos* de los colombianos, así:

*Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho,<sup>5</sup> no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (Artículo 88 C. P.). 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. ST - 380 /93.<sup>6</sup>*

Estas consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia permiten ampliar la comprensión para justificar el principio que permite a las comunidades indígenas, como sujeto colectivo, utilizar el mecanismo más eficaz que garantiza la protección de sus derechos: la acción de tutela.

Esto significa que, como distintos de otros colombianos y ecuatorianos, se articularon diferentes principios sustantivos para contribuir a recuperar y fortalecer estas sociedades a las que se les causó tanto daño. Así, las dos constituciones generan cambios fundamentales para tratar a ese nuevo sujeto de derecho, sujeto colectivo distinto.

## 4. *Cambios constitucionales*

La Constitución de 1991, en Colombia, y la de 1998, en Ecuador, reflejan nuevos principios para guiar al Estado a una política de reconocimiento hacia los pueblos indígenas de los respectivos países.

5 Paréntesis fuera de texto.

6 Cursiva fuera del original.

### A. *Constitución Política de Colombia*

70. inc. 2. Principio de igualdad de las culturas: “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país...”

10. Principio de oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios: “...Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios...”

96. Indígenas como nacionales colombianos: “Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia... 2. Por adopción: ....c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”.

10. Derecho a educación bilingüe e intercultural: “La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

68. Derecho a educación respetuosa de las tradiciones: “Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural”.

171. Derecho a elección en circunscripción especial:

El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.... La Circunscripción especial para la elección de senadores de las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.

Esta figura de elección no existe en Ecuador.

176 incs. 3 y 4. Faculta al legislador para crear circunscripción especial adicional: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el

exterior. Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”. Tampoco contempla esta situación en Ecuador.

329. Derecho de grupo a la propiedad de la tierra: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. La propiedad en Ecuador es un derecho (artículo 30) en Colombia no.

246. Derecho de grupo a administrar justicia: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

330. Derecho de grupo a la autonomía política en Colombia:

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

- Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
- 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.
- Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
- Percibir y distribuir sus recursos.
- Velar por la preservación de los recursos naturales.
- Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio.
- Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
- Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.

*Las demás que señalen la Constitución y la ley*

330 par. Derecho de grupo relativo a la explotación de recursos en territorio indígena: “Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que

se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

357. Derecho de grupo a la autonomía financiera: “Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación... Para los efectos de esta participación, la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”.

329 incs. 1 y 3. Entidades territoriales indígenas.

La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. ...La ley definirá las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

## B. *Constitución política en Ecuador*

### Artículo 84

De conformidad con la Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos el Estado reconocerá y garantizará los siguientes derechos colectivos:<sup>7</sup>

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.

2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables, e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas de pago de impuestos.

3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y obtener su adjudicación gratuita conforme a la ley.

4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

5. Ser consultado sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causa.

<sup>7</sup> Como puede deducirse, el concepto de derechos colectivos tiene relación con los derechos de grupo distinto que se otorgan a estos pueblos.

6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

8. A no ser desplazados...

9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales...

10. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional incluido el derecho a la protección de los lugares rituales sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquélla.

11. Formular prioridades en planes y proyectos de desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

12. Participar mediante representantes en los organismos oficiales que determine la ley.

13. A usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

## Artículo 191

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatible aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

## 5. Efectividad de los derechos en Colombia y Ecuador

Para proteger y aplicar los derechos plasmados en las nuevas Constituciones, los constituyentes, tanto en Colombia como en Ecuador, definieron procedimientos para hacer efectivos esos derechos.

### A. Artículo 80. La acción de tutela en la Constitución de Colombia

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

### B. *Los derechos de grupo de los pueblos indígenas protegidos en la jurisprudencia por la Corte Constitucional*

Aunque las sentencias hablan por sí mismas, las argumentaciones en cada una son dignas de conocerse y trabajarse por cuanto en ellas son observables diversas reflexiones desde la filosofía del derecho, desde la antropología y desde la filosofía práctica, que definen por qué y cómo proteger un derecho de modo particular en un pueblo indígena; puede comprenderse que la igualdad sea real, pero respetándose la diferencia. Así, con respecto a la protección del derecho a la salud, por ejemplo, se falla para que puedan disponer de los servicios del sistema nacional de salud, pero bajo políticas públicas concretas a que éste se adecue, por ejemplo, introduciendo en los hospitales otra manera para abordar el parto o a los familiares del enfermo. Igualmente obligando a que el sistema carcelario nacional posibilite, toda vez que un recluso indígena lo solicite, atención de su sistema propio de salud.

