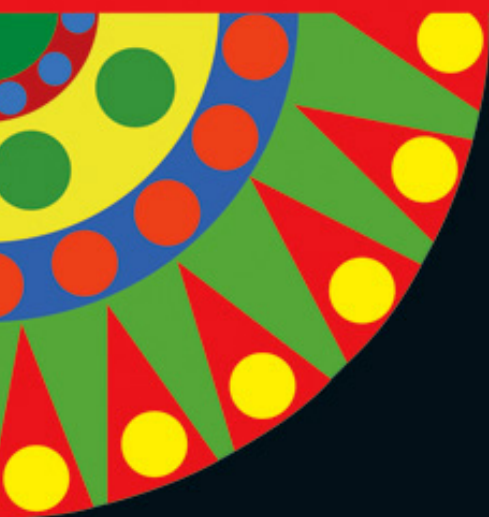


FRANK SEMPER

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA



EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

LOS DERECHOS
DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN COLOMBIA

Semper, Frank

Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia / Frank Semper. --Bogotá : Editorial Temis, 2018.

432 páginas : mapas ; 16 x 23 cm.

ISBN 978-958-35-1181-3

1. Derechos de los indígenas - Colombia 2. Indígenas de Colombia - Tenencia de la tierra 3. Indígenas de Colombia - Relaciones con el gobierno I. Tít.

323.0986 cd 21 ed.

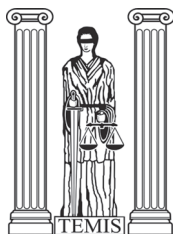
A1593

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

FRANK SEMPER

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

Prólogo del profesor Dr. Wolf Paul



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021

Este trabajo es una versión actualizada y completamente editada de la tesis doctoral del autor, publicado en alemán en 2003. El texto fue adaptado al estado actual de desarrollo de la investigación y ahora transmite el conocimiento del desarrollo dinámico que ha tomado la materia del derecho indígena en los últimos veinte años en Colombia. Aunque no pueden ser considerados los cambios normativos iniciados por el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera de noviembre de 2016 y sus impactos en los pueblos y las comunidades indígenas, el texto apunta al presente y al futuro del desafiante desarrollo del derecho indígena bajo las difíciles condiciones del acuerdo de paz aún fresco.

Título del original alemán:

Die Rechte der indigenen Völker in Kolumbien

© SEBRA-Verlag, Hamburg, 2003.

Traducción de

Andrés Felipe Quintero Atehortúa

© Frank Semper, 2021.

© Editorial Temis S. A., 2021.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-1181-3

2949 20180023400

ISBN e-book 978-958-35-1414-2

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

Esta traducción es el producto de la investigación que desarrolló el grupo GELCIL en el marco de la estrategia de sostenibilidad 2013-2015 de la Universidad de Antioquia.

“Afortunadamente solo quedan en América muy pocos indios hostiles, de modo que el viajero se encuentra más seguro que en cualquier otra región de Alemania”.

KONRAD THEODOR PREUSS
Visita a los indígenas kagaba
de la Sierra Nevada de Santa
Marta (1926).

PRÓLOGO

La pregunta sobre los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica se ubica en el espacio histórico. Desde hace más de 500 años se ha venido formulando. Los habitantes nativos del continente son considerados, a partir de su “descubrimiento” y “conquista” por los europeos desde 1492, como un problema social inevitable al que trataron de dar respuesta, una y otra vez, la sentencia jurídica y los conocimientos legislativos de los reyes colonizadores y las iglesias de Europa y, más tarde, de las naciones latinoamericanas, sin conseguir soluciones duraderas, sólidas ni apropiadas. Por el contrario, todas las valoraciones históricas acerca del destino de los indígenas han conseguido un resultado deprimente: a los pueblos indígenas se les ha hecho rara vez justicia, la mayoría de las veces injusticia. En todas las sociedades latinoamericanas se han sometido permanente y persistentemente los derechos de vida de los indígenas y su existencia se ha visto amenazada por el desarraigo, el genocidio y etnocidio. Los individuos, comunidades, tribus, pueblos indígenas han padecido continuamente “el drama de su entrega a la civilización” (DARCY RIBEIRO), “el drama de su ocaso por el influjo del desarrollo europeo” (HEGEL). “Se puede decir literalmente”, como profetizaba ya el etnólogo y americanista alemán CARL FRIEDRICH VON MARTIUS en su tratado sobre *El pasado y futuro de la humanidad americana* (1867) que “la civilización europea mató al americano; los autóctonos americanos ya no tienen futuro, están allí para desaparecer”. El hecho de que la llamada pregunta indígena se liquide por sí sola de esta manera violenta, forma parte de las convicciones ampliamente arraigadas con las que se gestionan en Latinoamérica, al igual que antes, la política y legislación indígenas. Puede ser que la opinión mundial caiga en cuenta hoy, inesperadamente, de que los aborígenes siguen existiendo todavía, que han sobrevivido al largo y terrible proceso de la integración forzada y han conservado su identidad en condiciones trágicas e inhumanas.

La pregunta de todas las preguntas que se le debe hacer al mundo civilizado de hoy es si esta tragedia humana tendrá un fin y de qué manera. Se sabe que con las palabras de arrepentimiento de un Papa de turno no se exime la culpabilidad histórica de la Iglesia. Se requiere una política responsable tanto nacional como internacional que asuma en serio los derechos humanos y de autodeterminación de los pueblos indígenas. Pero también se necesita un jurista comprometido que

se pregunte por la veracidad de las leyes y no tenga miedo, en el lugar de los hechos, al frente de la realidad de los indígenas, de velar por ella.

Un jurista que reúne todos estos requisitos es FRANK SEMPER. Él investiga, basándose en el modelo del desarrollo de los derechos indígenas en Colombia, cuáles posibilidades les quedan a los aborígenes del país teniendo en cuenta las condiciones del Estado constitucional moderno, así como también cuáles riesgos están asociados a la existencia indígena con una política en gran parte proteccionista, orientada a los derechos humanos. El hecho de que Colombia haya sido escogida como modelo de investigación tiene una buena justificación. Colombia es considerada como el país de Latinoamérica que hace unas décadas abrió el camino más decisivo para superar las tradiciones legales represivas y que, de forma convincente, ha trabajado en el deber histórico de no solo instaurar, sino también de poner en práctica públicamente condiciones legales para un futuro sostenible de sus poblaciones indígenas.

Para proporcionar una imagen realista de la actual situación legal de los pueblos indígenas de Colombia, SEMPER sigue una estrategia doble: por un lado, presenta el “fuero indígena colombiano”, esto es, el derecho constitucional y legal que se aplica y es válido para todas las comunidades indígenas que viven en el territorio nacional colombiano, así como los derechos consuetudinarios (“costumbres”) de los indígenas reconocidos oficialmente. Por otro, reflexiona sobre este ordenamiento formal del “fuero” en su relación contradictoria con la realidad precaria que está caracterizada por la pobreza, represión, guerra civil y destrucción del medio ambiente, para comprobar finalmente la débil situación jurídica que sigue definiendo, por lo general, el destino de los indígenas.

El resultado inequívoco al que llega este trabajo pionero, de base jurídica y etnológica, es difícil de contradecir: la lucha por los derechos de los pueblos indígenas no ha finalizado. Todas las esperanzas apuntan a un proceso de liberación; hacia un estado en el que ya no se les dispute a los pueblos más antiguos de la humanidad, que siguen existiendo hoy en día, la humanidad misma.

Prof. Dr. WOLF PAUL

Frankfurt am Main, 1 de agosto de 2003

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Prólogo.....	IX
Lista de abreviaturas más usadas en el libro.....	XVII

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN AL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y AL OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

1. La determinación histórica del derecho indígena.....	1
2. Internacionalización y constitucionalización nacional de la cuestión indígena.....	3
3. Constitucionalización de la “cuestión indígena” según estándares internacionales en Colombia, perfiles de progreso y problemas de implementación.....	5
4. Historia de la Constitución, declaración para una constitucionalización progresista de la “cuestión indígena” en Colombia, en especial su compromiso de reforma personal.....	7
5. Indicios de crítica jurídica, insistencia en el modelo político colonial, espíritu anti-emancipatorio del legalismo indígena.....	8
6. Relativización de la crítica, asociada a la esperanza de una jurisprudencia constitucional.....	11
7. Advertencia sobre la precaria situación general de los pueblos indígenas en la actualidad.....	11
8. Situación diversa de los indígenas de la región andina y de las zonas bajas, amenazada por colonización (frontera agrícola), política minera estatal (ejemplos particulares). Factores que definen el futuro indígena.....	13
9. División de la investigación.....	16

CAPÍTULO II

CONCEPTOS PRINCIPALES

1. El “indio” o “indígena”.....	21
2. La “comunidad indígena”.....	25
3. El “pueblo indígena”.....	29

CAPÍTULO III

LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

1. Criterios etno-lingüísticos.....	36
2. Estructuras socioculturales.....	39

	PÁG.
3. Clasificación de acuerdo con espacios culturales y criterios “neoevolucionistas”	40
A) Cazadores y recolectores	40
B) Grupos tribales	40
C) Cacicazgos	41
D) Formas de Estado arcaicas	41
4. Los pueblos indígenas más numerosos en Colombia	41
A) Los wayúu	42
B) Los nasa	44
C) Los emberá	46
5. Algunos pueblos indígenas con menor número de población en Colombia ..	48
A) Los barí	49
B) Los carijona	49
C) Los kogi (kággaba) y arhuaco (ika)	50
D) Los nukak makú	54
E) Los sikuani	55
F) Los u’wa	56
G) Los yukpa	59

CAPÍTULO IV

LA HISTORIA DE LA POLÍTICA INDÍGENA Y LA LEGISLACIÓN DE COLOMBIA DESDE EL DECRETO DE SIMÓN BOLÍVAR DE 1820

1. El estatus especial de los indígenas en la Colonia	61
2. El papel de la Iglesia católica en la administración de los territorios indígenas al comienzo del período republicano	63
3. La legislación indígena entre 1820 y 1890	64
A) El decreto de Simón Bolívar de 20 de mayo de 1820	65
B) La ley de 11 de octubre de 1821	67
C) La resolución de 15 de octubre de 1828	69
D) La legislación (indígena) y la urbanización	70
E) La distribución de los resguardos	75
F) Creencia en el progreso y genocidio a los indígenas	78
G) El Estado unitario recién creado y el estatus de la Iglesia católica a finales del siglo XIX	79
4. El restablecimiento del estatus especial (colonial) mediante la ley 89 de 1890 ..	80
5. La desarticulación de la propiedad del resguardo mediante la ley 55 de 1905 y el levantamiento del indígena Quintín Lame	84
6. Sobre la política de asimilación e integración	87
7. La influencia decreciente de la Iglesia católica y el papel de las iglesias misioneras evangélicas	89
8. La prohibición del “Estatuto Indígena” y la creación de formas de organización políticas por medio de los pueblos indígenas	90
9. Las consecuencias de la reforma agraria para los pueblos indígenas	91

	PÁG.
10. Nuevas tendencias: la relación entre política ambiental e indígena y el papel de la lucha antidrogas para el destino de los pueblos indígenas	92
11. Resumen y resultados.....	94

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991 EN RELACIÓN CON LAS REGLAMENTACIONES DE LA CUESTIÓN INDÍGENA

1. Las fuentes jurídicas del derecho indígena colombiano	97
2. La posición constitucional de los pueblos indígenas en el concepto de la nación colombiana	99
3. Artículos particulares de la Constitución que conciernen a los derechos de los pueblos indígenas	100
4. El principio constitucional de la “variedad étnica y cultural” (Const. Pol., art. 7°).....	101
A) La interpretación del artículo 7° de la Constitución Política por la jurisprudencia de la Corte Constitucional	102
B) Evaluación.....	104
5. Los derechos de las “comunidades indígenas” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	104
A) Los derechos fundamentales individuales del indígena en el marco de la “comunidad indígena”.....	108
B) La protección procesal de los derechos fundamentales de la “comunidad indígena”	110
C) El derecho de la “comunidad indígena” a la propiedad común	111
D) Valoración.....	138
E) La propiedad en relación con los recursos naturales.....	139
F) El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía.....	158
G) El derecho de los pueblos indígenas a participar en el Estado y cooperar con sus instituciones.....	224
H) El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa	234
6. El caso U’wa	239
7. El caso de la hidroeléctrica Urrá I.....	240
8. Valoración de ambos casos.....	243
9. El caso Yaigojé - Apaporis (*)......	247

CAPÍTULO VI

REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL DERECHO INDÍGENA COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CONVENCIONES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES DE LAS NACIONES UNIDAS

1. La “cuestión indígena”. Una pregunta concerniente a la protección de los derechos humanos	251
--	-----

	PÁG.
2. El estado actual de la discusión sobre los derechos humanos. Especial referencia a la situación de los pueblos indígenas.....	252
3. Las convenciones de los derechos humanos y la protección de los derechos humanos de los indígenas.....	258
A) El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y su supervisión por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU	260
B) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto social) y su supervisión por la Comisión económica y social.....	271
C) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación y las recomendaciones generales de la Convención CERD sobre los derechos de los pueblos indígenas	272
D) La Convención para la prevención y sanción del genocidio	275
4. La protección de los derechos humanos de los indígenas de América	284
A) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su significado para la protección de los derechos humanos de los indígenas.....	286
B) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su importancia para la protección de los derechos humanos de los indígenas	293
5. El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para la protección de los pueblos indígenas.....	294
A) El Convenio OIT 107	295
B) El Convenio OIT 169	296
C) El sistema de supervisión y control, así como las funciones operativas de la ort a favor de los pueblos indígenas	299
6. La UNDRIP y la declaración americana	302
7. La situación general de los derechos humanos en Colombia.....	308
A) La violación de los derechos civiles y políticos de los indígenas en Colombia.....	314
B) La violación de los derechos económicos, sociales y culturales de los indígenas en Colombia	315
C) La impunidad de las violaciones de derechos humanos como forma independiente de este tipo de violación	317
D) El conflicto interno armado y sus repercusiones en la situación de los derechos humanos de los indígenas	319
E) La responsabilidad estatal de garantizar el derecho a la vida y otros intereses legales.....	321
F) La aplicación de las normas del derecho internacional humanitario para la protección de los indígenas en los territorios afectados por el conflicto armado.....	323
G) La protección de los derechos humanos de los indígenas en el contexto del conflicto interno armado.....	326
H) Las instituciones estatales para la protección de los derechos humanos de los indígenas	330

CAPÍTULO VII

RESUMEN Y CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN	341
--	-----

	PÁG.
Anexos	357
Bibliografía	379
Índice de autores	403
Índice de disposiciones	407

LISTA DE ABREVIATURAS MÁS USADAS EN EL LIBRO:

AATI – Asociación de autoridades tradicionales indígenas

ACNUR – Agencia de la ONU para los Refugiados

ACNUDH – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

AI – Amnesty International (Amnistía Internacional)

ANUC – Asociación Nacional de Usuarios Campesinos

Art. (Trans.) – Artículo Transitorio

BGBI – Bundesgesetzblatt (desde 1951, parte I y II)

CADH – Convención Americana de Derechos Humanos 22.11.1969 (ILM 1970, 673)

CCPR – U.N. Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

CDDH – Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 1974-77. (Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra)

CEACR – Comisión de Expertos en la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT

CEDAW – Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer)

CEDH – Convención Europea de Derechos Humanos

CEPAL – Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CERD – Committee on the Elimination of Racial Discrimination (Comité para la eliminación de la discriminación racial)

CESCR – Committee on Economic, Social and Cultural Rights (Comité de Derechos económicos, sociales y culturales)

CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIT – Confederación Indígena Tairona

COAMA – Consolidación de la Región Amazónica

CONAIE – Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

CONPES – Consejo Nacional de Política Económica y Social

Const. Pol. – Constitución Política de Colombia (20.07.1991)

Corte Const. – Corte Constitucional de Colombia

CRC – Committee on the Rights of the Child (Comité de los Derechos del Niño)

CRIC – Consejo Regional Indígena del Cauca

DANE – Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas

Decr. – Decreto

Dep. – Departamento

DIH – Derecho Internacional Humanitario

DGAI – Dirección General de Asuntos Indígenas

D.O. – Diario Oficial

Doc. – Documento

DNP – Departamento Nacional de Planeación

ECOSOC – Economic and Social Council (Consejo económico y social)

Ed. – Editor, Edición

ESCOR – United Nations Economic and Social Council Official Records

etc. – etcétera

ETI – Entidad territorial indígena

EuGRZ – Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Revista Europea de los derechos fundamentales)

GA – General Assambly (Asamblea General)

GAbk. – Genfer Abkommen vom 12.08.1949 (BGBl 1954 II, 781) (Acuerdo de Ginebra)

GB – Gouverning Body, Consejo administrativo de la OIT

GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland de 23.05.1949 (Constitución de la República Federal Alemana)

GOA – Gaceta Oficial Ambiental

HRLJ – Human Rights Law Journal (Revista de ley de los derechos humanos)

ibíd – íbidem

ICCPR – International Covenant on Civil and Political Rights de 19.12.1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (BGBl. 1973 II, 1533)

IGAC – Instituto Geográfico Agustín Codazzi

ILM – International Legal Materials

ILO – International Labour Office

ILV – Instituto Lingüístico de Verano

INCODER – Instituto Colombiano del Desarrollo Rural desde 2003, en lugar del INCORA. El INCODER fue suprimido y liquidado por decreto presidencial 2365 de 2015. Las nuevas dependencias serán la Agencia Nacional de Tierras, la Agencia de Desarrollo Rural, la Agencia para la Renovación del Territorio, el Consejo Superior de Uso del Suelo, el Consejo Superior de Restitución de Tierras, la Dirección de Mujer rural en el Ministerio de Agricultura.

INDERENA – Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales (hasta 1993)

JEI – Jurisdicción Especial Indígena

MADARIEN – Compañía de Maderas del Darién

MC – Medidas Cautelares

M. P. – Magistrado Ponente

OEA – Organización de Estados Americanos

OIA – Organización Indígena de Antioquia

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONIC – Organización Nacional Indígena de Colombia

OPIAC – Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía

OREWA – Organización Regional de Emberá y Waunana

Párr. – párrafo

PDES – Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas del ACNUR

PNUD – Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en inglés UNDP)

Res. – Resolución

s., ss. – siguiente, siguientes

SAT – Sistema de Alertas Tempranas

SCC-C – Sentencia de la Corte Constitucional - Constitucionalidad

SCC-SU – Sentencia de la Corte Constitucional – Sala Plena (Unida)

SCC-T – Sentencia de la Corte Constitucional - Tutela

SEIP – Sistema Educativa Indígena Propia

SINAP – Sistema Nacional de Áreas Protegidas

SISPI – Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural

SUIN-JURISCOL – Sistema Único de Información Normativa del Estado Colombiano

UAF – Unidades Agrícolas Familiares

UE – Unión Europea

UN – United Nations (Naciones Unidas)

UNDP – United Nations Development Programme (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) (PNUD)

UNDRIP – Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación y Diversificación, la Ciencia y la Cultura)

UNFPA – United Nations Fund for Population Activities (Fondo de Población de las Naciones Unidas)

UNHCR – Office of the UN High Commissioner for Refugees (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados)

UNHCHR – United Nations High Commissioner for Human Rights (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos)

UNTS – United Nations Treaty Service

ZaöRV – Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Revista de derecho internacional y público)

ZP – Zusatzprotokoll (Protocolo adicional)

ZPI: Zusatzprotokoll vom 12.12.1977 zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), (BGBl.1990 II, 1551) (Esp.: Protocolo adicional de 12.12.1977 sobre el convenio de Ginebra de 12.8.1949 sobre la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales)

ZP II: Zusatzprotokoll vom 12.12.1977 zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II), (BGBl.1991 II, 1637) (Esp.: Protocolo adicional de 12.12.1977 sobre el convenio de Ginebra de 12.8.1949 sobre la protección de las víctimas de conflictos internacionales no armados-Protocolo II)

ZVgl.RWiss – Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht, Heidelberg) (Revista de jurisprudencia comparada-Archivo de derecho económico internacional, Heidelberg)

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN AL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y AL OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación se dedica a la parte normativa del “derecho indígena” (si se quiere “derecho indio”) nacional e internacional. También considera los derechos autóctonos de los pueblos indígenas¹ en Colombia, en tanto estos puedan encontrar o hayan encontrado cabida en el marco del derecho vigente y coexistan, cooperen o coincidan con el derecho estatal. Por derecho indígena se puede entender una reglamentación bastante compleja, a menudo contradictoria y llena de conflictos, que se compone de diferentes categorías legales y que solo llega a ser comprensible si se le estudia desde su contexto histórico latinoamericano².