Bajo esta aplicación eficaz de los derechos fue posible que un *chamán* permaneciera en el mejor centro especializado para enfermedades del corazón bajo el cuidado de médicos ortodoxos, y que Anastasio Peche recibiera atención del jaibana o médico tradicional embera.

Las siguientes son sentencias de tutela que manifiestan esta política de reconocimiento impulsada por los Estados democráticos.

*El derecho a la supervivencia cultural.* Es la versión grupal del derecho a la vida y a no ser sometido a desaparición forzada. Al igual que el derecho a la vida es el derecho básico de los individuos del que se deriva la posibilidad de ejercer los demás, con los pueblos indígenas sucede lo mismo. Por esta razón, aparece en la mayoría de las sentencias relativas a derechos de los pueblos indígenas. Pero en particular fue decisivo en las sentencias T-428 de 1992, T-342 de 1994, T-007 de 1995, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998, T-652 de 1998.

*El derecho a la integridad étnica y cultural.* Este derecho es el correlato del derecho individual a la integridad personal. Es básico en el sentido en que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural. Al igual que el derecho anterior, aparece mencionado en la mayoría de las sentencias de la Corte sobre el tema y, por tanto, fue trascendental en las decisiones de los casos que corresponden a las sentencias T-342 de 1994, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998.

*El derecho a la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica).* Reconociendo la importancia que tiene para las comunidades indígenas, la preservación de su hábitat natural y consciente de los cambios culturales que las variaciones en este hábitat pueden generar, la Corte ha reconocido a las comunidades indígenas un derecho a la preservación de su hábitat natural. Este derecho fue determinante en las decisiones que se tomaron en las sentencias T-380 de 1993, SU-037 de 1997, y T-652 de 1998, T-380 de 1993, SU-037 de 1997, T-652 de 1998.

*El derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad.* Este derecho de los pueblos indígenas aparece consagrado en la Constitución en dos de sus artículos. Es importante resaltar, sin embargo, que la Corte le ha dado el carácter de derecho fundamental de los pueblos indígenas y, por tanto, susceptible de tutela, lo que no ocurre con el derecho individual a la propiedad que sólo es tutelable cuando está en conexión con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Además de señalar su carácter de derecho fundamental, la Corte ha concretado el texto constitucional señalando que este derecho incluye a su vez cuatro derechos: T-567 de 1992, T-188 de 1993, T-652 de 1998, T-257 de 1993, SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-405 de 1993, SU-039 de 1997.

*Derecho a que cada comunidad tenga su propio territorio.* Derecho a la división de los resguardos, ST 188 de 1993.

*Derecho a la división de los resguardos.* Derecho a la unificación de los resguardos. Derecho de exclusión del territorio indígena, ST 652 de 1998.

*Derecho a impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas. O derecho de exclusión del territorio.* ST 257 de 1993; SU 510 de 1998.

Límites al derecho de exclusión: a) Seguridad nacional T-405 de 1993, y b) explotación de recursos cuando no se logra acuerdo, la consulta ha sido adecuada y la intervención es justificada, T-567 de 1992, T-188 de 1993, T-652 de 1998, T-257 de 1993, SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-405 de 1993, SU-039 de 1997.

No obstante, la Corte enfatizó que la protección de la seguridad nacional es un interés que debe ser protegido, intentando causar el menor daño a la comunidad indígena que habita el territorio. Cuando la intromisión (para llevar a cabo obras o realizar proyectos de exploración o explotación de recursos naturales, renovables o no renovables) se considere

justa y se haya realizado un proceso de consulta adecuado, aunque la comunidad no lo apruebe. Así lo estableció en la sentencia SU-037 de 1997, en donde además aclaró cuándo podría considerarse justificada la intromisión a pesar de la negativa de los indígenas.

*El derecho a determinar sus propias instituciones políticas y a que éstas sean reconocidas por los agentes estatales (autonomía política).* Este derecho fue protegido por la Corte en las sentencias C-139 de 1996 y T-652 de 1998.

*El derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica).* Mostrando los alcances y límites que se le han dado, es importante señalar que este derecho aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T-254 de 1994, en la que aclara que se trata de un derecho de aplicación inmediata y que, por tanto, no requiere de una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido. El derecho también fue protegido en las sentencias C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996, y T-23 de 1997.

*El derecho a la participación en la toma de decisiones que puedan afectar a las comunidades indígenas en su territorio.* Este derecho está consagrado expresamente en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución y también en la Ley 21 de 1991 (artículo 15). Ha sido protegido por la Corte en las sentencias SU-037 de 1997 y T-652 de 1998.