1. LA DETERMINACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INDÍGENA

La cuestión del derecho indígena va más allá de los meros contenidos normalizados y, en el fondo, implica una contradicción evidente entre derecho y realidad, que se identifica desde las *Leyes de Indias* hasta el presente, cuyo objetivo es la sumisión de los pueblos autóctonos al poder de las clases dominantes, que busca, la mayoría de las veces, fines completamente distintos a los de asegurar la supervivencia de los indígenas como pueblos étnicos independientes.

El derecho de los indígenas en Latinoamérica se basa en la arrogación histórica que se hizo del poder para regular las condiciones de vida de los indígenas, según el punto de vista del pensamiento jurídico europeo. Esta opinión y punto de vista se puede comprobar en el discurso de la *Conquista* del siglo XVI. Además de esto se abordaba la cuestión de legitimar cómo se debería argumentar la apropiación violenta de tierras y la sumisión de los “bárbaros” indios por los españoles, que trató de justificar³, como acción legítima, el padre de los dominicos, el jurista FRANCISCO DE VITORIA en su escrito *De indis recenter inventis et de iure belli Hispanorum in barbaros*. Las

¹ Para la definición de los conceptos véase el capítulo II.

² Con todo detalle a propósito del tema PAUL, *Die Rechte des „Indios“ in Südamerika*, pág. 163 (171). En relación con la situación jurídica colombiana, véase el capítulo V, 1.

³ Cfr. en relación con esto PAUL, *De Indis atque Ianomamis*, pág. 249 (254 ss.).

reflexiones de FRANCISCO DE VITORIA no se basaban, precisamente, como era usual en su tiempo, en una atribución étnico-racista de la inferioridad natural de los “bárbaros salvajes”, sino, por el contrario, desde un punto de vista jurídico moderno⁴, en el reconocimiento legal de los “indios” como “homines” en relación al derecho natural y como “gentes” en el sentido que se le da en el derecho internacional. Solo mediante la sublevación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional público fue posible subordinarlos a ese mismo derecho y presentar su resistencia como un hecho “injusto” contra el ejercicio de las libertades legítimas relativas al derecho internacional de los españoles, ante todo, el ejercicio de su derecho al trabajo y al misionerismo, así como declarar legítimos el derrocamiento y la represión de su resistencia y, con ello, la guerra de conquista.

VITORIA interpretó⁵ el derecho como derecho de los vencedores y “derecho para legitimar la guerra”. De ahí que FRANCISCO DE VITORIA tampoco se pueda considerar defensor de los indios ni combatiente al lado del fraile BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, como suele afirmarse en España, lo que demuestra un punto de vista histórico falseado y, a su vez, poco crítico, cada vez que los historiadores del derecho de nuestros días destacan⁶ al antiguo profesor de Teología de la Universidad de Salamanca como el precursor de las reglamentaciones actuales sobre la protección internacional al indígena y, de este modo, sugieren una continuidad histórica que sigue acentuando la sumisión de los indígenas mediante el derecho.

Debido a estos antecedentes seculares, la dedicación actual a las bases normativas del derecho indígena sigue teniendo algo sospechoso en sí mismo. El intérprete de las normas se enfrenta a un fundamento precario, con antecedentes históricos, si se propusiera indagar sobre la pregunta por la legitimación de las pretensiones legales indígenas como los derechos de territorio y autonomía más allá de las normas prescritas, en tanto las respuestas que brindan las normas del derecho vigente de hoy a menudo son poco satisfactorias. No se trata solo de un problema referente a los contenidos de las normas, ya sea por su empeño en mejorarlas o que se puedan calificar de retrógradas, sino de la subsistencia de una histórica situación jurídica y la perpetuación del poder legal sobre los indígenas.

Precisamente los actuales esfuerzos emancipatorios de los indígenas demuestran cuán difícil es consolidar las ideas y exigencias indígenas en el derecho vigente de los Estados, puesto que siguen estando sujetas, en ciertas

⁴ Se considera a VITORIA, por tanto, el primer especialista moderno en derecho internacional. Cfr. CARL SCHMITT, 1950, págs. 71 y ss.

⁵ PAUL, *De Indis atque Ianomamis*, pág. 249 (255).

⁶ Según WOLFRUM, pág. 369. “Attempts to provide for an adequate protection of indigenous peoples date back to the 16 th century when Francisco de Vitoria suggested that legal principles of indigenous peoples had to be respected”.

circunstancias, hoy más persistentes que en el pasado, al poder interpretativo y normativo del derecho estatal.

Ningún Estado latinoamericano ha conseguido hasta ahora renunciar a la actitud paternalista, tradicionalmente represiva, ni siquiera países como Ecuador y Bolivia, que han sido los que más han avanzado en este asunto. Las esperanzas de los pueblos indígenas se han cifrado, por tanto, en las reglamentaciones que se hicieron en el discurso internacional con participación de organizaciones indígenas internacionales⁷ y ONG, así como de científicos comprometidos. Las tendencias e impulsos internacionales, patrocinados por las numerosas actividades de la ONU y sus organizaciones especiales, prevalecen en los ordenamientos jurídicos nacionales y trascienden a la vez su marco nacional. La “cuestión indígena” se plantea como un asunto global. Por un lado, porque los problemas, inconvenientes e intereses de los pueblos indígenas, pese a todas sus diferencias culturales y étnicas, presentan⁸ similitudes notorias; por otro lado, porque los problemas de cada pueblo indígena se han convertido en un asunto de preocupación internacional⁹.

2. INTERNACIONALIZACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN NACIONAL DE LA CUESTIÓN INDÍGENA

Todavía en la década de los setenta se seguía afirmando que el problema de los “indígenas” (o bien de los “indios”) en Latinoamérica se resolvería espontáneamente con el ingreso de los Estados a la “modernidad”, en cuanto los indígenas, como parte retrasada de la población, ingresaran a formar parte de las correspondientes sociedades nacionales¹⁰. Desde entonces la “cuestión indígena” se ha desenvuelto especialmente en Latinoamérica de forma distinta, sobre todo porque los indígenas se han convertido en actores —políticos— conscientes de sí mismos internacionalmente y exigen el desarrollo autónomo de sus formas de vida particulares. Sus formas de organización se extienden desde las autoridades locales, creadas tradicionalmente, pasando por asociaciones y partidos nacionales hasta las alianzas interestatales, federaciones y representaciones de alcance internacional¹¹.

⁷ Quince Organizaciones Indígenas Internacionales fomentan un estatus de consulta en ECOSOC, véase UNHCHR, Fact Sheet No. 9 (Rev.1), The Rights of Indigenous Peoples (Introduction).

⁸ OACDH, Fact Sheet No. 9 (Rev.1), *op. cit.*

⁹ Cfr. El desarrollo globalizador y los pueblos indígenas de Colombia. Dentro de los casos concretos más conocidos mundialmente están los yanomami (Brasil/Venezuela), kayapó (Brasil), nukak makú (Colombia), penan (Malasia).

¹⁰ Véase al respecto Jorge Castañeda —Ministro del Exterior de México de aquel entonces— en *El País* (Madrid) del 26.8.1998.

¹¹ En el caso de los indígenas del territorio andino colombiano está ampliamente extendida la forma de organización local por cabildos. En Colombia existen 23 organizaciones

En el ámbito internacional, la cuestión indígena ha encontrado cabida en el marco del derecho internacional público y de la política internacional¹². El teórico del derecho y profesor del método legal alemán WOLF PAUL se refiere a la pregunta por los derechos de los aborígenes como “una pregunta que pone en marcha los derechos humanos, es perentoria del derecho internacional público y una pregunta actual de la política jurídica mundial con un significado trascendental para la definición de los conflictos existentes entre los Estados nacionales y los pueblos en todo el tercer mundo”¹³.

Todas las conferencias mundiales importantes de la década de 1990 formularon en sus declaraciones concluyentes algunas recomendaciones en torno a los indígenas¹⁴.

En la mayoría de los Estados latinoamericanos los derechos de los indígenas se determinaron constitucionalmente como consecuencia de la conducta internacional modificada de un modo general por mayoría¹⁵, la cual se había promulgado desde finales de los años ochenta en una fase general de auge constitucional. Las nuevas constituciones, que se ocupan de los derechos indígenas en diversa medida, tuvieron lugar en Guatemala (1985), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).

Desde cuando se publicó la primera edición de esta obra en 2003, Ecuador y Bolivia promulgaron en poco tiempo constituciones nuevas. La Constitución de la República de Ecuador de 2008 y la Constitución de Bolivia de 2009, siguiendo las prescripciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante UNDRIP), acordada en 2007, acogieron parcialmente de forma literal en los pasajes más determinantes de

indígenas regionales y 11 por zonas (Síntesis en Avirama/Márquez), la Organización Nacional Indígena ONIC y tres agrupaciones de partidos indígenas: el Movimiento Indígena, la Alianza Social Indígena (ASI) y el Movimiento de Autoridades Indígenas. Forman parte de las organizaciones indígenas internacionales, entre otras, el Consejo Darién Panamá-Colombia, que se ocupa de los intereses de los emberá y kuna. En la OBIQUEVA se han reunido los cubeo, guaranu, cacua, tukano, desano de Colombia y Brasil. La UNIPA representa los intereses de los Awa de Ecuador y Colombia (cfr. *El desarrollo globalizador y los pueblos indígenas de Colombia*).

¹² Véase HEINTZE, en *Ipsen*, § 28 considerando 12 y ss.

¹³ Sobre la situación jurídica y la realidad de vida de los pueblos indígenas en Latinoamérica, pág. 13.

¹⁴ Cumbre del medio ambiente mundial y Protocolo de Río (1992), Conferencia sobre derechos humanos y Declaración de Viena (1993), Conferencia mundial sobre población y desarrollo y Declaración de El Cairo (1994), Cumbre mundial social y Protocolo de Copenhague (1995), IV Conferencia mundial femenina y Declaración de Pekín (1995), Conferencia mundial Hábitat II y Declaración de Estambul (1996).

¹⁵ Chile representa en este sentido una excepción, en tanto regula exclusivamente los derechos de los indígenas en una ley especial.

su texto, sobre los derechos de los pueblos indígenas y en sus respectivos órdenes jurídicos los derechos postulados mundialmente, provistos de rango constitucional.

Por otra parte, se aprobaron también reformas constitucionales a favor de los pueblos indígenas que viven en su territorio nacional, entre otros, en Argentina (1994), México (2001) y Brasil (2005).

3. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA “CUESTIÓN INDÍGENA” SEGÚN ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN COLOMBIA, PERFILES DE PROGRESO Y PROBLEMAS DE IMPLEMENTACIÓN

En Colombia, por el contrario, el desarrollo jurídico indígena que tuvo lugar tras el ambiente de entusiasmo de los años noventa, se estancó con la intensa reacción reglamentaria de la política oficial de los dos períodos presidenciales continuos de Álvaro Uribe Vélez, quien se mostró reacio o, en el mejor de los casos, indiferente a las peticiones de los pueblos y organizaciones indígenas. Los indígenas aprovecharon esta fase para perfeccionar los métodos que han empleado durante siglos para resistir a la tutela y arbitrariedad política y administrativa del Estado, y además de las formas tradicionales de su protesta (vale la pena mencionar aquí la minga social y comunitaria) usar efectivamente el sistema de información y control que se desarrolló en el ámbito de la política internacional indígena y del derecho indígena (se puede citar al respecto el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas en el marco de la ONU) para defender sus intereses particulares y sus derechos acogidos en la Constitución Política de 1991.

Antes de 1991, las relaciones jurídicas entre el Estado y los indígenas—desde la época colonial—estaban reservadas a una legislación particular que separaba los intereses indígenas de los del Estado nacional y de la sociedad mayoritaria que los soportaba. En el nuevo concepto de Constitución que propaga la “variedad en la unidad” se les brinda a los derechos indígenas, en cambio, un lugar más relevante. Sin embargo, hasta ahora se ha manifestado en algunos suplementos cómo se deben conciliar o armonizar las diferentes ideas de vida y conceptos jurídicos de la sociedad mayoritaria nacional y la de los indígenas y si es en realidad sensato un suplemento de este tipo, pues las particularidades culturales de los indígenas deben ser respetadas y promovidas. Ellos no deben permanecer ignorados por más tiempo o quedar simplemente puestos a un lado. Esto supone un proceso de desarrollo sumamente difícil, si se considera que las disputas en Colombia, como en otros Estados del Hemisferio donde viven indígenas, se originan por las mismas circunstancias controvertidas. A esto se agrega la pregunta por el derecho al terreno, inclusive la protección y uso de recursos naturales, la consulta y participación de

los indígenas en la planeación y ejecución de (grandes) proyectos estatales y privados dentro de sus territorios, la pregunta por la autonomía, inclusive el derecho para determinar por sí mismos el contenido y tiempo del desarrollo, y la pregunta por las formas adecuadas de organización autónoma y la representación política de los indígenas, por lo general dentro de los sistemas mayoritarios parlamentarios de los Estados latinoamericanos.

Colombia sigue siendo pionera en la recepción de estándares articulados internacionalmente a favor de los indígenas dentro del derecho nacional en el ámbito latinoamericano, si bien Ecuador y Bolivia son dos Estados que han acogido entretanto en sus textos constitucionales derechos de gran alcance como, por ejemplo, el derecho a la libre determinación y el derecho a consulta previa, dos derechos fundamentales que no incluye el texto constitucional colombiano, lo cual le ha reportado no pocos elogios a la Constitución colombiana desde diferentes perspectivas. Si bien hay que relativizar hoy en día las declaraciones que emitieron los expertos, tras la promulgación de la Constitución Política de 1991, desde la retrospectiva de los últimos quince años, no obstante el desarrollo jurídico colombiano tiene la indiscutible ventaja, en comparación con las constituciones más recientes y, en partes, más avanzadas de Ecuador y Bolivia, de demostrar la experiencia de la Corte Constitucional que posee varios años como órgano constitucional y jurídico, lo cual ha permitido que en el ámbito de los derechos indígenas no solo se haya desarrollado una casuística variada y bien elaborada, sino que también se haya elevado la consulta previa al nivel de derecho fundamental, con lo cual se da prueba de la flexibilidad que le ha merecido elogios.

El politólogo colombiano PIZARRO LEÓN GÓMEZ¹⁶ considera las “leyes indígenas” aprobadas por la Constitución de 1991 como una de las legislaciones más avanzadas a favor de las comunidades indígenas en el continente. A esta valoración tiende también el periodista norteamericano y experto en temas indígenas PHILIP WEARNE: “the greatest achievement has been Colombia’s 1991 constitution, which sets out the most comprehensive set of rights enjoyed by indigenous peoples anywhere in the Americas”. Agrega además, de forma crítica, que el verdadero precedente de la Constitución se encuentra en su implantación exitosa y en que la legislación contradice en parte los dictados de la Constitución¹⁷.

Por otro lado, elogiaron la “legislación indígena” colombiana el ecólogo norteamericano PETER BUNYARD: “Colombia had instituted the granting of title to the Indians of the Amazon without any pressure from outside”¹⁸, la

¹⁶ Pág. 17 (Nota a pie de página 18).

¹⁷ *Op. cit.*, pág. 177.

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 6.

política alemana CLARITA MÜLLER PLANTENBERG¹⁹ y el periodista alemán CHRISTIAN WERNICKE²⁰.

El etnólogo y, por varios años, director de la autoridad nacional de indígenas en Colombia (DGAI) bajo la presidencia de Virgilio Barco y posterior activista ONG Martin von Hildebrand, quien fue galardonado con el Premio Nobel alternativo por su trabajo de 1999, pone de manifiesto en una entrevista de la revista *Die Zeit*²¹: “Según la Constitución de Colombia le pertenecen a los indígenas regiones completas en el Amazonas [...]. Esto es casi la mitad de nuestra selva tropical, y, por tanto, la situación es mejor en nuestro caso que, por ejemplo, en Brasil, puesto que en los territorios reconocidos los blancos tienen más dificultades en explotar y destruir la selva”.

Varias de estas afirmaciones se refieren, en efecto, a los pueblos indígenas numéricamente pequeños de la tierra baja del Amazonas, a quienes ya se les habían “adjudicado” amplias zonas del territorio colombiano amazónico con el carácter de resguardo antes de que entrara en vigor la Constitución de 1991 bajo el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990) y ello no pasa desapercibido para la evaluación de la política gubernamental, que se encuentra todavía lejos de la frontera colonizadora.

4. HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN, DECLARACIÓN PARA UNA CONSTITUCIONALIZACIÓN PROGRESISTA DE LA “CUESTIÓN INDÍGENA” EN COLOMBIA, EN ESPECIAL SU COMPROMISO DE REFORMA PERSONAL

En la elaboración del texto sobre la Constitución Política de 1991 durante la Constituyente, los indígenas en Colombia se beneficiaron seguramente de que este hecho ocurriera solo poco antes de que se conmemoraran los 500 años del Descubrimiento de América (1992), y que los padres y madres de la Constitución hubieran experimentado también en la votación sobre la “Constitución indígena” la sensación de resarcir las injusticias que habían cometido los descubridores y sus sucesores a los indígenas de América²². Este “ambiente amigable hacia los indígenas” en las sesiones de la asamblea constituyente propició también que Colombia ratificara el convenio oit 169²³ en relación directa con los amplios acuerdos constitucionales, a saber, el

¹⁹ Amazonien–Lokales Wissen und globale Zerstörung; págs. 28 (29-31).

²⁰ “In der Hand der Geister” Die ZEIT v. 18.3.1994.

²¹ Edición núm. 49/1999.

²² El diputado indígena en la Asamblea Constituyente, Rojas Birry, se ha referido a ello en HOLGUÍN SARRIA, pág. 112; asimismo SÁCHICA, pág. 307.

²³ ILM 1989, véase 1384 ILO Convention 169 of June 27, 1989: Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries; (esp.) Convención sobre Indígenas y Tribus en Estados independientes, dispuesta en la sesión 76 de la OIT en Ginebra el 7.7.1989, puesta en vigor el 5.9.1991.

instrumento internacional de mayor alcance hasta ahora que se encarga de garantizar los derechos de los indígenas.

Para la petición de los indígenas fue favorable la composición de la Asamblea Constitucional, en la que el Movimiento Alianza Democrática M 19, el movimiento guerrillero M 19 que había acabado de retornar a la vida civil, estaba representado con 26,75 por ciento como el partido más fuerte. Su diputado ORLANDO FALS BORDA es considerado el sociólogo más connotado de Colombia, asumió la presidencia de la comisión constitucional para el ordenamiento territorial. Por su iniciativa se acordaron especialmente prescripciones de gran alcance para introducir las unidades territoriales de los indígenas (ETI). Entre los setenta representantes elegidos figuraban tres indígenas que participaron decisivamente en la realización de las principales disposiciones de la “Constitución indígena”²⁴.

El Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia (Movimiento Indígena), fundación de un partido de la Organización Nacional de Indígenas (ONIC), estaba representado por Francisco Rojas Birry, quien asumió la presidencia de la Comisión I de la Asamblea Constituyente —un emberá del resguardo Catrú (Dep. del Chocó), abogado de Medellín (Dep. de Antioquia), primer presidente de la Organización Regional Indígena Emberá-Waunana del Chocó (OREWA) y asesor jurídico de la Organización Regional Indígena de Antioquia (OIA)—. Lorenzo Muelas Hurtado era el segundo diputado de esta agrupación partidista, un guambiano de Silvia (Dep. del Cauca), gobernador y consejero del cabildo guambiano de Chimán. Del movimiento Quintín Lame, un antiguo grupo guerrillero indígena, se hizo cargo su dirigente Alfonso Peña Chepe, un páez de la Laguna Siberia, Municipio de Caldono (Dep. del Cauca).