*El derecho a la igualdad lingüística de las comunidades indígenas, que se concreta en el reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas en el área de influencia de las comunidades, no estrictamente en sus territorios de resguardo.* Este derecho fue protegido en la sentencia T-84 de 1994.

*El derecho a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros (autonomía e igualdad religiosas).* Este derecho fue protegido en las sentencias T-342 de 1994 y SU-510 de 1998.

*El derecho al reconocimiento y protección de las prácticas médicas tradicionales.* Fue expresado en la sentencia C-377 de 1994 y protegido en la sentencia T-214 de 1997

*El derecho a la igualdad material de las comunidades indígenas.* Esto es, a acceder a prestaciones del Estado cuando como comunidad se encuentra en situaciones de debilidad manifiesta. Entre estas prestaciones se incluyen: a) Educación, derecho protegido en la sentencia T-007 de 1995, y también en la sentencia T-717 de 1996; b) Salud, el derecho a la

protección en salud a comunidades en situación de debilidad manifiesta fue protegido en las sentencias T-342 de 1994, T-007 de 1995 y T-652 de 1998; c) Suministro de agua potable: fue protegido en la sentencia T-007 de 1995; d) Derecho al desarrollo de la comunidad: según sus propias convicciones fue protegido en las sentencias T-007 de 1995, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998.

### C. Artículo 95. *El derecho de amparo. Constitución ecuatoriana*

“Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la función judicial designado por la ley”.

*Amparo Constitucional Causa Núm. 247-00 Sentencia de 8 de septiembre de 1999.*<sup>8</sup>

*Derecho a reconocer autoridades indígenas legítimas.* La FIPSE emite resolución donde se impedía toda negociación individual o de sus centros y asociaciones con la compañía ARCO, entendiendo que cualquier intento de la compañía petrolera en este sentido será considerado como un acto de atropello a la integridad del pueblo Shuar y sus organizaciones, y como una abierta violación a los derechos reconocidos en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT.

Este amparo, 247-00, fue concedido por la Honorable Corte Constitucional en Ecuador para proteger al sujeto colectivo Shuar, en representación de Tito Pedro Puanchir Payashña como autoridad y representante del pueblo.

### III. CONCLUSIONES

Nos enorgullece como colombianos la existencia y desarrollo de una *política de reconocimiento* a la diversidad étnica y cultural en la nación; sin duda, resultado de la capacidad de los noventa y tres pueblos indígenas para resistir y demandar derechos para ser reconocidos como iguales en la diferencia.

Éste ha sido el resultado de un enfoque diferencial con relación a los reclamos en otros países, en donde se demanda un trato y unos derechos iguales para los indígenas: es decir, acceder a la justicia, acceder a la sa-

8 Chávez, V. Gina, *Derechos indígenas y justicia constitucional: las autoridades indígenas en el ámbito nacional. Un estudio de caso*, inédito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2000.

lud, acceder al capital... todas posibilidades necesarias a la vida de hoy para los seres humanos, pero que deben diferenciarse para el caso indígena, si ellos y solidarios no indígenas de sus causas, justifican vivir como pueblos distintos.

Es necesario tomar como derrotero el extraordinario diálogo entre las autoridades tradicionales indígenas y muchos intelectuales no indígenas de diferentes campos del conocimiento que han reclamado y luchado por el derecho a proteger, fortalecer y usar su medicina, su sistema de derecho, sus patrones económicos, su sistema de ser familia en la sociedad, sus propias instituciones y autoridades. Todas estas instituciones son las que pueden darse en medio del estadio de desarrollo de países en donde los indígenas ven televisión, conocen métodos de control natal modernos, toman *Coca Cola*, van a las universidades... Quiero decir que hoy estos pueblos disponen de sistemas de derecho propios renovados, muchos han modificado por imposición o por cambios internos formas de suceder los bienes, o las reglas a la propiedad, muchos participan de formas de producción capitalistas... Y, aunque llenos de apropiaciones, adaptaciones o imposiciones, lo cual hace a muchos indistinguibles en el campo o en la ciudad de otros mestizos, hoy son el resultado histórico de movimientos de interacciones, luchas que ellos consideran las suyas dentro de la gran tipología de sociedades diferenciadas indígenas que existen en nuestras naciones.