Las posibles razones para considerar los intereses indígenas de forma tan sorprendentemente generosa dentro del orden jurídico se deben quizá a la mezcla única y particular, en el caso de Colombia, de la deficiencia estatal-institucional, de la delegación para el control territorial, del deseo por obtener reconocimiento internacional, así como de la esperanza más o menos oculta de convertir el reconocimiento de los indígenas y de los activistas indígenas de “revolucionarios peligrosos en ciudadanos respetuosos de la ley”²⁵.

5. INDICIOS DE CRÍTICA JURÍDICA, INSISTENCIA EN EL MODELO POLÍTICO COLONIAL, ESPÍRITU ANTI-EMANCIPATORIO DEL LEGALISMO INDÍGENA

A causa de la realidad política que reina en el país, aún se siguen infringiendo los derechos indígenas que se han aprobado. El conflicto armado hizo

²⁴ Véase acerca de las ideas de los diputados indígenas en detalle, *Los indígenas en la Constitución Colombiana*, (Ed.) Holguín Sarria.

²⁵ BRYSK, pág. 267 según tengo entendido.

fracasar en gran parte la implantación de las normas jurídicas acordadas. No solo ocurre que los derechos consolidados por la Constitución no llegan a ser administrativamente ejecutables para los indígenas, sino que a esto se suma que los indígenas han ido a parar, en muchos casos, a los frentes del conflicto armado y, por ello mismo, es apenas imaginable que el poder protector del Estado brinde una garantía mínima de sus derechos integrales a la vida. Sería válido apoyar al presidente actual Juan Manuel Santos si él, en medio del conflicto que va llegando a su fin, emitiera un pronóstico en el que se declarara que por medio del Proceso de paz “los derechos de los colombianos, de todos los colombianos, pero sobre todo de las comunidades indígenas se podrán respetar y garantizar con mayor facilidad”²⁶.

Ya que el conflicto armado no ha cesado, Colombia no ha podido llegar a ser un “Estado constitucional moderno” que garantice la seguridad pública, lo cual se contrapone con cualquier expectativa estimada²⁷ por la ciencia.

WOLF PAUL señala con argumentos generalizantes que las constituciones latinoamericanas (incluye la colombiana) no hacen cumplir sus derechos y asumen luego un carácter declarativo y retórico cuando se trata, en particular, de los derechos de los pueblos indígenas que viven en los respectivos países²⁸.

De ahí que cualquier empeño de realizar una reforma se considere con escepticismo, pues la realidad social y política de Latinoamérica es todavía hostil hacia los pueblos indígenas. La presencia y participación política de los pueblos indígenas aún son demasiado débiles como para lograr cambiar esta realidad²⁹. PAUL critica que los Estados latinoamericanos se aferran a cualquier cambio democrático a despecho de los modelos tradicionales, incluso coloniales y que se han declarado hasta ahora incompetentes para crear soluciones emancipatorias que sean prácticas para la convivencia con sus pueblos indígenas en el futuro³⁰.

Se puede comprobar esta crítica en el derecho colombiano vigente en relación con los indígenas, especialmente en la subsistencia de leyes republicanas del siglo XIX, similares en lenguaje y estructura a las reglamentaciones

²⁶ Presidencia de la República, Las comunidades indígenas serán las más beneficiadas con la paz, afirmó el presidente Santos el 14 de abril de 2014 en Popayán ante los representantes de los pueblos indígenas del departamento del Cauca.

²⁷ TIMMERMAN, *Der Schutz der subjektiven Rechts* (esp. *La protección de los derechos subjetivos*), pág. 31 (34 ss.) para la elaboración de un orden de protección completo; CIFUENTES MUÑOZ, pág. 5 (8 ss.), que el derecho constitucional colombiano quisiera basarse en la dogmática constitucional alemana. Véase HERDEGEN, pág. 39.

²⁸ *Die Rechte des „Indio“ in Südamerika* (esp. *Los derechos del indio en Sudamérica*), pág. 177 y ss.

²⁹ PAUL, *Pacha Mama*, pág. 13 (18).

³⁰ PAUL, *De Indis atque Ianomamis*, pág. 249 (259).

coloniales. En este caso se puede nombrar, sobre todo, la ley 89 de 1890³¹, una “ley de protección a los indígenas”, que había establecido la inferioridad y aislamiento del indígena, y había superado igualmente la transformación constitucional de 1991 —si bien no del todo intacta—³² como algunos otros decretos y leyes para el derecho indígena del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, los cuales no han sido derogados hasta ahora de forma oficial³³.

Las reglamentaciones de la ley 89 de 1890 sobre la cuestión territorial (en forma de resguardo) y la autonomía (en forma de cabildo indígena), para cuya validez legal se designaron siempre, en especial, los voceros con gran influencia política de los indígenas nasa (páez)³⁴ y la organización regional líder dentro del movimiento indígena colombiano, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) —al suroeste del país—, están adheridas a la herencia colonial.

El distinguido antropólogo colombiano JUAN FRIEDE ya había advertido en 1944, en su obra de referencia *El indio en lucha por la tierra*³⁵, esta extraña contradicción de la resistencia indígena en Colombia, la cual critica de “legalismo indígena”, que se caracteriza por la “confianza ciega” y la “lealtad incondicional” de los indios hacia estas disposiciones legales en la lucha por su territorio y la considera una consecuencia histórica de la época colonial.

Las disposiciones de salvaguardia en las ordenanzas, provisiones y leyes del orden jurídico colonial deberían aminorar la represión despiadada y la explotación de los indígenas por los conquistadores y encomenderos porque la consecuente despoblación del país era, a fin de cuentas, contraria a los intereses económicos de la corona española.

De ahí que los correspondientes derechos de protección contengan algunas ventajas, en cierto sentido, para los indígenas —desde el punto de vista formal jurídico— en comparación con los cambios liberales introducidos en los siglos XIX y XX, que buscaban la asimilación de los indígenas, la negación de su identidad y la extinción de su territorio.

³¹ Reproducida en ROLDÁN, *Fuero*, pág. 46.

³² Corte Const., sent. T-139 de 1996, declaró discriminatorias e anticonstitucionales y sin vigencia, las disposiciones de esta ley.

³³ Un panorama al respecto lo da el *Fuero indígena colombiano*, que el abogado ROQUE ROLDÁN publicó por primera vez en 1990.

³⁴ En la resolución de Vitoncó del pueblo Páez de 1985 se dice: “Es nuestra intención recuperar el territorio de nuestros resguardos, en conformidad con nuestro programa de lucha y amparados por la ley 89 de 1890 y demás disposiciones legales del gobierno colombiano”, y en otro pasaje: “Por lo tanto recomendamos a todos los grupos políticos y militares una lectura cuidadosa de la ley 89 de 1890 para no repetir los actos de violencia [...]”, reproducido en *Derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, págs. 717 y ss.

³⁵ Véase pág. 35. *Las fuentes coloniales del legalismo indígena*, 1ª ed.: 1944; 2ª ed.: 1972; 3ª ed.: 1976.

6. RELATIVIZACIÓN DE LA CRÍTICA, ASOCIADA A LA ESPERANZA DE UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de 1991 eliminó solo parcialmente el tono neocolonial del derecho indígena. Esto concierne sobre todo a la cuestión territorial y a la organización autónoma de los indígenas, que, en efecto, estaban en capacidad de desplegar una validez y dinámica propia debido a los acuerdos instaurados por la colonia, los cuales no buscaba seguramente el legislador (histórico). El CRIC había conseguido desde su fundación en los años setenta —con apelación categórica a la ley 89 de 1890— la (re)incorporación de 102 cabildos³⁶ en una campaña de revitalización que no tenía precedentes en los resguardos³⁷ hasta 1993, cuya cohesión se ha debilitado desde hace mucho o fue a parar bajo la tutela de latifundistas y políticos³⁸.

Habrà que esperar si mediante la relación con las ideas jurídicas que se modificaron a lo largo de las décadas por los indígenas, pero fueron caracterizadas de forma neocolonial, buscando ser eliminadas por sus intentos de represión y explotación, se podría sustituir y superar la posición colonial transmitida entre los descendientes de los antiguos conquistadores y de los oprimidos.

La Carta Política de 1991 y la labor importante y ejemplar de la jurisdicción, en el contexto internacional, de la Corte Constitucional colombiana, las cuales se ocupan de las necesidades y exigencias indígenas comprometidamente, intentan considerar los esfuerzos emancipatorios de los indígenas.

Pero el derecho indígena colombiano se debe considerar, al mismo tiempo, críticamente, si se parte de las sublimes normas constitucionales y su perfeccionamiento por medio de la Corte Constitucional hasta llegar a los “bajos fondos” de la legislación, la ejecución de la ley y el funcionamiento de la administración colombiana. En el futuro va a depender mucho de los indígenas cómo y hasta qué punto podrán definir su propia realidad autónomamente y, al mismo tiempo, influir en toda la realidad latinoamericana. Nuestra investigación tiene en cuenta esta doble perspectiva.

7. ADVERTENCIA SOBRE LA PRECARIA SITUACIÓN GENERAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA ACTUALIDAD

Todavía no se ha determinado el destino definitivo de la mayoría de indígenas, o bien, nativos en el mundo, que ronda los 70 millones³⁹, de los cuales

³⁶ Para el concepto de “cabildo” véase el capítulo IV, 4 y el V, 5, F), b).

³⁷ Para el concepto de “resguardo” véase el capítulo IV y el V, 5, E), c).

³⁸ WEARNE, pág. 167.

³⁹ Dentro de esta cifra aproximativa, extraída del Primer Informe Mundial sobre la situación de los pueblos indígenas del mundo (2010), un gremio de expertos del Foro Permanente

unos 45 millones viven en América (según CEPAL, 2014), aunque en el continente americano sigue desapareciendo incluso cada año una etnia de las 1.172 restantes⁴⁰. Y la pregunta subsiste para los indígenas sobrevivientes de si continuarán viviendo en su futuro únicamente como miembros integrados a las sociedades nacionales —de manera más o menos marginalizada—, o si están condenados a sucumbir por el “empuje de la civilización” como ya lo había profetizado GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL en 1824 con vistas al destino de los nativos de América⁴¹.

No obstante, se puede contradecir esta valoración, en tanto el número de indígenas se encuentra nuevamente en aumento desde hace unos años y su parte porcentual ha aumentado⁴² incluso en relación con la población total que corresponde a los países americanos. La recuperación demográfica puede ser calificada como el primer índice de una aspiración emancipatoria que promete buenos resultados y una conciencia avanzada entre los indígenas⁴³; sin embargo, no va acompañada necesariamente de una estabilidad cultural, en especial si se habla de las etnias, que apenas cuentan con unos mil o bien 100 miembros. Precisamente estas etnias están en vías de extinción. La situación de los indígenas es sumamente compleja y las diferencias entre ellos son, en particular, tan grandes, como para dar afirmaciones generales acerca de su capacidad para sobrevivir respecto a las siguientes generaciones. Se puede insistir en que ante el aumento de la importancia demográfica, política y económica en muchos Estados de América aparece una tremenda pérdida

de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, se incluyen, entre otros, los indígenas de América como los maya en México y Guatemala, los aymara en Bolivia, los inuit y aleutas en el círculo polar, los sami en Escandinavia, los aborígenes e isleños del estrecho de Torres en Australia, los maorí en Nueva Zelanda.

⁴⁰ Véase al respecto WEARNE, *op. cit.* La Corte Constitucional declaró en su Auto 004 de 2009 que la existencia y supervivencia de por lo menos 32 pueblos indígenas se encontraba amenazada. Con los pueblos indígenas que están en vías de extinción desaparecerían también sus lenguas de nuestro planeta. La Unesco manifestó con motivo del Año Internacional de los Idiomas (2008) que “Es probable que más del 50% de los casi 7.000 idiomas que se hablan en el mundo desaparezcan en unas pocas generaciones y el 96% de ellos son la lengua hablada de apenas el 4% de la población mundial”. Colombia no es la excepción, pues de las 60 lenguas nativas se encuentran actualmente en vías de desaparición, entre otros, el nonuya (ver Semana 14 de noviembre de 2015).

⁴¹ PAUL, *Die Rechte des „Indio“ in Südamerika* (esp. *Los derechos del “indio” en Suramérica*), pág. 163 (182); en este sentido se expresa también el investigador de la evolución EDWARD O. WILSON “[...] puesto que la cultura europea está en continuo avance y las últimas culturas aborígenes iletradas en los países tropicales están en decadencia y a punto de desaparecer” (pág. 61).

⁴² WEARNE, pág. 3.

⁴³ Cfr. WEARNE, pág. 28.

cultural que se manifiesta en la pérdida de lengua, prácticas tradicionales, poder y descomposición familiar, entre otros⁴⁴.

8. SITUACIÓN DIVERSA DE LOS INDÍGENAS DE LA REGIÓN ANDINA Y DE LAS ZONAS BAJAS, AMENAZADA POR COLONIZACIÓN (FRONTERA AGRÍCOLA), POLÍTICA MINERA ESTATAL (EJEMPLOS PARTICULARES). FACTORES QUE DEFINEN EL FUTURO INDÍGENA

Se puede hacer una diferenciación importante entre los indígenas del altiplano, que viven en Suramérica mayoritariamente en la región andina, y los de las zonas bajas⁴⁵.

Los indígenas del altiplano, los cuales sobrevivieron a la Conquista y a las posteriores épocas de colonización, tuvieron que convivir durante los procesos de resistencia y adaptación con la sociedad “nacional” que los rodeaba y, a la par, pudieron alcanzar cierta estabilidad en sus estructuras étnicas —aunque en modesta escala—. Han podido conservar hasta la actualidad algunas partes centrales de su cultura tradicional, de su territorio y de su organización autónoma frente al Estado (en el caso de Colombia también frente a autoridades paraestatales como los movimientos guerrilleros y las asociaciones paramilitares). Por ahora, su subsistencia como etnias indígenas autónomas parece, en todo caso, no estar en peligro, pese a que sus dirigentes están amenazados en varias regiones por la severa y sistemática violación de derechos humanos⁴⁶.

Más dramática resulta la situación de los indígenas residentes en las tierras bajas. Los miembros de las varias etnias pequeñas que viven en su mayoría en regiones apartadas del Amazonas, las cuales entraron en contacto con las etnias dominantes del país solo desde hace algunos años, o bien, algunas décadas, pueden oponerse apenas, en su mayoría, al avance civilizador y están expuestas completamente a la dinámica expansionista de la sociedad nacional que, cuanto más fuerte, más reduce su número⁴⁷. Las amenazas actuales en los países de habla española en Suramérica se extienden, además, por muchos sitios desde la pendiente andina hasta las tierras bajas del Amazonas (piede-

⁴⁴ Cfr. con relación a esto la situación de los indígenas en Canadá, BRADFORD W. MORSE, pág. 303 (304).

⁴⁵ Esta diferenciación básica es fundamental para comprender la “cuestión indígena” y representa por eso el punto de partida de las reflexiones que hace el crítico de la civilización brasileiro DARCY RIBEIRO, en *Los indígenas y nosotros*, pág. 215 y ss.

⁴⁶ Véase capítulo VI, 3, A).

⁴⁷ En el área del Amazonas colombiano cuentan 54% de las 52 etnias con menos de 500 miembros, 28% más de 1000 y solo 6 pueblos más de 5000. Según el informe 3 sobre la situación de los derechos humanos en Colombia OEA/Ser.L/V/II.102.Doc.9 rev.1. de 26.2.1999, capítulo 10, “Los derechos de los pueblos indígenas”, párr. 35.

monte) donde se supone que hay yacimientos considerables de combustibles fósiles y, en parte, ya han sido explotados. La apertura de estas regiones y el desarrollo de infraestructuras en los yacimientos, en su mayoría a través de consorcios multinacionales, amenaza en serie la supervivencia de los pueblos indígenas en los países vecinos de Ecuador, Perú, Venezuela y Colombia.

La apertura de la región petrolera en Ecuador alrededor del Lago Agrio —en la zona fronteriza con Colombia— llevó en pocos años a la extinción de los tetete y a que se redujera dramáticamente el número de habitantes de las etnias que vivían allí. Los cofán fueron diezmados de 3.000 a 300 personas, las etnias colindantes de los huaroni, siona y secoya pasaron de 20.000 miembros respectivamente a 700 y 1.200 al final de los años sesenta⁴⁸. La situación de los indígenas en el departamento de Putumayo, colindante con Colombia, es igual de crítica, pues las exploraciones y explotaciones de petróleo, junto con la colonización que arrastra consigo, atrajeron también a los actores del conflicto armado, a saber, guerrilla, bandas paramilitares, sus continuadores y las unidades contra guerrilla del ejército regular. En el caso de los kamentsá (cofán), 3.532 indígenas se desplazaron individualmente entre los años 2003 y 2008 y tres miembros de la comunidad fueron asesinados, lo cual se debió a la expropiación de colonos y el desplazamiento posterior efectuado por los paramilitares y las unidades del ejército, quienes sospechaban que los kamentsá (cofán) eran colaboradores de la guerrilla⁴⁹.

Sin embargo, la inseguridad de la política interior en Colombia, caracterizada por las luchas de repartición de territorio, cultivo de drogas, acciones guerrilleras y movilizaciones militares, las cuales dificultan la urbanización y desarrollo en amplios sectores de la Colombia rural, les vuelve a conceder un “plazo de gracia” a algunas etnias, como en el caso de los u’wa, en cuyo territorio tradicional se llevarían a cabo perforaciones de petróleo —contra su resistencia—⁵⁰. Después de las confrontaciones judiciales y extrajudiciales por el “proyecto Samore”, en cuyo término provisional estaba el permiso de excavación para el explotador mayoritario estadounidense *Occidental Petroleum* (Oxy), la firma petrolera dio a conocer en 2002 el retiro (provisional) de las explotaciones petroleras en el territorio de los u’wa. Detrás de esta decisión existen posiblemente razones que explican la presencia de grupos guerrilleros de las FARC y el ELN en la región, los cuales realizaron varias veces actos de sabotaje en las instalaciones de extracción de petróleo y gasoductos⁵¹.

⁴⁸ Cfr. WEARNE, pág. 153.

⁴⁹ ACNUR 2010, http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/2011/Comunidades_indigenas_en_Colombia_-_ACNUR_2011.pdf?view=1.

⁵⁰ Véase en detalle en el capítulo V, 6.

⁵¹ “Occidental announces Plans to leave U’wa Land” en Drillbits & Tailings, www.moles.org/ProjektUnderground/drillbits/7_04/1.html (según NGO Amazon Watch), según *Der*

El triunfo (parcial) de los u'wa no debe hacer olvidar que el futuro de los indígenas en Colombia parece ser utópico allí donde se concentran los aludidos problemas internos del país a lo largo de las fronteras de colonización⁵². Son muchos los departamentos afectados: Putumayo, Caquetá, Meta, Vichada, Guaviare, Guainía, Arauca, Casanare, Boyacá, Norte de Santander, Cesar, Antioquia, Cauca, Valle del Cauca y Chocó. La reñida “frontera interna” en Colombia se sigue percibiendo para algunas etnias indígenas en los departamentos de Amazonas y Vaupés como una “barrera” de cara a las influencias externas; no obstante, se hace evidentemente más tolerable. Pese a esto, algunos pueblos indígenas de aquella región (entre otros, los tucano, desano, cubeo, yukuna, bora, miraña) siguen llevando hasta ahora una vida definida por sus mitos y cosmovisiones en gran parte intacta —aparte de los contactos esporádicos con el exterior— lo cual se ha dado rara vez en Latinoamérica; todo esto fue posible a pesar de que muchas de las etnias nombradas habían sido llevadas prácticamente a ser exterminadas por los métodos negreros de las caucheras al comienzo del siglo xx⁵³.