La lucha por defender la capacidad de sentirse distintos y diferenciados de manera positiva, constituyen esfuerzos locales que muestran cómo cuando se tiene mayor capacidad de regular los asuntos internamente, goza de mayor autonomía.<sup>9</sup>

Ecuador tiene un extraordinario bagaje de resistencia étnica y cultural con importantes éxitos en el campo político. Ha logrado, como pueblo, penetrar la estructura política en defensa no sólo de los intereses de estas *naciones*, como internamente se llaman a sí mismos los pueblos, sino de todos los ecuatorianos.

Es importante que el panorama de refuerzo de lo étnico; es decir de la capacidad de ser respetados para el ejercicio de la autonomía, por parte de la sociedad hegemónica, se traduzca día a día en más hechos de reconocimiento que posibiliten, si ellos así lo desean como autónomos, el ejercicio

9 Siguiendo la línea jurisprudencial del doctor Eduardo Cifuentes de la Corte Constitucional de Colombia.

legal y plural de la justicia, las formas socioeconómicas distintas, el fortalecimiento de sus sistemas de gobierno, todas estas instituciones compitiendo con los signos de los tiempos modernos pero bajo el espíritu de sus antepasados.

Finalmente, es importante decir que ni las nuevas constituciones ni los convenios internacionales ni las leyes nacionales permiten transformar por sí mismas nuestras sociedades. No están vivos los indígenas por leyes proteccionistas del siglo XVI o del siglo XXI; ello significa que *el pájaro no vuela porque tiene alas, sino porque quiere*.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA\*

- BARTH, Fredrik, “La organización social de las diferencias culturales”, en varios autores, *Los grupos étnicos y sus fronteras*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- BARTOLOMÉ, Miguel Alberto, “La represión de la pluralidad. Los derechos indígenas en Oaxaca”, en varios autores, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie E, núm. 59, 1994.
- , “El derecho a la existencia cultural alterna”, en varios autores, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie E, núm. 59, 1994.
- BENÍTEZ HERNÁN, Darío, “Jurisdicción especial indígena: implicaciones de su consagración institucional”, Seminario sobre Jurisdicción Indígena, Popayán, 1997.
- Constitución Política de Colombia 1991, Bogotá, Ediciones Emfasar, 1994.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1998, *Gaceta Constitucional*.
- CHAHIN LIZCANO, Guillermo, “La acción de tutela según la jurisprudencia del Consejo de Estado”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 7, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, 1996.
- DOUGLAS, Mary, *¿Cómo piensan las instituciones?*, Madrid, Alianza Universidad, 1996.

\* Las sentencias de tutela de Colombia se encuentran en disco compacto de la Corte Constitucional.

- GROS, Christian, “Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia”, *Análisis Político*, núm. 19, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1993.
- JIMENO SANTOYO, Gladiz *et al.*, *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas*, Bogotá, División de Asuntos Indígenas, MG, Prisma, 1998.
- MINISTERIO DE GOBIERNO, *Política del Gobierno para los pueblos indígenas*, Santa Fe de Bogotá, Dirección General de Asuntos Indígenas, 1995.
- PEÑA, Jairo Iván, “Comprensión y racionamiento”, *Ideas y Valores*, núms. 90-91 Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, 1992.
- , *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*, Bogotá, Editorial Un Nacional, 1994.
- RESTREPO, S. Esteban, “Jurisprudencia indígena de la Corte Constitucional”, Bogotá, 1998, documento inédito.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional Bogotá, 2000.
- , *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Unibiblos, 1998.
- , “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano”, *América Indígena*, vol. LVIII, núms. 1-2, enero-junio, 1998.
- , “Melicio Cayapú Dagua, está preso mi sargento. Estado de normas, Estado de rupturas”, en Sánchez, Esther (ed. y comp.), *Antropología Jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*, Bogotá, Sociedad Antropológica de Colombia-Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, 1992.
- , “Peritaje antropológico. Una forma de conocimiento. El otro derecho”, en varios autores, *Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*, núm. 2, Santa Fé de Bogotá, ILSA Bibliográficas, 1992.
- , “Costumbre, cultura y ley nacional”, en varios autores, *Grupos étnicos, derecho y cultura*, Bogotá, Editorial Presencia, 1987, Cuadernos del Jaguar.

- , “Un nuevo concordato para los indígenas de hoy. Política colombiana”, *Revista de la Contraloría General de la República de Colombia*, vol. III, núm. 2, 1993.
- , *Manual para la construcción de entendimiento intercultural*, Bogotá, ICBF, 1993.
- SANTOS DE SOUZA, Boaventura, *Estado de derecho y luchas sociales*, ILSA, Dupligráficas, 1991.
- TYLOR, Charles, *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.