Las etnias de las selvas tropicales (del Amazonas y el Pacífico) se han visto amenazadas por la continua explotación de los recursos naturales y la destrucción de los ecosistemas frágiles, ya que sus formas tradicionales de vida dependen más directamente de la conservación de su medio ambiente que las de las comunidades indígenas del altiplano andino, pues estas viven en estructuras minifundistas. La destrucción de los ecosistemas frágiles está asociada con el avance de la frontera de colonización agrícola, la apertura de nuevos yacimientos junto a zonas de recursos minerales hasta en la parte alta de los páramos y la explotación ilegal de la coca, sobre todo en los Llanos Orientales y en la región amazónica. Estos procesos de desarrollo van a la par con la propagación del “conflicto interno armado” que reina en el país desde hace muchos años y tienen lugar a menudo en los territorios indígenas.

Las expectativas a largo plazo de los indígenas tienen que ver directamente con los procesos modernos y dinámicos de desarrollo. A esto se suman el éxodo del campo a la ciudad y las corrientes migratorias hacia las metrópolis. Hasta ahora, los indígenas de Colombia se han visto afectados marginalmente por este tipo de desarrollo, a causa de los conflictos violentos en su territorio, de modo que la problemática particular del indígena desintegrado y

Spiegel 20/2002, pág. 210 la Oxy renunció al proyecto porque las perforaciones de prueba no podían sacar a la luz ni una gota de petróleo.

⁵² El caso concreto más conocido en Colombia lo representa la etnia de los nukak-maku que se encuentra en serio peligro de extinción. Véanse al respecto los capítulos III, 5, D) y VI, 3, D), a).

⁵³ En “Tor zum Amazonas” Amazonas (2015) he descrito una parte de esta región geográfica del noroeste Amazónico (Caquetá Medio) y el característico modo de vida en gran parte tradicional de sus habitantes indígenas.

aculturado que debe vivir o vegetar separado de su etnia y su territorio se presenta, ya no puede seguirse considerando como el único caso especial en el contexto colombiano⁵⁴.

9. DIVISIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se divide específicamente en los siguientes capítulos:

En el *capítulo II* se definen los conceptos centrales del derecho indígena “indio” o bien “indígena”, “comunidad indígena” y “pueblo indígena” en su contexto general y en relación con la situación colombiana, sometiéndolos a un análisis crítico.

El *capítulo III* presenta un resumen aproximativo de los 87 diferentes pueblos indígenas en Colombia, de acuerdo con criterios etno-lingüísticos, socioculturales y “neo-evolucionistas” (subdividido en cazadores y recolectores, tribus, sociedades de cacicazgo y formas de Estado arcaicas).

Se añade una descripción etnológica de la situación demográfica, cultura, modo de vida, formas de organización de cada uno de los pueblos indígenas seleccionados cuyas particularidades resultan de gran importancia en esta investigación, complementada con algunas observaciones sobre el conflicto interétnico y la geografía de la guerra civil. Se tienen en cuenta a los wayúu, páez y emberá por ser los pueblos indígenas con mayor número de personas. Al mismo tiempo se consideran, a modo de ejemplo, algunos pueblos indígenas numéricamente menores que se encuentran bastante amenazados (en este caso se cuentan los barí, los carijona, los nukak makú, los sikuni y yuko) o que debido a sus cosmovisiones particulares se han visto involucrados en una situación de conflicto acrecentada con la sociedad dominante. Dentro de esta problemática se encuentran los kogi (kággaba), los arhuaco (ika) y los u’wa.

⁵⁴ Esta afirmación se basa en gran parte en las experiencias directas del autor. De acuerdo con las cifras del DANE, Censo 2005 y el estudio de CEPAL (2014), el porcentaje de la población indígena en zonas urbanas ascendería a 21,4%. El Foro Permanente (2011) párr. 8, confirma esta cifra remitiéndose a un texto de la ONIC según el cual “el número creciente de indígenas en zonas urbanas se debe a los principales factores que han desencadenado este proceso que han sido, por un lado, el agotamiento de las tierras de los resguardos y, por otro, el desplazamiento forzado causado por las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que han tenido que padecer”. Que yo sepa no existen estudios exhaustivos sobre la emigración, desplazamiento y huida de los indígenas a las ciudades.

En Colombia no existen datos numéricos concernientes al desplazamiento de los indígenas a las ciudades. La movilidad de muchos indígenas entre sus lugares de origen rurales y los centros urbanos es, en principio, algo distinta. A excepción de contactos privados y formas de vida modificadas, en Colombia no es solo un ejercicio usual y necesario para los indígenas viajar a la capital, Bogotá, para hacer prevalecer sus exigencias políticas. La anterior DGAI habla de un proceso incipiente de urbanización en el caso de los inga y muisca, en *Programa de apoyo y fortalecimiento étnico de los pueblos indígenas de Colombia, 1995-1998*, pág. 9.

En el *capítulo IV* se presenta el desarrollo histórico de la política y legislación indígenas a partir del decreto expedido por SIMÓN BOLÍVAR el 20 de mayo de 1820, lo cual es indispensable para comprender la actual situación jurídica de los pueblos indígenas en Colombia.

El *capítulo V* constituye la parte fundamental de la investigación. En ella se analiza la Constitución colombiana de 1991 (Const. Pol.) respecto a las reglamentaciones sobre la “cuestión indígena”. A su vez se tratará de aclarar la pregunta de si las reglamentaciones de la Constitución Política brindan las condiciones necesarias para garantizar la supervivencia y el desarrollo de los pueblos indígenas en Colombia en el marco de un “Estado constitucional moderno”. A decir verdad, en Colombia se propició una etapa prometedora con la Constitución Política de 1991, pero ponerla en práctica resulta muy difícil a causa de las circunstancias que representa el conflicto armado.

Se discuten detalladamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas, a los cuales se les adjudicaron resguardos desde la época colonial en forma de propiedad común, cuya existencia e importancia deberían ser fortalecidos por la Constitución Política (Const. Pol., arts. 63, 329, párr. 2°).

En relación estrecha con la propiedad inmueble del terreno surge la pregunta por los derechos a la propiedad y el usufructo de los recursos naturales en los territorios indígenas. La explotación comercial y utilización de los recursos naturales en los territorios indígenas está asociado con los peligros para la integridad étnica, cultural, social y económica de los indígenas. De ahí que se plantee la necesidad de conceder a los indígenas derechos de consulta y compensación, especialmente en el tema de la planeación y ejecución de grandes proyectos.

Más allá de la protección a la vida y la seguridad a la existencia de los indígenas, la pregunta se remite al alcance de la autonomía entre los territorios indígenas (Const. Pol., arts. 286, 287, 329, 330). Además se trata de poner en práctica la administración propia de los indígenas dentro de los límites y estructuras de este Estado latinoamericano, que por su variedad de pueblos difiere del tipo que tiene el carácter nacional clásico de Europa. Se examinará si con la subsistencia de las ideas de “Estado unitario”, “cultura nacional” y “etnia nacional” en la Constitución de 1991 es posible, en general, una forma correspondiente para los imaginarios indígenas acerca de la autonomía. Antes de proclamarse la Constitución Política, la autonomía de los indígenas, organizada en forma de comunidades, se basaba únicamente en el instituto del cabildo indígena como su órgano representativo oficial, el cual ejercía una forma restringida de administración propia sobre el resguardo, reglamentado en la ley 89 de 1890, que debía ser puesta en marcha y ampliada mediante las especificaciones de la nueva Constitución.

Probablemente la pretendida forma de una moderna autonomía indígena no se podrá seguir apoyando en la institución del resguardo existente, el cual

está socavado y debilitado por el Estado; antes bien, es necesario crear un nuevo modelo “abierto” dentro del orden territorial nacional.

Incluso la Constitución Política decidió establecer entidades territoriales indígenas en cuya base se debería poner en práctica —alguna vez— la autonomía indígena. Sin embargo, en este aspecto queda pendiente una reglamentación legal al igual que antes, de modo que la forma político-administrativa de la autonomía sigue abierta después de haber entrado en vigor la Constitución Política. La posición constitucional de los pueblos indígenas se sigue basando, hasta que se aclare esta pregunta esencial, en las figuras jurídicas de “resguardo” y “cabildo indígena” procedentes de la época colonial.

El teórico de la civilización brasileña DARCY RIBEIRO ya había advertido a los Estados latinoamericanos, en los años setenta, sobre la sujeción a un modelo de Estado (español) unitario tradicional que, a su juicio, implica la represión étnica y lleva a disputas violentas que desembocan en guerras de liberación étnicas⁵⁵. Para evitar esta catástrofe, había propuesto un modelo abierto como el suizo o el soviético —válido todavía en ese entonces— que hiciera más llevadera la coexistencia de diferentes etnias en un Estado autónomo multiétnico y posibilitara una solución pacífica.

Sin embargo, todos los intentos de los Estados latinoamericanos para considerar la resistencia con fundamentos étnicos de los indígenas contra el Estado nacional en los textos constitucionales hasta ahora se han desenvuelto con muy poco éxito, aunque existen dos excepciones notables: la creación del Estado plurinacional de Bolivia en 2009⁵⁶ y del Estado Plurinacional de Ecuador en 2008⁵⁷.

Los indígenas que hay en los departamentos de Valle del Cauca, Cauca y Nariño son los representantes más destacados del movimiento indígena que se ha manifestado en varias ocasiones contra la actuación parcial e ilegal del gobierno⁵⁸.

Finalmente, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción especial indígena representa un aspecto interesante sobre el derecho a la autonomía. La coordinación de diferentes sistemas jurídicos a través de un mismo sopor-

⁵⁵ En *Etnia, indigenismo y campesinado. Futuras guerras étnicas de América Latina*, pág. 281(309 ss.).

⁵⁶ Bolivia se destaca sobre todo por la particularidad demográfica de que 62.2% de sus habitantes son indígenas.

⁵⁷ En este sentido cumple un papel decisivo el hecho de que el expresidente Rafael Correa quería debilitar la resistencia de la importante organización indígena nacional CONAIE con su política calificada de autocrática.

⁵⁸ El 22 de noviembre de 2015 realizaron una protesta por las calles de Bogotá para manifestarse contra la sentencia y la posterior detención del líder social Feliciano Valencia por un tribunal de Popayán, la cual tuvo lugar claramente por la violación de los principios de la “justicia indígena” y los derechos constitucionales.

te no solo genera problemas dogmáticos jurídicos a los que la Corte Constitucional y los senadores indígenas tratan de hallar solución con propuestas creativas —hasta ahora sin resultados—. Se trata, sobre todo, de la fuerza legitimadora de los derechos autóctonos y la pregunta por su subordinación en el derecho estatal legalizado.

No es ninguna coincidencia que los Estados nacionales vean en la recepción del orden jurídico autóctono la unidad del derecho interestatal en peligro⁵⁹. Estas circunstancias se pueden aplicar sobre todo en un Estado institucional tradicionalmente débil como Colombia, cuyo poder estatal no está asegurado en zonas extensas del país. En la coordinación de la legislación estatal respecto a los derechos autóctonos entra el derecho colombiano en gran medida, si se lo compara internacionalmente, en un campo desconocido.

Se evalúa también la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional para la situación jurídica de los pueblos indígenas en Colombia⁶⁰, la cual desempeña un papel central en la comprensión jurídica de este tema y, aparte de esto, aporta puntos de partida importantes para la solución de la “cuestión indígena” a escala mundial. Por el contrario, la doctrina constitucional colombiana se ha ocupado formalmente, en todo caso, de las disposiciones constitucionales sobre los pueblos indígenas. La jurisprudencia del Consejo del Estado y de la Corte Suprema de Justicia, que antes de proclamarse la Constitución Política habían interpretado repetidas veces las prescripciones legales que hacían referencia a los indígenas, también perdieron parte de su importancia luego de comenzar el trabajo de la Corte Constitucional en 1991 y no llegaron a comentar más decisiones emblemáticas sobre los derechos de los indígenas.

El punto esencial de la investigación consiste en tratar de presentar el desarrollo de un orden de derechos fundamentales que la Corte Constitucional ha desplegado sobre la base de los organismos responsables de los “pueblos y comunidades indígenas” como representante común de los derechos fundamentales.

En el *capítulo VI* se tematiza la cuestión indígena a escala mundial como una pregunta específica que se plantea sobre los derechos humanos bajo las condiciones del Estado colombiano.

Se trata, además, del reconocimiento y la observancia de las convenciones internacionales existentes en el ámbito de la protección clásica de los derechos humanos considerados individualmente, así como de la efectividad de los mecanismos de vigilancia y control disponibles con miras a su papel protector para los indígenas. Aparte de esto, se trata de preguntar sobre la necesidad de formular e introducir unos derechos humanos específicos con

⁵⁹ PAUL, *Los derechos del indio en Suramérica*, pág. 163 (174).

⁶⁰ Véanse capítulo V, págs 97 y ss.

carácter colectivo a favor de los indígenas, que fueron incorporados en 2007 en la UNDRIP, así como un proyecto de declaración controvertido en varias preguntas detalladas en el ámbito de la OEA⁶¹.

No se puede llevar a cabo una reflexión sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas en Colombia desconociendo la situación general de los derechos humanos en este país. La investigación se ocupa de las medidas centrales y legales que el Estado ha emprendido para buscar que se mejore la situación general de estos derechos⁶². En primer plano se encuentra, al respecto, la violación sistemática de los derechos humanos elementales por el poder estatal. En conjunto, se podrá establecer que la problemática de estas violaciones, en relación con las repercusiones del conflicto interno armado, ha determinado y se ha superpuesto por mucho tiempo prioritariamente en el desarrollo y la configuración de los derechos humanos de la segunda y tercera generación en Colombia⁶³. Por ello es necesario echar un vistazo a las repercusiones del conflicto interno armado para el caso particular de los derechos humanos de los indígenas en Colombia. Se trata, sobre todo, de la aplicación del derecho internacional humanitario, así como de la importancia del decreto-ley de víctimas 4.633 de 2011, que representa un instrumento decisivo para reparar las injusticias que han padecido los indígenas a causa del conflicto armado.

En el *capítulo VII* se resumen y evalúan los resultados de la investigación.

⁶¹ UNDRIP de 10 de diciembre de 2007 UN Doc. A/RES/61/295 y Draft American Declaration “on the Rights of Indigenous Peoples”, aprobados en la reunión 1278 de la CIDH, Doc. OEA/Ser/L/V/II.90, doc. 9, rev.1 (1995), denominado más tarde Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con la versión de 28 de mayo de 2015. OEA/Ser.K/XVI; GT/DADIN/doc.334/08 rev.11.

⁶² La alta comisaria de los derechos humanos Mary Robinson la describía todavía al comienzo del milenio como “grave and was deteriorating”, según el concepto del UN Doc.E/CN.4/2000/11 en la reunión 56 de la CDH el 14.4.2000.

⁶³ En este punto se pone de manifiesto un cambio significativo en el énfasis que se da al tema. El Informe Anual de ACNUDH-Colombia 2015 hace énfasis en las consecuencias de las “desigualdades económicas y un acceso asimétrico a los derechos y a los servicios públicos” (párr. 14).

CAPÍTULO II

CONCEPTOS PRINCIPALES

1. EL “INDIO” O “INDÍGENA”

El concepto de “indio” expresa inferioridad y tiene un significado difamatorio desde la época colonial hasta la actualidad¹. “Indio”, o bien “indígena”, es al mismo tiempo la denominación propia de la mayoría de los indígenas y contiene también una implicación tanto denunciatoria como emancipatoria. En Colombia, la denominación de “indígena” sustituyó incluso en el lenguaje jurídico el concepto de “indio” establecido por la ley de 11 de noviembre de 1821, y también el uso del idioma general emplea este concepto a diferencia de la mayoría de los países andinos y Brasil en los cuales la denominación de “indio” continúa predominando, hoy como antes. Si en adelante se opera con los conceptos de “indio” o “indígena”, esto no significa que deba existir una definición clara y unitaria en relación con esto. Se trata, más bien, de que las nociones de quién es “indio” o “indígena” difieren dependiendo del interés cognitivo o la intención de antropólogos, etnólogos, sociólogos, investigadores culturales, políticos e indigenistas. El criterio de autodefinirse e identificarse se ha convertido en un punto central de los esfuerzos de definición junto a la identificación de lo ajeno basándose en los criterios de delimitación, más o menos objetivos, que se refieren a aspectos étnicos, lingüísticos, culturales, históricos, psicosociales, político-económicos, entre otros. Los planteamientos de definición irregulares y generales resultan molestos en el discurso jurídico y para los efectos legislativos, ya que no son apropiados para delimitar la relevancia legal, capacidad de actuación y las áreas de interacción².

El indígena no ha sido descrito de forma detallada, individualmente, en el derecho colombiano. No encuentra mención en la Constitución Política y es absorbido casi completamente según los términos de la Constitución por la “etnia” (indígena), la “comunidad” (indígena), el “pueblo” (indígena)³. El derecho colombiano no conoce una reglamentación que se pueda comparar, por

¹ Véase al respecto y en adelante: PAUL, *Los derechos del “indio” en Suramérica*, pág. 163 (166); sobre la situación colombiana, las explicaciones del historiador TOVAR ZAMBRANO, pág. 11.

² PAUL, *Los derechos del “indio” en Suramérica*, pág. 163 (*op. cit.*).

³ Para estos conceptos véanse los puntos 2 y 3 de este capítulo.

ejemplo, con la definición en el artículo 3º del *Estatuto do Indio-Lei* 6.001 de 1973 brasileño que entiende por *indio* o *silvícola*: “Cada individuo de origen y ascendencia precolombina que se identifica como miembro de un grupo étnico y se diferencia en su particularidad cultural de la sociedad nacional”.

El derecho brasileño se sigue ateniendo en gran parte al “estatuto indígena” que requiere una fijación legal para asociar determinadas relevancias jurídicas con la particularidad de “indio”. De acuerdo con la situación jurídica brasileña existe estrecha relación de las reglamentaciones del *Estatuto do Indio* con el artículo 6º del Código Civil brasileño que establece —de forma única en Latinoamérica— una diferencia legal entre personas indígenas y no indígenas y clasifica a los indígenas en el círculo de los relativamente inhábiles y menores de edad⁴. No obstante, el *Estatuto do Indio* tampoco se las arregla en la definición del indígena individual sin referencia a un “grupo étnico” determinado, mientras que la jurisdicción brasileña antes de 1973 recurrió, en realidad, exclusivamente al concepto de indígena individual⁵.

El derecho indígena chileno⁶ de 1993 trata la particularidad del indígena desde un punto de vista individual, teniendo en cuenta las concepciones de las “culturas y comunidades indígenas” y se basa además, en primera línea, en la ascendencia familiar y los nombres. Igualmente tienen importancia el grado de vinculación cultural de cada uno con una etnia indígena y su sentido de pertenencia a ella (art. 2º, lits. a-c). Según el artículo 3º, la acreditación de “indígena” está prevista por medio de un certificado oficial.

El *Indian Act* canadiense de 1876 introdujo la denominación de “band” legalmente como una unidad de organización efectiva de los indígenas en el discurso nacional⁷ y los dividió en “inuit”, “indígenas de status” e “indígenas sin status”, para imponer una política de asimilación forzada con el fundamento de la separación conceptual⁸. Dentro de la lógica de este sistema, podría la persona en particular postular para y conseguir los derechos civiles si renunciase al “estatus indígena”, el cual le ofrecía ciertas ventajas (p. ej. exención de impuestos) con el fin de eludir, de esta manera, la tutela del Estado. Después de perder el estatus legal de indígena, la persona en particular sería considerada una persona no indígena por el orden jurídico. La práctica usual

⁴ Cfr. detalladamente sobre la situación brasileña: PAUL, *De capitis deminutione silvicularum*, pág. 477 (484, 487).

⁵ Cfr. al respecto las explicaciones del jurista brasileño CARLOS FEDERICO MARÉS, pág. 38 (49).

⁶ “Ley indígena”, ley 19.253, publicada. en D. O. de 5.10.1993.

⁷ Los *bands* se convirtieron en la denominación estándar para todos los indígenas en Canadá con una estructura corporativa legalmente establecida. Fueron administrados en comunidades fijas con listas de miembros, reservas asignadas y administraciones locales institucionalizadas. (FLANAGAN, pág. 72).

⁸ WEARNE, págs. 132 y ss.